

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

“Este trabajo se inserta dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.”

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

Esperanza Roales Paniagua (Dir.)

Autores:

Dolores Carrascosa Bermejo	María Dolores Ramírez Bendala
Ana María Chocrón Giráldez	Esperanza Roales Paniagua
Stamatia Devetzi	Fuencisla Rubio Velasco
Daniel García San José	Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Eduardo González Biedma	Esperanza Macarena Sierra Benítez
Teresa Meana Cubero	Krassimira Sredkova
Salvador Navarro Amaro	Andrés Ramón Trillo García
Frans Pennings	María Teresa Velasco Portero
José Joaquín Pérez-Beneyto Abad	



EDICIONES LABORUM



EDICIONES LABORUM

FRANCISCO ORTIZ CASTILLO
Director editorial

Comité científico:

ANTONIO OJEDA AVILÉS

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREA

*Consejero Coordinador de Trabajo y Asuntos Sociales de la Representación
Permanente de España ante la Unión Europea*

MIGUEL CARDENAL CARRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT

Catedrático de Derecho Internacional Privado

DANIEL I. GARCÍA SAN JOSÉ

Profesor Titular de Derecho Internacional Público

1.ª edición Ediciones Laborum S.L. 2014

Copyright © de la edición, Ediciones Laborum, 2014

Copyright © del texto, sus respectivos autores, 2014

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ISBN: 978-84-92602-78-0

DEPÓSITO LEGAL: MU-1218-2014

Impreso en España - Printed in Spain

Imprime: A ZARBE

*A Pilar Romero Domínguez,
por la ayuda que presta a los investigadores
de la Universidad Hispalense*

Índice

EL PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO Y LOS ACUERDOS INDIVIDUALES EN LA ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO M ^a TERESA VELASCO PORTERO	11
BUENAS Y/O «MALAS» PRÁCTICAS JURÍDICO-LABORALES EN EL TELETRABAJO COMO FÓRMULA DE IMPLANTACIÓN DEL TRABAJO REMOTO EN LAS EMPRESAS PRIVADAS ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ	25
EL ESTÍMULO DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL MEDIANTE LA FLEXIBILIZACIÓN DE SU RÉGIMEN LEGAL DRA. ESPERANZA ROALES PANIAGUA	43
BUENAS PRÁCTICAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: MODELOS PARA LA GENERACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL EMPLEO Y EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LABORALES. EL CONVENIO COLECTIVO DEL GRUPO MERCADONA MARÍA DOLORES RAMÍREZ BENDALA	55
SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS OBLIGATORIOS. PROBLEMÁTICA EN LA COEXISTENCIA. ALGUNAS PROPUESTAS PARA REDUCIR EL GASTO PRESTACIONAL ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA	75
TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS Y PRESTACIONES POR DESEMPEÑO: UN EJEMPLO DE PRÁXIS LEGISLATIVA MEJORABLE CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO	89
BUENAS PRÁCTICAS EN RELACIÓN AL REEMBOLSO DE GASTOS POR ASISTENCIA SANITARIA TRANSFRONTERIZA EN LA UNIÓN EUROPEA DOLORES CARRASCOSA BERMEJO	95

EL ACCESO A LA SALUD Y LA CONDICIÓN DE ASEGURADO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA M ^a FUENCISLA RUBIO VELASCO	113
LA CRISIS DE LA GARANTÍA JUDICIAL DE LOS DERECHOS LABORALES JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ-BENEYTO ABAD	123
EL EJERCICIO ACUMULADO DE ACCIONES EN EL PROCESO LABO- RAL. UNA APUESTA POR LA ECONOMÍA PROCESAL ANA MARÍA CHOCRÓN GIRÁLDEZ	137
REFLEXIONANDO SOBRE LA REGULACIÓN DE LA READMISIÓN EN LOS CASOS DE DESPIDO SALVADOR NAVARRO AMARO	153
MALAS PRAXIS EN MATERIA DE SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA TERESA MEANA CUBERO	159
BUENAS PRÁCTICAS, BIOSEGURIDAD Y DERECHO INTERNACIONAL DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ	167
EL ENFOQUE HOLANDÉS PARA REDUCIR LA DEMANDA DE PRESTA- CIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL FRANS PENNING	181
LA LEGISLACIÓN BÚLGARA SOBRE EL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL, ¿AYUDA A COMBATIR LA CRISIS ECONÓMICA? PROF. DR. KRASSIMIRA SREDKOVA	209
“LA REDUCCIÓN DE LOS COSTES SOCIALES” POR EL SISTEMA DE REHABILITACIÓN EN ALEMANIA: REHABILITACIÓN, PREVENCIÓN Y EL PAPEL DE LOS EMPRESARIOS STAMATIA DEVETZI	225
BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE GRUPOS PROFESIONALES Y CLASIFICACIÓN PROFESIONAL EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA	235

Presentación

El 21 de noviembre de 2014 se ha celebrado en la Facultad de Ciencias del Trabajo el II Congreso Nacional sobre Buenas Prácticas Jurídico-Procesales para Reducir el Gasto Social. Este libro recoge todas las aportaciones realizadas por un nutrido grupo de profesores pero también de juristas expertos en distintas áreas, que aportan una interesante visión práctica consecuencia de su dilatada experiencia profesional.

En el presente libro se abordan las Buenas Prácticas desde un ámbito multidisciplinar como en Derecho del Trabajo, Seguridad Social, Derecho Procesal y Derecho Internacional, y hemos tenido la oportunidad de contar con la participación de un profesor y dos profesoras de las Universidades de Utrecht, Fulda y Sofia, respectivamente, que han enriquecido la temática del Congreso aportando una visión de Derecho Comparado, tan útil e interesante en estos momentos.

Quiero en estas líneas agradecer a la Prof^a. Dra. Cristina Sánchez-Rodas Navarro, investigadora principal del Proyecto I+D DER 2012-32111 en el que se enmarca el presente trabajo, la confianza depositada en la que suscribe para asumir la labor de dirección de este libro; agradeciendo también a todos los autores su diligencia y colaboración sin las cuales esta obra no se hubiese podido realizar.

Y, por último, nuestro agradecimiento a D. Francisco Ortíz Castillo, Director de la Editorial Laborum, por su buena predisposición para con nosotros.

Esperanza Roales Paniagua
Gines, noviembre de 2014

El papel del convenio colectivo y los acuerdos individuales en la organización del tiempo de trabajo

M^a TERESA VELASCO PORTERO*

I. Introducción. II. El derecho del empresario a fijar una distribución irregular de la jornada (art. 34.2 ET). 1. Límites al derecho del empresario: la regulación estatutaria y la práctica convencional. 2. La colisión entre el derecho del empresario a distribuir irregularmente la jornada y las necesidades de conciliación de vida personal, laboral y familiar del trabajador: soluciones negociadas. III. El derecho del trabajador a la adaptación y distribución de la jornada (art. 34.8 ET): La flexibilidad horaria del trabajador y la elección de turno

I. Introducción

La organización del tiempo de trabajo es un tema clave en la gestión de los recursos humanos de la empresa, en la que confluyen los intereses de la empresa que en un mercado cambiante reclaman la mayor flexibilidad por parte del trabajador, y los intereses de la vida personal y familiar del trabajador que van en la línea de demandar flexibilidad al empresario.

* M^a Teresa Velasco Portero, Profesora titular de área de la Universidad Loyola Andalucía. Acreditada profesora de Universidad Privada. Este trabajo se inserta dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Compaginar ambas demandas no es fácil, y necesariamente ha de tener muy en cuenta las circunstancias concretas de la empresa y del trabajador. Por ello, aunque la ley contenga las reglas generales del régimen jurídico de los derechos de conciliación del trabajador y de las facultades organizativas del empresario, es normalmente en sede convencional así como en acuerdos individuales personalizados donde se deben fijar fórmulas para compatibilizar los intereses de ambas partes. La utilización de estas medidas es una buena práctica que permite reducir de manera eficaz el gasto social.

Los puntos calientes del problema se encuentran fundamentalmente en el derecho del empresario a fijar una distribución irregular de la jornada (art. 34.2 ET), y en relación con el derecho del trabajador a la adaptación y distribución de la jornada (art. 34.8 ET) sobre todo con respecto a las solicitudes de cambio de turno o flexibilidad de la jornada. En este trabajo analizaremos su régimen jurídico y el papel que juega la negociación colectiva y los acuerdos individuales en la resolución del conflicto entre necesidades de la empresa y necesidades de conciliación.

II. El derecho del empresario a fijar una distribución irregular de la jornada (art. 34.2 ET)

1. Límites al derecho del empresario: la regulación estatutaria y la práctica convencional

La posibilidad de distribuir irregularmente la jornada, que inicialmente estaba reservada a la negociación colectiva o al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, fue extendida por la reforma laboral de 2012 a la voluntad unilateral del empresario, con unos límites que han sido objeto de ampliación por el RDley 16/2013. Así, el art. 34.2 ET, en su redacción actualmente vigente, establece que “Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, 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 períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla. 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.¹

Hablamos de distribución regular de la jornada cuando se trabajan las mismas horas todos los días de la semana y todas las semanas del año, o bien cuando la jornada se distribuye proporcionalmente entre las distintas semanas del año, aunque dentro de la semana se distribuya irregularmente en cómputo diario². La jornada regular facilita al trabajador la planificación y organización de su vida personal y familiar, cuyas necesidades en muchas ocasiones vienen marcadas por horarios que se repiten semanalmente. En cambio, la posibilidad de distribución irregular es una medida de flexibilidad empresarial que permite la adaptación a los procesos productivos³, y que por eso mismo entra en conflicto con la conciliación.

Como hemos dicho, con anterioridad a la reforma laboral de 2012⁴ la posibilidad de establecer una distribución irregular de la jornada estaba reservada al convenio colectivo o, en su defecto, al acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores. De hecho, en la práctica de la negociación colectiva española era y es habitual que el tema de la jornada quede más o menos predeterminado en los convenios

1 Nueva redacción dada por el R.D.-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

2 MARTÍN VALVERDE y GARCÍA MURCIA (Dir.), *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 949-950.

3 Aunque quizás la cambiante realidad social de las familias, y la progresiva extensión de la fórmula de la custodia compartida de los hijos pueda estar dando lugar a que sea el trabajador el que necesite una distribución irregular de la jornada, que ya no estaría amparada por este art. 34.2 ET.

4 RD-ley 3/2012 y Ley 3/2012

colectivos de sector, fijando una jornada máxima en cómputo anual y habilitando expresamente la posibilidad de adoptar distribución irregular al pacto o acuerdo de empresa. Esta solución es bastante razonable, ya que con la distribución irregular de la jornada lo que se pretende es permitir una mayor adaptación de ésta a las necesidades de los procesos productivos, por lo que determinación debe estar a nivel de empresa⁵.

La gran mayoría de los convenios colectivos recogen la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada, de manera más o menos explícita y con diversos grados de rigidez. Si atendemos, por ejemplo, a los convenios colectivos de ámbito nacional, se observa la siguiente variedad de fórmulas⁶, que se combinan entre ellas:

1. Convenios que atribuyen en exclusiva al empresario la potestad de distribuir irregularmente la jornada. Es una posibilidad minoritaria. En algunos se establece esta posibilidad, pero exigiendo la causalidad para la aplicación de la jornada irregular⁷.
2. En la mayoría de los convenios se exige la participación de los trabajadores para llegar a un acuerdo. A ese acuerdo unas veces no se le ponen más límites que los periodos de descanso obligatorios por imperativo legal⁸ y otras veces se le ponen limitaciones (por ejemplo, que no se puedan realizar más de un número de horas al día⁹, o a la semana, o ambas cosas¹⁰).
3. Convenios en que se atribuye al empresario la facultad de distribuir irregularmente la jornada con limitaciones, con la posibilidad de ir más allá mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores¹¹. Lo mismo ocurre cuando se señala que la dis-

5 MARTÍN VALVERDE Y GARCIA MURCIA (Dir.), *Tratado práctico ...*, op. cit. pp. 949-950.

6 Según el trabajo de SANTOS GONZÁLEZ, D., "Anualización y distribución irregular de la jornada como medidas flexibilizadoras. Análisis evolutivo de la negociación colectiva estatal (1990-2012)", *Noticias jurídicas*, marzo 2014.

7 IV Convenio estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE 10-12-2011); Convenio colectivo de la industria del calzado (BOE 29-5-2010), que además establece un límite a la distribución irregular de 120 horas al año.

8 Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad (BOE 16-2-2011)

9 Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE 15-3-2012)

10 Convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE 14-3-2008)

11 Convenio estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 19-12-2006).

El papel del convenio colectivo y los acuerdos individuales en la...

tribución irregular de la jornada debe ser pactada entre empresas y trabajadores, pero al mismo tiempo se establece una “bolsa de horas” que la empresa puede distribuir libremente¹².

Con la reforma introducida en 2012, la potestad empresarial para introducir esta fórmula se amplía considerablemente ya que “en defecto de pacto la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo”. Es decir, sin necesidad de llegar a ningún tipo de acuerdo con los trabajadores, el empresario les puede imponer este tipo de organización del tiempo de trabajo tan poco compatible con las necesidades de conciliación de vida laboral, familiar y personal, al menos con respecto al diez por ciento de la jornada y respetando simplemente un preaviso de cinco días. Además, el RD-ley 16/2013 ha ampliado todavía más la flexibilidad, al posibilitar que las diferencias de jornada, por exceso o por defecto, se compensen en el año siguiente al momento en que se produzcan (“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). De esta manera, la planificación de la vida privada del trabajador queda muy condicionada.

2. La colisión entre el derecho del empresario a distribuir irregularmente la jornada y las necesidades de conciliación de vida personal, laboral y familiar del trabajador: soluciones negociadas

La expansión de las fórmulas de distribución irregular de la jornada por voluntad unilateral del empresario para ajustarse a necesidades del proceso productivo provoca, ineludiblemente, una situación de indefi-

12 Convenio estatal de industrias lácteas y sus derivados (BOE 22-1-2009); también es paradigmático lo que ocurre en el sector de la automoción. Las bolsas de horas, que se utilizan para facilitar días de fiesta a los trabajadores en momentos de baja demanda a cambio de una mayor disponibilidad del tiempo de trabajo, son un clásico en este sector y están presentes en casi todos los convenios de las empresas del automóvil - excepto en Ford - (Vid. BANYULS y LORENTE, “La industria del automóvil en España: Reorganización de la cadena de valor y gestión laboral”, *XI Jornada de Economía Crítica*, 2008. http://pendientedemigracion.ucm.es/info/ec/ecocri/cas/Lorente_Banyuls.pdf)

nición y precariedad del trabajador, puesto que la planificación de su vida personal y familiar queda sometida a vaivenes imprevistos de la organización del trabajo en su empresa¹³. La imposición de esta fórmula a los trabajadores por la vía del poder de dirección tiene consecuencias negativas para la gestión de recursos humanos, por varios motivos:

- Utilizar la vía de la imposición unilateral en los casos de tensiones concretas y reales entre vida familiar y laboral de los trabajadores no resuelve dicha tensión, sino que estropea el clima laboral y, en última instancia, la productividad. Las empresas tienen que tener en cuenta que obviar los problemas de conciliación del trabajador no los soluciona, y que eso va a tener un impacto en el trabajo.
- Debido a reparto social de roles en la sociedad española, son las mujeres las que van a sufrir en mayor medida las consecuencias de la tensión. Por ello, se puede producir una huida del talento femenino hacia fórmulas de reducción de jornada (que, como veremos, tienen un trato de favor por parte del legislador) o bien que la empresa encuentre dificultades para la contratación de mujeres en estas condiciones. En ambos casos se estaría produciendo una discriminación indirecta.
- Se puede producir también una colisión con el derecho del trabajador a la adaptación de la distribución de la jornada consagrado en el art. 34.8 ET. Aunque el ejercicio de este derecho está sometido a “los términos que se establezcan en la negociación colectiva o el acuerdo a que se llegue con el empresario”, la cuestión de qué ocurre cuando no existe ese acuerdo no es pacífica, lo que analizaremos en detalle cuando hablemos de este derecho de conciliación.

Por todo ello, en el contexto de un régimen legal tan generoso con las facultades del empresario y que se abstrae de las posibles choques con los problemas de conciliación del trabajador, sería conveniente que

¹³ “La organización de los trabajos de atención a las personas dependientes cuando cada semana se acude al empleo a horas distintas es complicado, si no existe un adecuado reparto de este trabajo entre los miembros de la pareja -si existe- o no se cuenta con una red, familiar o pública, de servicios adaptada a estas necesidades.” (MOLINA NAVARRETE, C. , 10. *Conciliación de la vida laboral y familiar, Guías de negociación* CARL, 2006, p. 69)

la negociación colectiva se ocupase del tema, fijando una serie de criterios generales en la materia y evitando así que el empresario tenga que ir dando soluciones puntuales y posiblemente contradictorias a los problemas prácticos concretos. La previsión puede hacerse bien en los convenios colectivos o bien en los acuerdos de empresa, además de en los Planes de Igualdad en el caso de que existan en la empresa. Hasta ahora no ha sido un elemento que se tenga muy en cuenta por la negociación, aunque sí que se han utilizado algunas fórmulas que diferencian la distribución irregular de la jornada entre trabajadores con y sin responsabilidades familiares¹⁴. Coincidimos con LAHERA¹⁵ cuando defiende que estos criterios no son discriminatorios, por estar justificados por razones de protección del valor constitucional de la conciliación familiar, siendo admisible pactar jornadas irregulares sólo para aquellos miembros de la plantilla que no tengan a su cuidado un hijo o pariente dependiente. Por el mismo motivo también serían admisibles las cláusulas convencionales y contractuales de renuncia a la disponibilidad horaria irregular por razones familiares, pese a que también son de escasa implantación en la práctica.

MOLINA NAVARRETE, en su Guía de negociación de 2006, ya recogía que algunos convenios (por lo general de carácter sectorial estatal) contenían cláusulas que eximían de la prolongación de jornada derivada de la distribución irregular a los trabajadores/as que, con la debida acreditación, evidenciasen tener tales obligaciones familiares -por ejemplo: a los trabajadores que tuviesen limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o lactancia, o a quienes tuviesen obligaciones familiares habituales de carácter personal e ineludible -¹⁶. NEVADO FERNÁNDEZ, en el Observatorio de Negociación colectiva de 2010¹⁷ también se muestra partidaria de que se introduzcan más cláusulas de exclusión de la aplicación de la

14 Como señala LAHERA FORTEZA, J. "Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar", *op. cit.*

15 *Ib. Idem.*

16 *Op.cit.* pp. 70-71.

17 En ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.), *Observatorio de la negociación colectiva: Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, CCOO-Cinca, 2010, p. 244.

distribución irregular o flexible cuando se trate de trabajadores o trabajadoras con presencia limitada en la empresa por causa tal como el embarazo o cuidado de familiares¹⁸.

A modo de ejemplo de buena práctica podemos citar el XVI Convenio General de la Industria Química 2013-2014¹⁹ que, con respecto a la jornada flexible señala que “no podrá aplicarse a trabajadores y trabajadoras que por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o periodos de lactancia, tengan limitada su presencia”. También contiene este convenio una ampliación del periodo de preaviso, puesto que se establece que “con preaviso de 7 días, la empresa podrá cambiar distribución de hasta 100 horas anuales dentro del calendario laboral”. La ampliación del periodo de preaviso (que en el ET son solo 5 días) es otra medida importante que facilita la organización del propio trabajador y, por tanto, la conciliación.

III. El derecho del trabajador a la adaptación y distribución de la jornada (art. 34.8 ET): la flexibilidad horaria del trabajador y la elección de turno

La LOI²⁰ añadió un párrafo 8 al art. 34 ET, dedicado a la regulación de la jornada de trabajo, que desde su nacimiento ha dado lugar a un gran debate doctrinal que no pierde actualidad. Su tenor literal es el siguiente: “El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla. A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.”

18 Como las del Convenio colectivo para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de peletería (BOE 30-9-2010).

19 BOE 9-4-2013

20 L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

El precepto plantea muy diversos problemas de interpretación, alguno de los cuales no ha tenido repercusión práctica, como es el de la delimitación de la denominada “adaptación de la duración de la jornada”. La adaptación de la duración supone el derecho a una reducción de jornada (con o sin reducción de salario) más allá de los supuestos expresamente previstos en el art. 37. 4, 4 bis y 5 ET²¹. En la práctica esta posibilidad no ha despertado el interés de los trabajadores, dada la amplitud de los supuestos reglados de reducción de jornada por motivos familiares y el amplio abanico de medidas de seguridad para el trabajador que los acompaña²². Sin embargo, a raíz de la limitación introducida por la reforma laboral de 2012, en el sentido de que los derechos a la reducción de jornada del art. 37.5 ET se refiere a la jornada “diaria”, podrían aumentar los supuestos en los que el trabajador necesite acudir a la vía del 34.8 ET para dar solución a necesidades de conciliación que no tienen que ver con la jornada diaria (como, por ejemplo, las motivadas por las vacaciones escolares).

Dejando aparte esta cuestión, el debate se ha centrado en la determinación del grado de exigibilidad que se le atribuya al derecho: si se trata de un reconocimiento directo del derecho a la adaptación de la jornada

- 21 Tema que inicialmente abordó la doctrina en sus comentarios al nuevo 34.8 ET (vid. RODRÍGUEZ PASTOR, G., “Tiempo de trabajo tras la reforma operada por la LOI” en AAVV *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 408-409; AGUILERA IZQUIERDO, R. “Políticas sociolaborales y conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, en MONTTOYA MELGAR, A. (Dir.) *Igualdad de Mujeres y Hombres*, Thomson-Civitas, 2007, P. 387-388; VELASCO PORTERO, M.T. “El derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo”, GARCÍA NINET, I. (Dir.), *Comentarios a la ley de igualdad*, CISS, Bilbao, 2007, pp. 631-640, GARCÍA QUIÑONES, J.C., “El marco normativo de la conciliación familiar tras la ley orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en LAHERA FORTENZA Y GARCIA QUIÑONES, *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Bomarzo, 2008, p. 16)
- 22 Fundamentalmente, lo establecido en la DA 18ª del ET, según la cual en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el art. 37, apartados 4 bis, 5 y 7 el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de indemnizaciones previstas en el propio ET será “el que hubiese correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción”. También se establece un régimen privilegiado en lo que respecta a las prestaciones de seguridad social de los trabajadores que se encuentren en esta situación, así como en materia de cotización, más favorable que el de los restantes trabajadores a tiempo parcial (Vid. VELASCO PORTERO, M.T. “Conciliación y flexiseguridad en el ejercicio de los derechos a la reducción de jornada”, DL, nº 100, pp. 67 y ss.

o si, de manera más matizada hay que entender que está supeditado a lo que pudiese establecerse en convenio colectivo o en acuerdo individual con el empresario.²³ Para ello hay que poner en relación el art. 38.4 ET (“El trabajador tendrá derecho a adaptar la (...) distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla”) con lo establecido en el art. 85 ET (“Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad...”).

La doctrina admite de manera unánime que el derecho a la adaptación de la jornada no es absoluto a favor del trabajador, sino sometido a los términos y condiciones que establezca la negociación colectiva. Ahora bien, las opiniones se dividen a la hora de considerar qué ocurre si la negociación colectiva guarda silencio sobre el tema. ¿Hay que entender en este caso que el trabajador no tiene derecho a ningún tipo de adaptación de su jornada, aunque acredite sus necesidades de conciliación y no existan necesidades organizativas o productivas que lo impidan? Esta es la solución por la que se inclina la doctrina judicial, aunque gran parte de la doctrina laboral la considera poco adecuada. Algunos autores defienden que si el convenio guarda silencio estaría incumpliendo el deber impuesto por el art. 85 ET, y el trabajador tendría derecho a que se tomara en consideración su petición y se procediese a la ponderación²⁴, mientras otros afirman sin matices que el derecho del art. 34.8 ET no es directamente invocable ante los órganos judiciales²⁵. Existen postu-

23 Como ya señalaba PASTOR MARTÍNEZ, A. “La concreción de la reducción...”, *op. cit.* P. 127.

24 PASTOR MARTÍNEZ, A. “La concreción de la reducción...”, *op. cit.* p. 129

25 CABEZA PEREIRO, J. en *Ley de Igualdad y contrato de trabajo*, *op. cit.* p. 123; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. “Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido (reflexiones en torno a la STC 24/2011), p. 9 de 15. LÓPEZ BALAGUER, M. en “El derecho a la adaptación de la jornada...” aunque critica al legislador por no reconocer de modo categórico el derecho de los trabajadores a la adaptación de la jornada para la conciliación (p. 89).

ras menos polarizadas, como la del prof. LAHERA²⁶, que defiende una vía intermedia que toma en consideración el deber de negociar medidas de igualdad que tienen las empresas, la prohibición de discriminación y el derecho a la tutela judicial efectiva para concluir que, aunque no exista un derecho unilateral del trabajador, la empresa tampoco puede denegar sin negociar su propuesta horaria de manera injustificada o desproporcionada, sacrificando valores constitucionales. Compartimos esta última opinión, aunque desde luego no es la que vienen aplicando la jurisprudencia y doctrina judicial, sobre todo en los frecuentes casos en que el trabajador solicita un cambio de turno o la adscripción a uno determinado sin que esté vinculado a una reducción de la jornada²⁷. En este sentido, se constata que a partir de la Sentencia de 13/06/08, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha venido manteniendo en distintas resoluciones (SS 18/06/08 , 20/05/09, 19/10/09 y 24/04/12 y Auto 21/07/09) que el derecho que reconoce al trabajador el art. 37.6 ET a fijar la concreción horaria está vinculado a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones, por lo que deben quedar extramuros de su ámbito de aplicación aquellos supuestos en que la solicitud de cambio de horario o turno de trabajo no vaya unida a una petición de reducción de jornada. Asimismo, en ellas se sienta el criterio de que en ausencia de previsión convencional al respecto y de pacto alcanzado mediante la autonomía individual, la pretensión de variación horaria o alteración de turno de trabajo carece de amparo legal; el mismo criterio siguen de manera mayoritaria los Tribunales Superiores de Justicia²⁸.

Sin embargo, a pesar de que esta viene a ser la tónica general de los pronunciamientos judiciales, también encontramos sentencias discordantes que reconocen que, aunque la adaptación horaria se solicite de

26 LAHERA FORTEZA, J. "Organización flexible del tiempo de trabajo...", *op.cit.*

27 También MOLINA NAVARRETE, C. "Un nuevo paso atrás en la política jurídica de conciliación: el juez no debe minimizar sino garantizar el cambio legal", *Diario La Ley*, núm. 7057, 2008. p. 3 (versión online) defiende que cualquier derecho de conciliación rechazado por el empleador requiere de inmediato el análisis del juez desde la vertiente constitucional, ponderando de manera concreta y cuidada si tal negativa está revelando un obstáculo injustificado y desproporcionado.

28 STSJ de Castilla-La Mancha de 3-12- 2008; TSJ Galicia de 23-07-2009; TSJ Madrid de 27-02-2009; TSJ Madrid de 27-01-2009.

manera independiente de la reducción de jornada, los principios constitucionales en juego exigen la ponderación²⁹.

La flexibilidad en la negociación colectiva

A pesar de la importancia de la negociación colectiva para la concreción del derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada, y del llamamiento que le hace tanto la LOI como el propio 34.8 ET, la realidad es que la práctica convencional no se preocupa demasiado de regular medidas de flexibilidad horaria a favor del trabajador³⁰. En los casos que lo hace, unas veces consiste simplemente en la previsión de que en determinados departamentos se pueda establecer un horario flexible de entrada y salida, previa petición de parte y acuerdo con la empresa³¹; otras veces la flexibilidad se limita a determinadas franjas horarias, o para las personas que tengan menores o dependientes a su cargo. Hay casos interesantes de regulación de una bolsa individual de tiempo disponible³², en la que se integran todas las horas de descan-

29 Es el caso de la Sentencia 400/2013 del TSJ de Canarias, de 18 de marzo, según la cual los “supuestos en que la variación de turno u horario se postula desde una situación de jornada reducida con una concreción horaria previamente consolidada o sin interesar reducción de jornada alguna, encajan en las previsiones del Art. 34.8ET, que, ha de ser interpretado en los términos establecidos por la STC 26/11, de manera que la simple inexistencia de acuerdo colectivo o individual que contemple medidas que permitan adaptar la jornada y el horario de trabajo para conciliar la vida laboral y la familiar, no constituye causa suficiente para denegar el derecho pretendido por el trabajador, sino que habrá que tomar en consideración en el particularismo de cada caso las singulares circunstancias concurrentes, valorando la dimensión constitucional ex Art. 14 y 39 CE de las medidas solicitadas y realizar la correspondiente ponderación del derecho fundamental que está en juego”; en el mismo sentido, la STSJ de Galicia, 4903/2012, de 9 octubre. STSJ de Cataluña, Sentencia núm. 6521/2011 de 17 octubre, sentencia núm. 861-2008 de 12 noviembre.

30 CABEZA PEREIRO, J. “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras”, en LOUSADA AROCHENA, J.F. (coord.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MTIN, 2008, pp. 233 y ss.; a la misma conclusión llegaron LAHERA FORTEZA y GARCÍA QUIÑONES, *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, *op.cit.* pp. 121 y 122.

31 Art. 42 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines para los años 2012 y 2013. Una regla parecida, y remitiendo al acuerdo de empresa, art. 42 XV CC de la industria química.

32 Art. 45 bis XV CC de la industria química: “1. La bolsa individual de tiempo disponible se conforma con todas las horas de descanso obligatorio, ya sean las derivadas de la recuperación, ya sean las derivadas de las compensaciones por horas flexibles, horas

so obligatorio derivadas de recuperación, de compensación por horas flexibles, horas extraordinarias o prolongaciones de jornada acordadas, así como días de libre disposición o excesos de jornada en el calendario anual.

También se aprecia cierta sensibilidad en algunos convenios colectivos al establecer criterios de preferencia para la elección de turno de trabajo³³, así como en la elección de turnos de vacaciones.

En definitiva, un desarrollo escaso de una posibilidad que podría resolver de manera muy eficaz y ajustada a las circunstancias concretas del sector y la empresa las tensiones surgidas entre las necesidades productivas y organizativas y las necesidades de conciliación de las personas trabajadoras.

extraordinarias o prolongaciones de jornada acordadas. En el supuesto de que en la empresa se tengan pactados días de libre disposición o surgiesen de la elaboración del calendario laboral anual, estos pasaran a formar parte de la bolsa, para su disfrute individual, salvo que por acuerdo se pacte el disfrute colectivo de todos los días o parte de ellos.

Este sistema de bolsa de horas flexibles individualizadas también operará para los trabajadores con contrato de trabajo por tiempo determinado... 3. Se podrá disfrutar de la bolsa individual para necesidades de carácter personal y/o familiar. Los periodos de descanso compensatorio correspondiente se disfrutarán en días completos procurándose que los mismos se fijen por acuerdo entre empresa y trabajador afectado. En el supuesto de desacuerdo se disfrutarán en las fechas señaladas por el trabajador preaviso con siete días de antelación. En este último caso de desacuerdo los días u horas de descanso correspondiente no podrán acumularse a puentes ni vacaciones. Las horas de compensación generadas dentro de los primeros ocho meses del año natural se deberán disfrutar dentro de este último y las generadas en los cuatro últimos meses del año natural se podrán disfrutar dentro de los primeros 6 meses del año natural siguiente.”.

33 Vid. las distintas modalidades en que se contempla esta opción en GARCÍA QUIÑONES, J.C. “Concreción de horario y jornada conforme a necesidades de conciliación laboral y familiar”, en LAHERA Y GARCÍA QUIÑONES, *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, op.cit. pp. 49 y ss.

Buenas y/o «malas» prácticas jurídico-laborales en el teletrabajo como fórmula de implantación del trabajo remoto en las empresas privadas

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ*

I. Las nuevas tecnologías, la robótica y los nuevos trabajos. II. El concepto de buenas prácticas laborales en los nuevos trabajos remotos. III. La regulación del trabajo a distancia en el Estatuto de los Trabajadores. IV. Las buenas prácticas en el teletrabajo o trabajo remoto en las grandes empresas españolas. V. Conclusiones: las “malas prácticas” en la implantación del teletrabajo y/o trabajos remotos

I. Las nuevas tecnologías, la robótica y los nuevos trabajos

En el año 2012 la empresa Amazon compró la empresa Kiva Systems para que sus robots se encargaran de la logística de las ventas por Internet. Estos robots son los encargados de mover las estanterías y los cajones donde se encuentran almacenados los productos de este gigante de Internet¹. Los envíos se hacen por tierra con camiones y camionetas, y la entrega de cualquier objeto encarece el precio final, sobre

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

1 <http://www.xataka.com/robotica/los-alucinantes-robots-que-ha-comprado-amazon-en-accion>.

todo cuando el reparto debe llevarse a cabo en lugares remotos o con redes de comunicación insuficientes. El siglo XXI ha mejorado mucho la tecnología, permitiendo que se produzcan muchos procesos de compra mediante Internet. Sin embargo, hay que hacer llegar al cliente los objetos comprados y el transporte de mercancías sigue siendo el tradicional. Por este motivo el fundador de Amazon está trabajando en la realización de pequeños envíos urbanos a domicilio mediante drones, para que éstos realicen el transporte de los productos desde los centros de distribución hasta el domicilio de los clientes. Se trataría de unos robots volantes autónomos guiados por GPS. El problema para ejecutar estos envíos, que en principio se limitarían al transporte de unos 2,5 kilos en un radio de 16 kilómetros dentro de los EEUU, es la seguridad². Por otro lado, a través de los “vehículos de vuelo autónomo”, Google cuenta con el Project Wing (Proyecto Ala) para cubrir de manera eficiente la entrega de objetos en grandes extensiones poco pobladas (agua, comida, paquetes de primeros auxilios), con la finalidad de implantarlo donde no haya carreteras o no lleguen trenes o aviones. No se trata de vender productos en zonas urbanas como en el caso de Amazon, sino de llegar de forma más segura, barata y eficiente donde no lo hacen otros medios de transporte en grandes extensiones de terreno poco pobladas, por ejemplo, para el envío de ganado y *kits* de emergencias y, en general, para el abastecimiento de baterías, móviles, agua y víveres en caso de catástrofes naturales³.

En el futuro las capacidades profesionales se podrán adquirir en entornos virtuales que permitirán mejorar el rendimiento en un mercado globalizado donde aparecerán sectores de actividad que supondrán cambios considerables en el mundo del trabajo. Los avances tecnológicos permiten la sustitución de trabajadores en aquellas actividades que las máquinas pueden realizar de forma más rápida, barata y consistente. Esto conllevará la desaparición de ocupaciones hasta ahora tradicionales, como por ejemplo la de mineros, operarios de la construcción y de plataformas petrolíferas, o pilotos de combate⁴, y la tendencia será

2 http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2013/12/02/actualidad/1385969482_968727.html.

3 http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2014/08/29/actualidad/1409273917_157731.html.

4 http://archivo.expansionyempleo.com/2009/04/03/desarrollo_de_carrera/1238771370.html.

sustituir los trabajadores por máquinas o robots excepto en actividades donde la presencia física sea ineludible, como las de trabajadores de pompas fúnebres o los peluqueros. A causa de los avances tecnológicos ya existen actualmente una serie de actividades profesionales en vías de extinción, como por ejemplo las de los dependientes de videoclub, operadores de línea de montaje, cajeros de supermercado, agentes de viaje, teleoperadores o procesadores fotográficos⁵. Igualmente, en el siglo XXII la inteligencia artificial, las redes ópticas de gran velocidad, los sistemas inalámbricos y las comunicaciones en tiempo real favorecerán los intercambios comerciales y, sobre todo, la creación de entornos virtuales donde se puedan desarrollar trabajos virtuales o el trabajo remoto, sustituyendo en principio a las ocupaciones que desaparezcan.

En un estudio de la OIT publicado en el año 2004 sobre el futuro del trabajo en el sector de los medios de comunicación, la cultura y las industrias gráficas se puso de relieve la necesidad de que esta organización internacional se ocupara de: a) “llevar a cabo la búsqueda de mejores prácticas y de las alternativas de financiación para la formación en diferentes regiones y países, y promover la formación y el adiestramiento en la utilización de las tecnologías de la información por parte de los interlocutores sociales y de las instituciones de enseñanza”; b) tener iniciativa, haciendo uso de Internet, entre otros medios, para promover prácticas seguras y sanas, con especial consideración de los trabajadores en ocupaciones de riesgo, a través de la búsqueda, la información, la publicación, el asesoramiento y la formación⁶. En general, dado que somos conscientes de que las nuevas tecnologías han traído consigo cambios en el mundo del trabajo y de las relaciones laborales, nos preguntamos a qué buenas prácticas debemos atender cuando los entornos de trabajo son virtuales, y qué buenas prácticas deben favorecer la realización de los trabajos de acuerdo con los estándares de trabajo decente que propone la OIT⁷. Para ello analizaremos en primer lugar

5 <http://forbes.es/actualizacion/1101/10-profesiones-que-estan-en-vias-de-extincion>.

6 OIT, *El futuro del trabajo y de la calidad en la sociedad de la información: el sector de los medios de comunicación, la cultura y las industrias gráficas*, Ginebra, 2004, p. 121.

7 Véase OIT, *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima reunión*, Ginebra, 10 de junio de 2008, Suiza, 2008.

el concepto de buenas prácticas laborales y su extensión a los trabajos remotos; en segundo lugar cuál es la normativa aplicable para estos trabajos y su adecuación a la realidad existente; y por último cuáles son las iniciativas empresariales en esta materia para concluir con la necesidad de desarrollar una cultura de buenas prácticas.

2. El concepto de buenas prácticas laborales en los trabajos remotos

En el ámbito internacional no encontramos un concepto general de buenas prácticas en el entorno del trabajo y del empleo. La OIT no contempla una definición concreta, aunque cada vez es más frecuente encontrar entre sus textos la llamada a la necesidad de búsqueda de buenas prácticas en las relaciones laborales en un determinado sector y/o ámbito territorial⁸. Las buenas prácticas “son aquéllas que permiten el desarrollo social en un ámbito de protección de los trabajadores, garantizando el progreso económico”. Y en concreto “facilitan el desenvolvimiento de los recursos humanos en un contexto de respeto a los derechos aceptado por la comunidad y de desarrollo y progreso de la economía y la empresa”. En un entorno de trabajo virtual hay que atender a la buena práctica del trabajo remoto entendida como “aquella experiencia de carácter colectivo que en el marco del respecto a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (...) pueda ser calificada como exitosa para garantizar el bienestar de los trabajadores y el progreso de las empresas, mejorando el nivel de relaciones interno, garantizando condiciones adecuadas de trabajo y empleo, facilitando el incremento de la productividad y el salario y desarrollando una cultura de concertación puesta en marcha por el acuerdo de trabajadores y empleadores, es decir, facilitando un trabajo decente”⁹. Desde el punto de vista empresarial el trabajo remoto permite el ahorro de costes y el

8 Entre otros autores, RUEDA-CATRY, Marleen; VEGA RUIZ, María Luz, *Buenas prácticas de relaciones laborales en las Américas*, OIT, Lima, 2005; OIT, *Igualdad de género y trabajo decente. Buenas prácticas en el lugar de trabajo*, Ginebra, 2005; OIT, *Manual de buenas prácticas para la promoción del trabajo decente*, San José, 2004.

9 RUEDA-CATRY, Marleen; VEGA RUIZ, María Luz, *Buenas prácticas de relaciones laborales en las Américas*, obra cit., p. 11.

incremento de la flexibilidad en cuanto al lugar, tiempo y modo de la prestación. Y desde el punto de vista del teletrabajador el aumento de su autonomía en la gestión de su tiempo y lugar de trabajo, permitiéndole la necesaria conciliación del trabajo con la vida personal y familiar.

No obstante, estas ventajas conviven con una serie de malas prácticas o desventajas en cuanto supongan un deterioro de las condiciones de trabajo, riesgo de trabajo precario, dificultades de promoción profesional, dificultad para compatibilizar la vida personal y familiar con el trabajo remoto, precarización de los derechos colectivos o de la protección social de los trabajadores remotos¹⁰. Estas dificultades aumentan en cuanto el trabajador remoto realiza la prestación de servicios por cuenta propia con una acentuada dependencia económica del cliente o de la persona que le oferta la actividad profesional (trabajadores económicamente dependientes –TRADE-). No obstante, estos riesgos se minimizan en el caso de las grandes empresas en cuanto analizan las buenas prácticas de flexibilidad laboral y las medidas que en materia de jornada laboral se adoptan en otras empresas (benchmarking). Ello debe impulsar el estudio de nuevas medidas en materia de jornada laboral que puedan plantearse en la negociación colectiva y que permitan a los trabajadores adaptar su jornada de trabajo a sus necesidades personales de acuerdo con los usos, costumbres y restricciones que se establezcan en cada país para la realización de trabajos remotos y/o virtuales, como es el caso del grupo de empresas Repsol¹¹.

En España tanto el sector industrial como el sector de servicios son de dimensiones pequeñas o medianas, es decir, las plantillas no son numerosas y en la mayoría de los casos el reducido número de trabajadores va a impedir adaptar la jornada de los trabajadores para proceder a la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar. En la actualidad, tanto las administraciones públicas como las empresas es-

10 QUINTANILLA NAVARRO, Yolanda, “Teletrabajo: delimitación, negociación colectiva y conflictos” en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina (dir.) *Tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones de trabajo. Nuevas dimensiones del conflicto jurídico*, Eolas Ediciones, Leçón, 2014, p. 332.

11 Véase Informe del Foro efr de la Fundación Másfamilia, *El libro Blanco del teletrabajo en España. Del trabajo a domicilio a los e-workers. Un recorrido por la flexibilidad espacial, la movilidad y el trabajo en remoto*, Junio 2012, en <http://www.teledislab.es/descargas/libroblancoteletrabajoespana.pdf>.

tán promulgando normas con la finalidad de introducir mecanismos o medidas de conciliación laboral y de adaptación de la jornada laboral de sus trabajadores mediante la implantación del teletrabajo. Esta modalidad de organización del tiempo de trabajo estaría incluida dentro de la regulación del actual art. 13 del ET, modificado recientemente por la Reforma Laboral del 2012 que sustituyó el obsoleto contrato de trabajo por el contrato a distancia¹².

3. La regulación del contrato de trabajo a distancia en el Estatuto de los Trabajadores

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral modificó el denominado contrato de trabajo a domicilio por el trabajo a distancia. El ET considera que el trabajo a distancia es aquél en que la prestación de la actividad laboral se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. Si tenemos en cuenta las notas que caracterizan al trabajo a distancia, el lugar de trabajo es importante porque es el que va a determinar, por ejemplo, la modalidad de teletrabajo (teletrabajo a domicilio, en telecentro, itinerante o móvil), por lo que no cabe identificar el teletrabajo sólo con el trabajo a distancia, sino con el lugar “atípico” concreto. El antiguo contrato de trabajo a domicilio era un contrato que se caracterizaba por la realización de la actividad laboral en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin la vigilancia del empresario. Con ello la normativa concretaba un lugar atípico, el domicilio, y aquellos otros «indeterminados» pero que fueran libremente elegidos por el trabajador y que, por lo tanto, impedían la vigilancia realizada directamente por el empleador cuando la prestación de la actividad laboral se llevaba a cabo en un centro de trabajo o empresa.

12 Vid. SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena “La nueva regulación del trabajo a distancia”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, pp. 1 a 38; e igualmente en “La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia”, en NUÑEZ CORTÉS CONTRERAS, Pilar, *La reforma laboral de 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61 a 91.

La reforma ha omitido este último requisito porque tanto el teletrabajo como cualquier modalidad de trabajo remoto se puede llevar a cabo con una vigilancia no sólo directa sino también más intensa¹³ como, por ejemplo, algunas manifestaciones del teletrabajo on-line. En el contrato de trabajo a domicilio la vigilancia se manifestaba sobre todo de manera indirecta. Pensemos, por ejemplo, en la obligación de realizar un determinado pedido y su entrega con unas condiciones y periodos previamente pactados. En estos casos la vigilancia del empresario no es inmediata ni directa¹⁴. Esto significa que la presencia de la nota de la dependencia va a estar debilitada pero no ausente, porque la ausencia de vigilancia no significa ausencia de control, como por ejemplo el llevado a cabo a posteriori en la entrega y recepción de los servicios elaborados.

La nueva regulación del art. 13 ET obvia este requisito por innecesario, y mantiene que el trabajo se realice en el domicilio o en otro lugar pero libremente elegido por el trabajador y, en este sentido, podemos incluir todo tipo de manifestación de realización del trabajo remoto donde el lugar de la prestación de servicios es irrelevante a los efectos de identificar la nota de la dependencia en entornos virtuales para incluirla dentro del contrato de trabajo. Sin embargo, se trata de una regulación muy general e insuficiente que no recoge las peculiaridades y particulares de las prestaciones de servicios a distancia, ya sean mediante la modalidad de teletrabajo o de trabajo remoto. Las grandes empresas que han llevado a cabo con éxito proyectos piloto de teletrabajo han concluido éstos con la implantación de esta modalidad de trabajo y con un código de buenas prácticas al que vamos a hacer referencia a continuación. No obstante, la terminología que utilizan es la del teletrabajo dado que se equipara con el término trabajo remoto¹⁵. Al respecto entendemos que esta equiparación puede no ser absoluta y

13 THIBAUT ARANDA, Xavier *El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral*, CES, Madrid, 2011.

14 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique; GARCÍA NINET, José Ignacio, "Contrato de trabajo a domicilio", en BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *El Estatuto de los Trabajadores, Tomo III, Art. 8 a 13*, Edersa, Madrid, 1985, p. 336

15 Véase Informe del Foro efr de la Fundación Másfamilia, *El libro Blanco del teletrabajo en España. Del trabajo a domicilio a los e-workers. Un recorrido por la flexibilidad espacial, la movilidad y el trabajo en remoto*, obra cit., pp. 2 y 46.

admite graduación o diferenciación en función de cómo se manifiesten los “nuevos” trabajos en sustitución de aquellos otros que se han quedado obsoletos por los avances de las nuevas tecnologías y la presencia de la robótica en el mercado de trabajo (cuestión que será tratada en otro momento dado que nos desviamos de la finalidad de este trabajo).

4. Las buenas prácticas en el teletrabajo o trabajo remoto en las grandes empresas españolas

En el libro blanco del teletrabajo se hace referencia a que existe un número considerable de empresas que tienen trabajadores remotos, pero sin embargo el 25% de ellas no identifican quiénes son. En un estudio sobre 16 empresas multinacionales del sector de las TIC que han implantado con éxito el teletrabajo, un 26,3% de los empleados habilitados para teletrabajar con accesos y herramientas para ello no están incluidos en programas formales de teletrabajo. Esto significa que estamos en presencia de experiencias de teletrabajo que en muchos casos son conocidas por las organizaciones, pero que en general no están reguladas. Como dice el libro blanco, en muchas ocasiones las experiencias de teletrabajo dependen de la voluntad del trabajador de querer teletrabajar en un determinado momento, y de la flexibilidad del directivo que le permite teletrabajar. En concreto son prácticas de aprendizaje en la organización interesantes para plantearse qué beneficios y qué valor aportan a la organización esas experiencias propias¹⁶.

Para que se desarrolle con éxito el trabajo flexible y el teletrabajo los factores fundamentales son la cultura, el liderazgo, los sistemas básicos de gestión, el modelo de teletrabajo, el uso de la tecnología, las inversiones necesarias, los beneficios que se pueden obtener y la puesta en marcha a través de una experiencia piloto¹⁷. En este informe se habla de varios casos de éxito de buenas prácticas del teletrabajo en grandes

16 En cuanto a las modalidades de organización unas de las primeras obras destacadas es la de PADILLA MELÉNDEZ, Antonio, *Teletrabajo. Dirección y organización*, RA-MA, Madrid, 1998.

17 Informe del Foro efr de la Fundación Másfamilia, *El libro Blanco del teletrabajo en España. Del trabajo a domicilio a los e-workers. Un recorrido por la flexibilidad espacial, la movilidad y el trabajo en remoto*, obra cit., pp. 29 y 30.

empresas españolas (BBVA, Endesa, Indra, Iberdrola, Línea Directa Aseguradora, Microsoft, Sanitas, Wolters Kluwer). En líneas generales podemos sacar una serie de conclusiones en relación con la implantación en estos grandes grupos de empresa españoles con proyección internacional. En primer lugar, es obvio que los resultados alcanzados son muy positivos, desde el momento en que han implantando el teletrabajo después de los exitosos programas piloto. La gran mayoría de los trabajadores de estas empresas han adoptado voluntariamente fórmulas de trabajo flexible, fundamentalmente en la modalidad de teletrabajo compartido con la empresa y de realización en su propio domicilio. Incluso en alguna empresa, como es el caso de Línea Directa Aseguradora, se dice que “se vive como un privilegio que hay que ganarse y que mantener”. Llama la atención que sólo una de ellas (Wolters Kluwer) habla de trabajo remoto sin hacer alusión a la realización de una determinada modalidad de teletrabajo de entre las existentes según el lugar de la realización del trabajo a distancia telemático (teletrabajo a domicilio, itinerante, en centros compartidos, etc.). En el caso de Microsoft, el teletrabajo en casa se comparte con el teletrabajo durante los viajes de negocios, es decir, se habla de un “tiempo muerto teletrabajable” y, por lo tanto, de una prolongación de la jornada a través del trabajo remoto para estar disponible o teletrabajar.

En general valoramos “negativamente” estos resultados, presentados como componentes del éxito en las empresas, en el sentido de que hay un cambio de presencialidad en el lugar de trabajo, es decir, de la realización del trabajo en el propio centro de trabajo al propio domicilio del trabajador que puede suponer un perjuicio de los derechos de los trabajadores en cuanto puedan afectar a su intimidad o a la propia conciliación de la vida laboral con la personal y familiar¹⁸. Igualmente puede conducir a un fortalecimiento de los poderes de dirección del empleador en cuanto el control de trabajo sea más intensivo y directo. Así, por ejemplo, la implantación del teletrabajo ha comportado el desarrollo del trabajo por objetivos, lo que no ha evitado los problemas que

¹⁸ En relación con el lugar de trabajo y de residencia del trabajador, vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina *La Residencia en España y en la Unión Europea desde el prisma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2014.

atañen a la cultura de la presencialidad en la oficina, o los relacionados con el uso, instalación y mantenimiento de los equipos técnicos necesarios, así como la resolución de las incidencias. El trabajo por objetivos paradójicamente se acompaña de un control horario, o de pactos de tiempos mínimos para contactar con la empresa y con los clientes. No obstante, si el trabajo es remoto en su totalidad se hace necesario un mínimo de control horario, como en el caso de Wolters Kluwer donde las dificultades vienen por la gestión de los horarios, normalmente por exceso. Sin embargo, cuando se trata de consecución por objetivos a corto plazo, para su obtención es imprescindible contar con todos los empleados al máximo rendimiento, y en ocasiones es necesaria la presencia de todos ellos en la oficina (caso de la empresa Sanitas).

En todas las empresas sobresalen los problemas iniciales alrededor de la dependencia tecnológica como, por ejemplo, instalación de los equipos y líneas de comunicación como el ADSL, conexiones a la Red, etc. Estos problemas se van reduciendo conforme se resuelvan las incidencias y los trabajadores adquieran formación (por ejemplo, Iberdrola) y experiencia adecuadas¹⁹. En todo caso deben estar provistos de un servicio de mantenimiento y resolución de incidencias técnicas rápido y eficaz. En general hay un elevado grado de satisfacción por parte de los teletrabajadores, y se ha demostrado el incremento de la productividad y la bajada del absentismo sobre todo de larga duración (más de 15 días), la fidelización y el compromiso del trabajador con la empresa (por ejemplo, en Línea Directa) e incluso menores riesgos psicosociales (caso de Endesa). En general se dice que los trabajadores están satisfechos con sus trabajos, ya que esta modalidad de trabajo les permite conciliar y compatibilizar la vida laboral con la personal y familiar. Así, por ejemplo, en Microsoft se ha obtenido un buen clima laboral por encima del 82% y un compromiso de los empleados del 92%. En las empresas BBVA, Endesa e Indra²⁰ tanto el grado de satisfacción

19 En relación a estas cuestiones ORTIZ CHAPARRO, Francisco, *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología*, McGraw-Hill, Madrid, 1995; OLIVEROS, José Manuel "Situación del teletrabajo en España: una visión personal", en AAVV, *Teletrabajo: dimensión social y laboral*, CCOO Andalucía, Sevilla, 2006.

20 Véase el Acuerdo Colectivo sobre las condiciones de la prestación de servicios en el Banco en Régimen de Teletrabajo, Madrid, 27 de Julio 2011; art. 44 IV CC Endesa (BOE

de los trabajadores como el número de trabajadores que adoptan esta modalidad de trabajo son muy elevados, lo que facilita a las empresas un importante ahorro en costes de mantenimiento y en infraestructuras. En conclusión, son empresas que en líneas generales están llevando a cabo unas buenas prácticas en el teletrabajo, lo que no es obstáculo para que analicemos cuáles son las “malas prácticas” que hacen que el teletrabajo suponga un deterioro y/o exclusión de los derechos de los trabajadores amparados por el derecho del trabajo, teniendo en cuenta que el tejido industrial y de servicios español no responde al tamaño de estas empresas²¹.

5. Conclusiones: las “malas prácticas” en la implantación del teletrabajo y/o trabajos remotos

Más arriba hemos visto que la regulación jurídica del trabajo a distancia contemplada en el actual art. 13 ET es insuficiente. No obstante, encontramos otro instrumento válido que contempla una serie de características que debe reunir el teletrabajo para lograr una implantación con garantía para los trabajadores y, con ello, favorecer el establecimiento de unas buenas prácticas empresariales: el Acuerdo Marco Europeo (2002). Asimismo, en primer lugar los términos del art. 13 ET y del Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (2002) apuntan a que una de las características que identifican a esta modalidad de trabajo remoto es su carácter voluntario. La voluntariedad del teletrabajo es una de las condiciones establecidas en el Acuerdo Marco Europeo que, sin embargo, no impide la imposición empresarial en situaciones de crisis o reestructuración de empresas, y en todo caso cuando no se hayan asumido los términos del Acuerdo Marco Europeo en el convenio o acuerdo colectivo de la empresa o sector. Lo mismo sucede con el

13 febrero de 2014); UGT, Observatorio industrial de Electrónica, Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones, “Teletrabajo y su regulación en el sector de la TIC”, febrero de 2007, en http://www.ametic.es/CLI_AETIC/ftpportalweb/documentos/Estudio7_observatorio.pdf

21 Vid. SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena “El derecho del trabajo en el nuevo trabajo a distancia”, en GARRIDO PÉREZ, Eva *Constitución española y relaciones laborales ante el actual escenario social y económico*, XXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL, Sevilla, 2013, pp. 149 a 164.

proclamado mantenimiento del status laboral del teletrabajador, dado que el cambio al teletrabajo no impide la aplicación de las modificaciones de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), y puede afectar a la jornada, al horario de trabajo o a otras condiciones de trabajo. En todo caso, consideramos que esta garantía es meramente testimonial, ya que el Acuerdo no establece la nulidad de la actuación empresarial como consecuencia del incumplimiento de dicha garantía por parte del empleador. En el supuesto de que se produzca el tránsito al domicilio del trabajador, se trata de una verdadera novación contractual que necesita del acuerdo con el trabajador, puesto que conlleva un cambio de vínculo jurídico o modalidad contractual²².

En segundo lugar, otras de las características contempladas en el Acuerdo Marco Europeo es el establecimiento del carácter reversible de la prestación de teletrabajo, indicando que el cambio en el puesto de trabajo debe ser establecido por acuerdo individual o colectivo. Entendemos que si la reversibilidad no viene contemplada en el acuerdo de teletrabajo, el empresario puede unilateralmente llevarla a cabo mediante el procedimiento de las modificaciones sustanciales de trabajo previsto en el art. 41 ET. En caso contrario, la reversibilidad operará por el procedimiento de modificación «sui generis», probablemente pactado al margen del art. 41 ET²³. En definitiva voluntariedad y reversibilidad son dos características que identifican unas buenas prácticas empresariales que mediante los mecanismos legales pueden no cumplirse.

En tercer lugar, en materia de tiempo de trabajo rige la regla general del principio por el que el teletrabajador gestiona su propio tiempo de trabajo, salvo pacto en contrario. Esto significa que en el caso de existir conexión telemática simultánea, y de que el empresario pretenda someter al teletrabajador a la disciplina horaria y jornada del resto de los trabajadores de la empresa, debe pactarlo expresamente con él. Es decir, la regla general admite graduaciones, que entendemos estarán relacionadas en muchos casos con la modalidad de teletrabajo concertada, y con la intensidad de la interactividad pactada

22 SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES, Sevilla, 2011, p. 118.

23 SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., p. 156.

entre el teletrabajador y el empresario. En el teletrabajo la ordenación del tiempo de trabajo se va a regir por la normativa laboral, pero ésta presenta problemas en torno a su aplicación. En este sentido, no podemos obviar que el art. 40.2 de la Constitución obliga a los poderes públicos a garantizar el derecho del trabajador al descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones retribuidas²⁴. En el teletrabajo a domicilio interactivo es muy recomendable que el teletrabajador se someta a la regulación de la jornada contemplada en el Estatuto de los Trabajadores. En estos casos, la normativa actuaría como límite a los poderes de dirección del empresario y a los posibles abusos existentes, probablemente, en trabajos poco cualificados, evitando la desprotección y situaciones de explotación de los trabajadores. En esta modalidad de teletrabajo interactivo, en el caso de interrupciones del tiempo de trabajo motivadas por averías en el equipo informático o de las telecomunicaciones por causa imputable al empleador (como, por ejemplo, las ocasionadas por un servidor “insuficiente” propiedad de la empresa), y de acuerdo con el artículo 30 del ET, el teletrabajador tendría derecho a la conservación del salario sin contraprestación. Por el contrario, la modalidad de teletrabajo no interactivo permite al teletrabajador la plena organización de la jornada y descansos de trabajo, y elegir a qué horas desea trabajar, por cuánto tiempo y cuándo va a interrumpir su actividad. Esta modalidad se suele pactar cuando el empresario está más interesado en la obtención del resultado o de los objetivos, que en el control del tiempo de trabajo. La propia naturaleza del teletrabajo, que es un mecanismo idóneo para la conciliación de la vida profesional con la personal y familiar, y la facilidad de comunicación y de localización en todo momento y en cualquier lugar, hace necesario defender el derecho del trabajador a la desconexión de los medios de comunicación en los tiempos de descanso. La teledisponibilidad debe ser pactada y respetuosa con el derecho al descanso, por lo que consideramos como tiempo de trabajo tanto la intervención que realice el teletrabajador,

24 En GORELLI HERNÁNDEZ, Juan *El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones*, Tecnos, Madrid, 2014, p. 22, rechaza cualquier pacto que puedan alterar el disfrute de las vacaciones.

bien sea remota o presencial, como la disponibilidad presencial en un lugar determinado por el empresario²⁵.

En cuarto lugar, en lo relacionado con la retribución, los sistemas y estructuras salariales previstos en la normativa laboral se adaptan perfectamente al teletrabajo. No obstante, hay que evitar que se produzcan diferencias retributivas entre el teletrabajador y un trabajador comparable en los locales del empresario, es decir, aquel trabajador de la misma empresa que tenga un mismo tipo de contrato, tarea, actividad o relación laboral, y puesto de trabajo o empleo similar. Esto no impide que se tengan en cuenta las peculiaridades de la prestación del teletrabajo, y que pueda establecerse un complemento de teletrabajo ligado al puesto de trabajo y a la prestación misma en el domicilio o en otro lugar²⁶. En cuanto al apartado de los suplidos y gastos de las herramientas y útiles, se amplía en el teletrabajo a domicilio a otros gastos que lleva implícitos, como luz, agua, limpieza y acondicionamiento, aspectos que la negociación colectiva debe desarrollar.

En quinto lugar, en material de prevención de riesgos laborales en el teletrabajo, aunque evidentemente es de aplicación la normativa general contenida en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en nuestra opinión es necesaria una adaptación a las peculiaridades del teletrabajo. La responsabilidad en materia de seguridad y salud en el teletrabajo corresponde al empresario por ser el titular de la organización productiva, pero hay que tener en cuenta la imposibilidad en unos casos, o la dificultad en otros, para aplicar las medidas preventivas contempladas en dicha normativa. Creemos que el teletrabajador debe asumir un rol más relevante en la prevención de riesgos laborales, por lo que somos partidarios de una corresponsabilidad entre el empresario y el teletrabajador en materia de seguridad y salud, ya que evitar la aparición de ciertos riesgos en el teletrabajo puede estar más al alcance del teletrabajador que del empleador. Defendemos esta opción ante la imposibilidad empresarial de controlar

25 Véase THIBAUT ARANDA, Javier, "Teletrabajo y teledisponibilidad", en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas de organizativas del trabajo*, MTASS, Madrid, 2000, p. 907.

26 Por ejemplo, el complemento de teletrabajo implantado en la empresa BP (art. 51 VI CC de BP Oil España, SAU (BOE 6 de agosto de 2010).

en muchos casos el lugar de trabajo desde un punto de vista preventivo. Entre los riesgos laborales que presenta el teletrabajo están todos aquellos asociados a las nuevas formas de organización del trabajo como el estrés, el aislamiento o la escasa separación entre la vida laboral y familiar. La mayoría de los riesgos que presenta el teletrabajo son comunes a otras formas de prestación laboral desempeñadas mediante el uso de las nuevas tecnologías. El único factor de riesgo “diferenciador” en el teletrabajo es el aislamiento, que en nuestra opinión el empresario debería intentar combatir fomentando una mayor interacción del teletrabajador con los compañeros de la empresa.

En sexto lugar, en lo relativo al poder de vigilancia y control del empresario en el teletrabajo debemos tener en cuenta todas las cuestiones relacionadas con el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, que permiten al empresario llevar a cabo un control del espacio virtual²⁷. Igualmente los límites y las condiciones del ejercicio de las facultades de vigilancia y control empresarial. En nuestra opinión la normativa de protección de datos es la vía más adecuada para garantizar la privacidad de los teletrabajadores, dado que el uso de los medios informáticos y el almacenamiento de datos aparentemente inocuos, permiten que se pueda reconstruir el perfil personal del trabajador (moral, ideológico, sindical). Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación ofrecen al empresario nuevas posibilidades de control a distancia. El trabajo con medios informáticos conectados en Red conforma un “espacio de trabajo virtual”, que es objeto de un control invisible que hace innecesario efectuar registros y al que, por lo tanto, no cabría aplicar analógicamente las reglas del artículo 18 del ET. Por otro lado, el alcance del poder de control condiciona el ejercicio de los derechos fundamentales del teletrabajador. Por este motivo, los poderes del empresario deducibles del derecho a la libertad de empresa deben estar sometidos a límites: el primero, relacionado con la propia finalidad de control, consistente en verificar sólo el cum-

27 Véanse PUJOLAR, Oliver, “Poder de dirección del empresario y nuevas formas de organización y gestión del trabajo”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, La Ley, Madrid, 2005, p. 299; SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., p. 299 y ss.

plimiento de las obligaciones y deberes laborales del teletrabajador; y el segundo, relacionado con la dignidad del trabajador, presente en todos los derechos fundamentales del mismo y, por supuesto, en el derecho a la intimidad²⁸. Por otra parte, el amplio margen de actuación con el que cuenta el empresario para adoptar las medidas de vigilancia y control que estime más oportunas, hace necesario que el ejercicio de estas facultades tenga que ser fiscalizado y revisado por los tribunales mediante el establecimiento de unos límites. La ausencia de criterios legales que sirvan para identificar como legítimos los límites a los derechos fundamentales del trabajador, y a las exigencias del empresario, se ha cubierto con la aportación de un criterio basado en el principio de proporcionalidad. No obstante, este principio sólo atiende a la dimensión negativa del derecho a la intimidad del trabajador, por lo que creemos que no cubre la vertiente positiva del derecho a la intimidad, entendida como libertad informática o derecho de autodeterminación informativa, con fundamento en el artículo 18.4 de la Constitución. La autodeterminación informativa es un derecho fundamental que garantiza a la persona un poder de control y de disposición sobre sus datos personales, que supone el derecho a ser informado sobre quien posee dichos datos y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos (STC 290/2000). Asimismo, los avances tecnológicos en el uso de la informática, del teléfono móvil y, en general de cualquier dispositivo electrónico que permita la realización del trabajo en remoto, hacen necesario extender la protección por la vía del artículo 18.3 de la Constitución a esos nuevos ámbitos, ya que el derecho al secreto de las comunicaciones no admite intromisión alguna, por lo que para poder interceptar lícitamente la comunicación es necesario obtener una autorización judicial.

Por otro lado, la actuación del empleador no debe suponer interferencias en la vida extralaboral del trabajador o violaciones de su dig-

28 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda, “La intimidad del trabajador y su tutela en el contrato de trabajo”, en CASAS BAAMONDE, M^a Emilia; DURÁN LÓPEZ, Federico; CRUZ VILLALÓN, Jesús (coords.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006, p. 652.

nidad. La buena fe en el ejercicio del poder de control empresarial se manifiesta en el teletrabajo mediante la información al teletrabajador, y la consulta con los representantes de los trabajadores, de cualquier tipo de sistema de control que se instale, porque sobre el empresario pesa el deber de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores y la obligación de respetarlos sin menoscabo de los mismos²⁹. Los derechos fundamentales no son los únicos límites para el ejercicio del poder de dirección y control empresarial, sino que existen otro tipo de condicionantes, como por ejemplo la necesidad de recabar informe del órgano de representación del personal con carácter previo a la implantación de cualquier sistema de organización y control del trabajo. En relación al informe previo de los representantes de los trabajadores para la instalación de medidas de vigilancia y control por parte del empresario, entendemos que no sería desproporcionada ni irrazonable la atribución de efectos invalidantes a la decisión empresarial que incumpliera esta garantía constitucional del derecho a la información previa. La intervención de los representantes constituye una garantía adecuada frente a las eventuales amenazas que supone para los derechos fundamentales el control empresarial a distancia, por ejemplo mediante el uso de videocámaras. En definitiva, dado que el uso de las herramientas telemáticas permite el almacenamiento y tratamiento de datos que se obtienen mediante los controles informáticos de la actividad laboral, entendemos que para determinar los límites del poder de vigilancia y control empresarial, la vía más adecuada es la normativa de protección de datos y, en concreto, la aplicación de una serie de principios, como el de legitimidad, proporcionalidad, información previa y finalidad compatible³⁰.

Finalmente, como consideración general sobre el teletrabajo nos cabe decir que aunque se presenta como un instrumento idóneo para la conciliación de la vida familiar y laboral, esta propia idea puede jugar en su contra, y verse reducido a una forma de empleo para colectivos ya necesitados de protección, como mujeres, discapacitados o trabajado-

29 SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., p. 317.

30 SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, obra cit., pp. 341 a 357.

res con escasa cualificación. Por este motivo, proponemos llegar a una normativa de mínimos mediante el diálogo social que evite situaciones de desprotección de los teletrabajadores y, en general, permita lograr unas buenas prácticas empresariales que contemplen todos los inconvenientes que presenta la realización del trabajo telemático o remoto para alcanzar un adecuado nivel de protección de acuerdo con los estándares del trabajo decente³¹.

³¹ Sobre el papel del diálogo social, OIT, *Estudios sobre el crecimiento con equidad. España crecimiento con empleo*, Ginebra, 2014, pp. 115 y ss.

El estímulo del contrato a tiempo parcial mediante la flexibilización de su régimen legal

DRA. ESPERANZA ROALES PANIAGUA*

I. La justificación de las últimas reformas del contrato a tiempo parcial. II. Nueva tendencia en la contratación a tiempo parcial. III. Sobre la flexibilidad del contrato a tiempo parcial en la nueva regulación. 1. Flexibilidad interna *versus* flexibilidad externa. Su innegable imbricación. 2. Sobre la liberalización del trabajo a tiempo parcial y sus efectos.

I. La justificación de las últimas reformas del contrato a tiempo parcial

El trabajo a tiempo parcial en los últimos tres años se ha convertido en una de las materias preferidas de la reforma laboral, sometidas a múltiples cambios de normativa. Ha sido objeto de reforma en una triple vertiente: en el régimen jurídico del contrato de trabajo a tiempo parcial, en la protección social otorgada a estos trabajadores y estableciendo incentivos económicos para estimular este tipo de contrato de trabajo.

Así, no deja de causar cierto desasosiego que solo el régimen jurídico del contrato a tiempo parcial establecido en el artículo 12 del Tex-

* Dra. Esperanza Roales Paniagua. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

1 Este trabajo se inserta dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

to Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), haya sido reformado sucesivamente en un espacio de tiempo de poco más de nueve meses, por el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo y por el Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre; toda vez que el apartado 6 párrafo primero y el apartado 4c) del citado artículo ya habían sido modificados por la disposición final primera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y por el artículo 5 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, respectivamente. Pero además, por otro lado, el trabajo a tiempo parcial también ha sido abordado con carácter transversal por normas que establecen medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, como el Real Decreto 4/2013, de 22 de febrero, y la Ley 11/2013, de 26 de julio, en las que destacan los incentivos destinados a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa.

Si hacemos un recorrido por los motivos y/o justificaciones que han impulsado las últimas reformas del contrato a tiempo parcial, estos se centran a grandes rasgos en dos aspectos fundamentales: por un lado, fomentar la contratación a tiempo parcial en nuestro país para intentar acercarla a los niveles existentes en otros países de la Unión Europea¹, esto es, considerar el trabajo a tiempo parcial como una vía de ingreso en el mercado de trabajo; y, por otro, hacer atractiva esta contratación al ser un instrumento preponderante que facilita la organización del trabajo en la empresa, esto es, como medida de flexibilidad interna². No obstante, se pasa de “puntillas” sobre la oportunidad del contrato de trabajo a tiempo parcial como instrumento a utilizar por el trabajador para conciliar su vida laboral, personal y familiar, posibilidad que como se ha puesto de manifiesto es prácticamente invisible en nuestro sistema de relaciones laborales³. De esta forma, las medidas de flexibilización para incentivar el trabajo a tiempo parcial han sido establecidas únicamente para satisfacer las preferencias empresariales⁴.

1 En 2013, el porcentaje de personas contratadas a tiempo parcial en España fue del 15, 8%, un 1,2% más respecto al año 2012, estando la media de los países de la Unión Europea en 20,9%. Fuente: Eurostat y Labour Market Developments in Europe 2013, *European Commission*.

2 Acerca del concepto de flexibilidad interna, F. VALDÉS DAL-RE, << La juridificación del concepto de flexibilidad interna >>, *RLLL*, n° 22, 2011.

3 Op. ult.cit. pág. 7.

4 En este sentido, J. CABEZA PEREIRO, << Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social >>, *Actualidad Laboral* n° 9, 2014, pág. 2.

El estímulo del contrato a tiempo parcial mediante la flexibilización...

Si nos remontamos un poco más atrás en el tiempo podemos observar como estas dos genéricas justificaciones se han ido repitiendo en las distintas regulaciones del contrato a tiempo parcial aunque con cierta alternancia motivada por la situación coyuntural del mercado de trabajo del momento⁵.

La preocupación por acercar los niveles de contratación a la media de los países de la Unión Europea queda patente tanto en el Preámbulo del Real Decreto Ley 3/2012⁶, como en el del Real Decreto Ley 16/2013⁷; sin embargo, esta preocupación ha servido de excusa para abordar una gran reforma del contrato a tiempo parcial que no cabe duda que perjudica y precariza los derechos de los trabajadores y amplía, desmesuradamente el poder de organización y de gestión de recursos humanos del empresario y que todavía está por ver que sirva para elevar considerablemente los niveles de contratación de empleo estable⁸, mediante el contrato a tiempo parcial por tiempo indefinido y para ser sobre todo un instrumento de <<transición hacia el trabajo a tiempo completo>>, tal como se expone en el Preámbulo del Real Decreto-Ley 16/2013. Este último se presenta más ambicioso en lo que respecta a la funcionalidad del contrato a tiempo parcial, que el Real Decreto-Ley 3/2012, que consideró el trabajo a tiempo parcial no solo como un mecanismo relevante en la organización flexible del trabajo y en la adaptación del tiempo

5 Al respecto puede verse la evolución legislativa del trabajo a tiempo parcial en L. VICEDO CAÑADA, <<Rasgos identificadores del trabajo a tiempo parcial >> en *De contrato de trabajo a tiempo completo a contrato a tiempo parcial. Una solución para las PYMES en tiempos de crisis*, Madrid, 2009.

6 Real Decreto Ley 3/2012, << el trabajo a tiempo parcial constituye una de las asignaturas pendientes de nuestro mercado de trabajo. Aunque han sido diversas las razones que han modificado la regulación de este contrato, lo cierto es que el nivel de contratación a tiempo parcial en nuestro país no es equiparable al existente en otros países de la Unión Europea... >>

7 << ...aun cuando su utilización ha experimentado ligeros incrementos en los últimos tiempos, el porcentaje medio de trabajadores a tiempo parcial en España se sitúa muy por debajo de la media de los países de la Unión Europea.>>

8 La finalidad de aumentar la contratación de empleo estable ya se contenía en la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes del mercado de trabajo que introdujo modificaciones en el régimen jurídico contrato a tiempo parcial, <<con objeto de lograr un mayor impulso y dinamismo de esta modalidad contractual, cuyo relevante papel en el crecimiento del empleo estable y en la adaptación a las necesidades de empresas y trabajadores ha sido puesto de relieve por todos los protagonistas de la Unión Europea.>>

de trabajo a las necesidades personales y profesionales del trabajador, sino también como un mecanismo de redistribución de empleo. Efectivamente, en tiempo de crisis se suele acudir al trabajo a tiempo parcial no como un instrumento de creación de nuevos empleos anteriormente inexistentes, sino como un instrumento de política de reparto de empleo, para repartir el poco empleo existente⁹.

Sin embargo, el Real Decreto 16/2013, apuesta por el contrato a tiempo parcial como medida no ya de reparto de empleo sino de creación de empleo, confiando la creación de empleo al establecimiento de un sistema de gran flexibilidad en la gestión de la mano de obra por parte de las empresas¹⁰.

II. Nueva tendencia en la contratación a tiempo parcial

La contratación a tiempo parcial en nuestro país ha experimentado en estos tiempos de crisis un cambio de tendencia en cuanto a género. Si el contrato a tiempo parcial se ha caracterizado por su feminización, en los últimos años se observa un fuerte incremento de este tipo de contratación registrado entre los varones.

Entre 2007 y 2013, los contratos concertados con mujeres se han reducido un 23,1% frente a un 18,4% entre los hombres. El descenso ha sido más acentuado en los contratos de duración indefinida (-46,4%) y menor en los temporales (-20%), así como en los contratos a tiempo completo (-37,1%), mientras que se ha registrado un aumento de los contratos a tiempo parcial del 3,07%. Con respecto a los hombres, se sigue la misma tendencia anterior en cuando al fuerte descenso de la contratación indefinida (- 51,08%), menor también en la contratación temporal (-13,98%) así como una minoración considerable en los contratos a tiempo completo (-29,60); no obstante, entre los años referenciados la contratación a tiempo parcial entre los varones ha crecido considerablemente y ha supuesto un incremento del 46,24%, lo

9 D. PÉREZ DEL PRADO, <<El trabajo a tiempo parcial:¿una solución al problema del desempleo?>> *Información Laboral* num.5/2014, pág.7

10 M.RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, F. VALDÉS DAL-RÉ Y Mª EMILIA CASAS BAAMONDE, << Contrato a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral>>, *Relaciones Laborales*, nº 2, febrero 2014, pág. 9

El estímulo del contrato a tiempo parcial mediante la flexibilización...

que confirma que se ha destruido empleo estable y de calidad a tiempo completo, preferentemente masculino¹¹.

A lo largo de 2013 se ha reducido la presencia de la mujer en el flujo de contratación al 44,5%, con una fuerte caída en la contratación indefinida que deja de ser mayoritaria (cae al 48,8%), continuando siendo mayoría la contratación a tiempo parcial. Sin embargo, la mayor representatividad femenina en la contratación a tiempo parcial ha descendido ligeramente: en 2013 fueron el 58,47%, algo menor a la alcanzada en 2012 con el 61,86%¹².

En el segundo trimestre del año 2014 las mujeres ocupadas a tiempo parcial alcanzaban el 72,62% y los hombres el 27,37%, lo que supone una variación en porcentaje sobre el trimestre anterior del 2,49 % y 6,55% respectivamente¹³. Aunque la diferencia entre sexos en el trabajo a tiempo parcial sigue siendo muy abultada a favor de las mujeres, las cifras confirman la nueva tendencia hacia la masculinización paulatina de este tipo de trabajo. Esta tendencia se confirma también a nivel europeo en donde está creciendo el trabajo a tiempo parcial masculino frente al femenino que se mantiene en sus niveles tradicionales¹⁴ con leves variaciones, aunque con algunas excepciones como Italia, pero el nivel de crecimiento de empleo masculino a tiempo parcial es superior.

Lo que todavía no se puede aventurar es si la contratación a tiempo parcial se va a convertir en un referente de contratación de carácter estructural para las empresas que sirva de tránsito en muchos casos hacia el trabajo a tiempo completo o simplemente es la consecuencia

11 Vid. *Situación de la mujer en el mercado de trabajo 2013*. Secretaría de Estado de Empleo. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 8 de Marzo de 2014, pág. 29.

12 Op et loc. ul.cit.

13 Fuente: INE, Encuesta de población activa, 2º trimestre 2014.

14 En Alemania desde el año 2008 el empleo a tiempo parcial femenino se mantiene mientras que el masculino en el mismo periodo ha aumentado un 0,9 punto. En Francia, el masculino ha aumentado un 0,8 y el femenino 0,6. Y Holanda, el país europeo con mayor porcentaje de trabajadores a tiempo parcial del total de los empleados con un 50,8%, en los últimos cinco años, el empleo masculino a tiempo parcial ha aumentado un 2,1 punto y el femenino 1,7.

En España desde el año 2008 el empleo a tiempo parcial masculino ha aumentado en 2,5 puntos, mientras que el de las mujeres en 1,6 puntos. En Italia encontramos una excepción donde el empleo a tiempo parcial femenino crece por encima del masculino un 2,3 puntos, frente a 1,9. Datos de elaboración propia. Fuente: Eurostat y Labour Market Developments in Europe 2013, *cit.*

de la coyuntura económica que atravesamos sirviendo exclusivamente para sustituir al empleo de “calidad” a tiempo completo.

III. Sobre la flexibilidad del contrato a tiempo parcial en la nueva regulación

1. Flexibilidad interna *versus* flexibilidad externa. Su innegable imbricación

Desde la Ley 35/2010, el término flexibilidad, es un concepto que se repite hasta la saciedad en las principales normas que se han encargado de la reforma laboral¹⁵, pero siempre se han referido a su vertiente interna bien expresamente bien tácitamente, mediante una descripción semántica del término flexibilidad, lográndose, lo que se ha denominado como la “juridificación del concepto de flexibilidad interna”¹⁶, por ser un término no estrictamente jurídico. Las manifestaciones de la flexibilidad interna, se encuadran en la propia ejecución del contrato de trabajo, reforzando los poderes empresariales en la gestión de la mano de obra¹⁷ presentando una doble finalidad: por un lado, la adaptación de las condiciones de trabajo a las nuevas circunstancias empresariales para mejorar su situación competitiva de las empresas y por otro, facilitando el mantenimiento del empleo reduciendo en lo posible las extinciones de los contratos de trabajo¹⁸. Esta flexibilidad interna es la antonimia de la flexibilidad externa entendida tanto como medida de regulación de empleo en un sentido amplio, afectando a los momentos de constitución de la relación de trabajo haciendo más ágil la contratación, como en sentido estricto, afectando a su extinción. Así la flexibi-

15 Vid. Ley 3/2012 y Real Decreto Ley 7 /2011.

16 F. VALDÉS DAL-RE, op. cit.

17 J. CRUZ VILLALÓN, << La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010>> en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (Dir) *La Reforma del Mercado de Trabajo y la Ley 35/2010*, Madrid, 2011 pág. 127; y M^a T. IGARTUA MIRÓ, << Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras la Ley 3/2012, de 6 de julio >>, *Aranzadi Doctrinal* num.6/2012, pág. 4.

18 M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, << La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo>>, en *La Reforma del Mercado de Trabajo y la Ley 35/2010*, cit, pág. 46.

lidad externa o también llamada numérica¹⁹ en cuanto incide sobre el ajuste de plantilla se desdobra en flexibilidad de entrada y de salida²⁰.

Como regla general, la calificación de las decisiones empresariales referentes a la gestión de la mano de obra, se encuadran en la flexibilidad interna o externa dependiendo de si la ejecución de la medida afecta o no al volumen de empleo dentro de la empresa, esto es, si la medida mantiene los empleos existentes o si se produce un aumento o una disminución de los mismos respectivamente.

Sin embargo, como toda regla general tiene su excepción, en el caso que nos ocupa nos encontramos con el contrato de trabajo a tiempo parcial como figura que participa de ambos tipos de flexibilidad y más si cabe a raíz de la reforma llevada a cabo por el RD-Ley 16/2013. Pero es más, cuando se analiza la nueva regulación del art. 12 del ET podemos observar como parte de su régimen jurídico que entronca directamente, según lo que hemos expuesto anteriormente, con medidas de flexibilidad interna, va a incidir considerablemente sobre los mecanismos de flexibilidad externa de entrada y de salida. El Preámbulo del RD-Ley 16/2013 deja entrever la imbricación flexibilidad interna/ externa al abordar la reforma del contrato a tiempo parcial otorgando estructuralmente al empresario flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo (por ejemplo la reforma operada sobre el régimen jurídico de las horas complementarias) para que << las empresas recurran en mayor medida al trabajo a tiempo parcial como mecanismo adecuado para una composición de las plantillas laborales adaptadas a las circunstancias económicas y productivas>>.

Esta imbricación no es exclusiva del trabajo a tiempo parcial, también se ha aludido a dicha dualidad en las reducciones de jornada del artículo 47 del ET, que aunque la reforma de la Ley 35/2010, la consideró expresamente como una medida de flexibilidad interna, ha sido puesta en cuestión su naturaleza al constituir en términos materiales un instrumento de regulación de empleo²¹.

19 L. J. RAMOS DÍAZ, << Flexibilidad y nuevos retos laborales ¿resignación o imaginación?>> *Relaciones Laborales* nº 8 2001, pág.2.

20 F. VALDÉS DAL-RÉ, op. cit., pág. 4.

21 J. CRUZ VILLALÓN, op. cit., pág. 132, cuestiona << que la reducción de jornada sea una manifestación pura de flexibilidad interna, encontrándose más bien a caballo entre ésta última y la flexibilidad externa.

2. Sobre la liberalización del trabajo a tiempo parcial y sus efectos

El Real Decreto-Ley 16/2013 para promocionar el trabajo a tiempo parcial “ha liberado” en cierta medida su régimen jurídico eliminado determinadas trabas administrativas y legales. Así se ha suprimido la referencia a que el contrato a tiempo parcial se documente en modelo oficial, cuestión meramente de carácter formal, continuando la exigencia de forma escrita. La exigencia de que el acuerdo de voluntades se documente por escrito, no es cuestión baladí, sino todo lo contrario. El contenido de la letra a) del apartado 4 del art. 12 exige la forma escrita en aras de la seguridad del trabajador, para delimitar expresamente en el contrato el número de horas que tiene que trabajar dentro del módulo de referencia elegido; lo contrario, sería dejar al trabajador en una situación de indefensión en uno de los elementos esenciales de la relación laboral como es el tiempo de trabajo. Igualmente, también debe constar la distribución horaria, pero a diferencia de la regulación anterior, se hará según lo previsto en el convenio colectivo. La consecuencia lógica es la supresión de modelo oficial para la documentación del pacto de horas complementarias. Considero que en cuanto a la forma, la liberalización es una mera cuestión accidental.

Mayor repercusión sobre la flexibilidad de entrada puede tener, a mi juicio, la práctica generalización del pacto de horas complementarias a todos los contratos de trabajo independientemente de su duración, porque el único requisito que se impone para su posible pacto con el trabajador o su ofrecimiento por el empresario en un momento posterior, es que la jornada de trabajo pactada sea como mínimo de 10 horas a la semana en cómputo anual. En efecto, en la regulación anterior el pacto de horas complementarias venía limitado en cuanto a su celebración por la duración de los contratos de trabajo pues solo podían celebrarse con aquellos trabajadores que tenían estabilidad en el empleo por tener un vínculo con el empresario por tiempo indefinido, lo que significaba, a sensu contrario, una protección de los trabajadores más vulnerables y con condiciones precarias de trabajo: los trabajadores con contratos de duración determinada. La nueva normativa cambia la estructura de la limitación y su finalidad, al eliminar

la estabilidad en el empleo como requisito sine qua non para el pacto de horas complementarias y sustituirlo por un mero elemento cuantitativo referido a la jornada de trabajo, que se convierte a mi entender en una *seudolimitación* al establecer el año como módulo de referencia de la jornada semanal, pues cuanto mayor sea el ámbito de referencia mayor flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo. Así, el empresario pueda asumir la gestión de la mano de obra sin costes fijos y la flexibilización del tiempo de trabajo que le brinda el pacto de horas complementarias. En este sentido, la reforma está propiciando la contratación de trabajadores a tiempo parcial de duración determinada, añadiendo a los contratos temporales un elemento nuevo y adicional de precariedad²².

2.1. La postergación de la negociación colectiva

Otra línea significativa en esa liberalización legal viene constituida por el nuevo rol de la regulación convencional a nivel de empresa, y por el acotamiento de la negociación colectiva y la alteración de sus funciones²³.

Nos encontramos con una llamada indiferenciada a los convenios colectivos para la regulación de determinados aspectos del trabajo a tiempo parcial – que en la regulación anterior se aplicaba a la letra f) del apartado 4 del art. 12 del ET para facilitar el acceso a la formación profesional continua, y que no ha sido modificado y a la letra d) del apartado 5 referido al plazo de preaviso para la realización de las horas complementarias pactadas-- con la consiguiente supresión en el citado artículo de toda referencia y preferencia por el convenio colectivo de ámbito sectorial y, en su defecto, por el convenio de ámbito inferior. Siendo congruente y siguiendo la línea marcada por la reforma de la estructura de la negociación colectiva de potenciar la negociación a nivel de empresa frente a la sectorial, al entender que ésta última es un obstáculo más que un instrumento para adaptar las condiciones laborales a las nuevas circunstancias de la empresa²⁴. Así, el convenio de empresa tendrá preferencia en los

22 J. CABEZA PEREIRO, alude a la fuerte dualidad del mercado de trabajo a través de una <<espiral de desprotección de los trabajadores más vulnerables>>, op., cit. pág. 11.

23 M.RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, F. VALDÉS DAL-RÉ Y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, op. cit., pág. 13.

24 En este sentido, vid M^a T. IGARTUA MIRÓ, op., cit., pág. 8.

siguientes supuestos: el primero, para establecer el tipo de jornada diaria y sus interrupciones cuando la jornada sea partida pudiendo establecer más de una interrupción en los casos en que la jornada diaria sea inferior a la de un trabajador a tiempo completo, fraccionando en demasía el tiempo de trabajo diario. Ello repercute sin lugar a dudas de forma peyorativa en el trabajador impidiendo que pueda compatibilizar dicha jornada con otro empleo a tiempo parcial, en actividades formativas o en conciliación de la vida laboral y familiar. El segundo, para encauzar la obligación de información del empresario sobre las vacantes existentes para que los trabajadores puedan voluntariamente optar a la conversión de su contrato de trabajo a tiempo completo a tiempo parcial o viceversa o para aumentar el tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial. Y, el tercero, incrementando el porcentaje máximo de horas complementarias sin exceder del 60% de las horas ordinarias contratadas.

Pero además, la relación de mejora o norma mínima típica de las normas convencionales respecto de las legales desaparece en la nueva regulación al permitirse que un convenio colectivo altere para empeorar determinadas condiciones. Es el caso de determinados aspectos del nuevo régimen jurídico de las horas complementarias. En concreto, en la letra c) del apartado 5 del art. 12 del ET en el que el límite mínimo del 30% de las horas complementarias pactadas no podrá ser reducido, aunque si aumentado, por el convenio colectivo: es decir, se le permite al acuerdo individual disponer de límites que son indisponibles para el convenio²⁵ rompiendo con la posición tradicional contraria de considerar disponibles por la norma colectiva, aspectos de la regulación estatutaria que estaban vetadas para el acuerdo individual. Este cambio de relación/técnica normativa implica no solo una reducción importante del espacio de la negociación colectiva, sino también una apuesta derogatoria del mismo principio de jerarquía normativa y su traducción en el ámbito laboral del principio de norma mínima. Se opta por una exacerbada contractualización de las condiciones laborales en el trabajo a tiempo parcial, con la finalidad eludir regulaciones igualitarias y protectoras de los derechos de los trabajadores. De esta manera, el

25 En este sentido, J. CABEZA PEREIRO, op. cit., pág. 4.

El estímulo del contrato a tiempo parcial mediante la flexibilización...

convenio queda desautorizado como instrumento adecuado para ordenar el uso flexible del tiempo de trabajo en el contrato a tiempo parcial.

Esta tendencia se manifiesta también en la innovadora introducción de las llamadas horas complementarias de aceptación voluntaria, en las que la única referencia al convenio se ciñe a la posibilidad de ampliar al 30% el número de horas complementarias, no regulando aspectos formales, ni preaviso mínimo etc. Denominación que considero poco afortunada ya que, de una u otra forma todas las horas complementarias son aceptadas voluntariamente por el trabajador, bien mediante la concurrencia de las dos voluntades expresadas en un pacto escrito, bien mediante la aceptación a posteriori por el trabajador previa petición del empresario. Entender lo contrario supondría tener que cuestionarse la validez del pacto expreso por estar afectado de un vicio en el consentimiento.

Igual sucede con respecto al plazo de preaviso mínimo de las horas complementarias pactadas. Se establece un preaviso mínimo de tres días, que puede ser ampliado por acuerdo entre las partes en el momento de la celebración del pacto de horas complementarias, pero dicha posibilidad no se le permite al convenio colectivo que, a lo sumo, lo único que podrá establecer es un plazo de preaviso inferior.

2.2. La supresión de las preferencias en la conversión

Es en este aspecto en donde se pone de manifiesto con mayor intensidad la inexistente vinculación entre el compromiso de intenciones dispuesto en el Preámbulo del Real Decreto-Ley 16/2013 con la regulación material final de su articulado. En efecto, es cuando menos sorprendente que en el Preámbulo se aluda a que el contrato a tiempo parcial << se ha revelado como ...una importante vía de transición hacia el trabajo a tiempo completo ...>> y en la modificación del art. 12 del ET se eliminen las preferencias que la anterior regulación, de acuerdo con los requisitos y procedimientos que se establecieran en los convenios colectivos, establecía para las conversiones de los contratos. En concreto, se eliminan las preferencias para ocupar vacantes correspondientes al mismo grupo profesional para aquellos trabajadores que hubiesen acordado la conversión voluntaria de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial o viceversa, así como la preferencia

para ocupar puesto de trabajo a tiempo completo de los trabajadores que habiendo sido contratados a tiempo parcial hubieran prestado servicio en la empresa por más de tres años.

Por otro lado, resulta paradójico que, el Preámbulo describa, a su vez, el contrato a tiempo parcial como mecanismo a favor de los trabajadores para conciliar la vida laboral y familiar: << Como es bien sabido el trabajo a tiempo parcial es un mecanismo que otorga al empresario flexibilidad en el tiempo de trabajo, a la par que posibilita al trabajador conciliar su vida laboral y familiar y compatibilizar trabajo y formación>>²⁶, cuando ha suprimido la posibilidad de que los convenios colectivos sectoriales o de ámbito inferior pudieran establecer requisitos y especialidades para la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial, cuando estuviera motivado por razones familiares o formativas.

La consecuencia de ambas supresiones es dejar la posibilidad de la conversión del contrato de tiempo parcial a otro de tiempo completo o la conversión a tiempo parcial por motivos de conciliación, a la estricta aceptación por parte del empresario, sin que su decisión venga matizada y limitada por una regulación convencional; es decir, la heterolimitación a su poder de dirección que en este aspecto se imponía por los convenios colectivos, configurando derechos de novación contractual en favor de los trabajadores, ha desaparecido²⁷. Aunque se ha dicho que ese no llamamiento expreso a la negociación colectiva no impide que ésta regule este aspecto del contrato de trabajo a tiempo parcial²⁸, lo cierto es que debilita enormemente dicha posibilidad sobre todo en los convenios colectivos de empresa, por razones obvias.

26 Preámbulo I del R.D. Ley 16/2013.

27 Sobre esta posibilidad incluso en los supuestos que excedan de los del art. 37.5 del ET y en desarrollo del art. 23 del mismo texto. Vid. M^a.I. BENAVENTE TORRES, << Poder de dirección y reducción de jornada por causas vinculadas a la empresa: delimitación entre modificación, reducción de jornada y transformación de contrato>>, *Temas Laborales* núm. 116/2012, pág. 217. Vid también, M. MIÑARRO YANINI, << El contrato a tiempo parcial tras las últimas reformas: la flexibilidad rayan en la distorsión de su esencia >> *RRL*, nº 3, Marzo 2014, pág. 6, quien considera que dicha omisión amplía los márgenes de decisión del empresario.

28 M.RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, F. VALDÉS DAL-RÉ Y M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, op. cit., pag. 13.

Buenas Prácticas en la Negociación Colectiva: modelos para la generación y mantenimiento del empleo y el reconocimiento de derechos laborales. El Convenio Colectivo del grupo Mercadona

MARÍA DOLORES RAMÍREZ BENDALA*

I. Introducción. II. EL II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-20143. III. EL Convenio Colectivo del Grupo de empresas Mercadona, S.A, Forns Valencians Forva, S.A Unipersonal, Mena Supermercados, S.L.. 1. Mecanismos de flexibilidad Interna: movilidad funcional, movilidad geográfica, tiempo de trabajo y salarios. 1.1. Movilidad funcional. 1.2. Movilidad geográfica. 1.3. Tiempo de trabajo. 1.4. Salarios. 2. Conciliación de la vida familiar, personal y laboral: el Plan de Igualdad. 3. Otras aspectos: Formación y Empleo. IV. Conclusiones.

I. Introducción

A lo largo de los últimos años, hemos asistido a una profunda e intensa reforma de una de las instituciones claves de nuestro ordenamiento laboral, la negociación colectiva. Desde el año 2010, estos cambios se

* María Dolores Ramírez Bendala. Profesora del Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Este trabajo se inserta dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

han ido sucediendo, hasta culminar con la reforma de mayor calado, llevada a cabo a través de la Ley 3/2012¹, modificaciones normativas que han afectado a aspectos básicos de nuestro sistema de negociación colectiva.

Este estudio se centra en aspectos, ya destacados en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-2014², como son la estructura de ésta y la flexibilidad interna, desde una óptica funcional; se analiza el convenio colectivo como un instrumento capaz de gestionar de forma eficaz los recursos humanos en la empresa añadiendo la capacidad de adaptarlos a las necesidades productivas, económicas y organizativas, reconociendo a su vez derechos laborales que hagan posible conciliar los diferentes intereses en juego: los del empresario y los de los trabajadores.

Se conceptúa a la negociación colectiva como una fórmula o mecanismo para dotar de flexibilidad a las relaciones jurídicas, aportando además nuevos contenidos que superan los ya tradicionales; junto al típico contenido material del convenio se abren ahora nuevos campos, que sirven para otorgar facultades de organización, dirección y gestión a la dirección de la empresa, como alternativa a las medidas de flexibilidad externa se evidencia “la vocación de instrumentalización de la negociación colectiva al servicio de la competitividad y eficiencia empresariales,³ a la vez que se reconocen derechos laborales o se amplían los legalmente reconocidos.

Con esta finalidad se ha seleccionado el Convenio Colectivo de Mercadona, S.A., Forms Valencians Forva, S.A.U., Mena Supermercados, S.L. y Saskibe, S.L., publicado el 30 de enero de 2.014.

La elección de este Convenio sienta su razón en la presentación que

1 Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral. (BOE núm. 162 7 de julio de 2.012)

2 Suscrito por la CEOE, CEPYME, Confederación Sindical de CCOO y Confederación Sindical de UGT. Resolución 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014. (BOE núm 31, 6 de febrero de 2.012).

3 Sanguinetti Raymond, W., “Introducción”, en Sanguinetti Raymond, W (Coord.). *Los espacios de la negociación colectiva tras las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012. Observatorio de la negociación colectiva*. Colección Biblioteca de Ciencias Sociales. Ed. Cinca nº20, 2013.

del mismo se hizo en Bruselas el pasado mes de febrero. En la reunión del Comité de Diálogo Social Sectorial para el Comercio, celebrado el 11 de febrero, los representantes de la patronal y de los sindicatos UGT y CCOO explicaron los detalles del mismo. Dicho Convenio destacó como una de las “mejores prácticas” en la gestión de los recursos humanos y creación de empleo en el sector del comercio. Mercadona, que forma parte de la Eurocommerce (Federación de Cámaras de Comercio de la UE), destaca su modelo de gestión de “calidad total”, teniendo en cuenta intereses de clientes, trabajadores y proveedores. Este instrumento convencional, apuesta por la creación y mantenimiento del empleo, la formación y reconocimiento de la profesionalidad de los trabajadores, el incremento de los salarios y la regulación de derechos relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Es por ello que se constituye en referente para futuras negociaciones frente a la actual situación de inestabilidad, precariedad salarial y recorte de derechos sociales y laborales.

II. EL II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-2014

Resultado del proceso de concertación social de los interlocutores sociales, nace el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, previo a la reforma operada en 2012, la cual supuso, en cierta medida, un espaldarazo al dialogo llevado a cabo por los representantes de patronales y sindicatos. Sin embargo no hay que obviar, que los compromisos asumidos por las partes en el mismo, no se han dejado de lado; el Acuerdo sigue estando en vigor, y sigue orientando los procesos negociadores, y la actuación de los sujetos que participan en ellos. En el mencionado texto, y como aspecto más novedoso, se apuesta por la descentralización colectiva, propiciando las negociaciones en los niveles inferiores de las condiciones y materias cuyo ámbito natural de tratamiento es precisamente ese.

Igualmente, establece una serie de objetivos fundamentales a los que deben dirigirse los convenios colectivos, y que contribuirán a alcanzar un adecuado equilibrio entre los mecanismos de flexibilidad interna y

la seguridad para los trabajadores. Entre estos cabe señalar: mantenimiento y recuperación de empleo, fomento de la estabilidad del empleo y reducción de la temporalidad, cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación en el empleo, promoción de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, desarrollo permanente de competencias y cualificación profesional.

De otro lado, se refuerza el compromiso de incorporar a los convenios colectivos las cláusulas de flexibilidad interna que potencien una mejor gestión de la prestación laboral, organización más adecuada del trabajo, así como la adaptación a las necesidades o cambios producidos en las empresas. Mayor adaptabilidad que apuesta por el mantenimiento y la calidad en el empleo frente a otras fórmulas de flexibilidad externa. Destaca, el mismo texto, que hay tres conceptos que son sustanciales a la flexibilidad interna: tiempo de trabajo, funciones y salario. Tres aspectos que se analizarán en el marco de la norma convencional seleccionada.

III. EL Convenio Colectivo del Grupo empresas Mercadona, S.A, Forns Valencians Forva, S.A Unipersonal, Mena Supermercados, S.L.

El día 29 de noviembre de 2.013, los sujetos designados por la dirección de las empresas, en representación de las mismas, y los sindicatos UGT y CCOO, en representación del colectivo laboral afectado, suscriben el texto del CC del Grupo de Empresas integrado por Mercadona, S.A, Forns Valencians Forva, S.A Unipersonal, Mena Supermercados, S.L.⁴ Su duración se extiende desde el 1 de enero de 2.014 hasta el 31 de diciembre de 2.018, previéndose la prórroga, por períodos anuales, del contenido normativo, una vez finalizada la vigencia del mismo y hasta su sustitución por otro convenio.

Destacar, en primer lugar, la modificación del ámbito de aplicación del texto convencional, que tradicionalmente, y desde la firma del primer convenio en el año 1.996, comprendía a todos los trabajadores de la empresa Mercadona, S.A. que prestaran sus servicios en todo el territo-

4 B.O.E. 30 de Enero de 2014.

rio español. En la actualidad, el convenio que va a ser objeto de análisis y estudio, vincula a todos los trabajadores del grupo de empresas, integrado por las antes referidas, con estrecha relación por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación. Ello va a suponer la ampliación del ámbito subjetivo, que conllevará el reconocimiento, de forma igualitaria, de derechos y obligaciones convencionalmente regulados, a todos los trabajadores, no sólo de la empresa Mercadona, S.A., sino de aquellas empresas participadas del grupo, con efectiva vinculación, y en todo el territorio nacional.

Por otra parte, las condiciones establecidas en este convenio disfrutaran de la prioridad aplicativa que el artículo 84 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores les otorga respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior y en las materias en dicho artículo relacionadas, “regla imperativa a todos los efectos, inalterable por ningún producto de la autonomía negocial de las partes.”⁵

1. Mecanismos de flexibilidad Interna: movilidad funcional, movilidad geográfica, tiempo de trabajo y salarios

Derivado del cambio de visión que se viene produciendo en la negociación colectiva, la norma se convierte, no solo en dispositiva, sino que abre mayores espacios al convenio colectivo, convirtiéndolo en el instrumento adecuado para la regulación de materias y condiciones que faciliten y favorezcan una mayor adaptación a los cambios y necesidades derivadas de la organización y el sistema productivo empresarial, y otorgando a los negociadores mayores responsabilidades en la regulación de sus relaciones.⁶

Si se analiza el Convenio Colectivo del grupo de empresas objeto de este estudio, son numerosas las cláusulas contenidas en el mismo que aluden directa o indirectamente a la flexibilidad interna, mecanismo

5 Cruz Villalón, J., “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva (I)”, Relaciones Laborales, nº 12, Sección monografías, Diciembre 2013, pp.199, tomo 1. Ed. La Ley.

6 Baz Tejedor, J. A., “Responsabilidad social empresarial y negociación colectiva: una propuesta de conexión funcional”. Revista española de Derecho del Trabajo y Trabajo Social núm. 153/2012. Ed. Civitas S.A. Madrid 2012

que va a posibilitar la gestión de los recursos de forma eficiente desde la perspectiva empresarial, al tiempo que equilibra dicha situación incluyendo medidas dirigidas al colectivo laboral que contribuyan a una mayor estabilidad en el empleo, una mayor cualificación de los trabajadores y una apuesta por la conciliación personal, familiar y laboral.

A destacar en principio el Art. 6 del texto convencional que otorga a la Dirección de la empresa las facultades de “organización del trabajo, su programación, clasificación, distribución entre las áreas de la Empresa y las condiciones generales de prestación del trabajo”, con las limitaciones derivadas de las normas legales y el respeto debido a la dignidad personal del trabajador. Facultades directivas y organizativas tradicionalmente reconocidas al empresario. A partir de este reconocimiento, continúa su articulado regulando aspectos centrales de las potestades otorgadas convencionalmente, y que se centran en la posibilidad de adaptaciones o modificaciones que pueden introducirse derivados de circunstancias coyunturales o cambios en la organización.

1.1. Movilidad funcional

En primer término el Art 8 del convenio colectivo (CC) regula la movilidad funcional. Ciertamente que ésta se ha convertido en uno de los instrumentos más eficaces para realizar cambios en las funciones pactadas originariamente; elemento adaptador de las necesidades y capacidades productivas de la empresa. Sin embargo, si partimos de la clasificación en cuatro grupos profesionales establecida para el grupo de empresas, a uno de los cuales se adscribirán los trabajadores, en función de las exigencias profesionales, formación y contenido general de la prestación, y se analizan cada uno de ellos, existe una gran similitud, no sólo en el contenido prestacional, sino también en los requisitos exigidos para su encuadramiento. Son criterios muy generalistas y los formativos muy básicos (en los dos grupos primeros) y similares. De esta forma, la movilidad funcional ordinaria sufre una importante ampliación, se asigna al trabajador un grupo profesional y se establece el contenido de la pres-

tación laboral, que puede contener todas o parte de las funciones correspondientes al grupo.⁷

Si atendemos al Anexo 2 del CC, donde se hace una relación de puestos de trabajo orientativos, llegaríamos a la conclusión que existe la posibilidad de realizar cualquier tipo de función dentro del grupo, que podrían oscilar desde tareas de auxiliar administrativo, y en virtud de movilidad funcional ordinaria, de limpieza, reparto, o reposición, siempre atendiendo a los límites legales y convencionales establecidos (titulaciones académicas o profesionales, dignidad personal y formación y promoción personal, éste último suprimido de la regulación legal pero que el texto del convenio sigue manteniendo).

En el ámbito de la movilidad funcional extraordinaria (que atiene la norma convencional), la dirección de la empresa podrá asignar al personal perteneciente a un grupo profesional, tareas correspondientes a un grupo inferior, siempre que las funciones sean también las normales o complementarias de su grupo; al establecer estas limitaciones o exigencias, estos cambios se llevaran a cabo entre grupos profesionales muy próximos, aspecto positivo a destacar, impidiendo la realización de funciones alejadas del desarrollo profesional del trabajador y de sus aptitudes.

Destaca también la ausencia de cualquier tipo de referencia a las causas que puedan motivar o justificar este cambio; cierto que la ley no exige ya que existan “necesidades perentorias o imprevisibles”, pero hubiese sido deseable que se recogieran referencias a los motivos que pueden justificar la adopción de este tipo de medidas, como garantía para los sujetos afectados; claro está, ello conllevaría el establecimiento de cotas a la movilidad funcional descendente.

En relación a la movilidad funcional ascendente, con posibilidad de solicitar el reconocimiento a grupo profesional superior llama la atención la rigurosa concreción de la misma: se han de realizar, de manera exclusiva, las funciones del grupo superior, que no estén incluidas en el grupo de origen; deben llevarse a cabo de manera constante y no esporádica durante un lapso temporal, en cuyo caso, es posible solicitar el

7 Pose Vidal, S., “La aplicación judicial de la flexibilidad interna”. Diario La Ley, nº 8177, Sección Tribuna, 24 de octubre 2013. Ed. La Ley.

ascenso, siempre que exista vacante para ello. Para encontrarnos ante un supuesto de movilidad funcional ascendente, todos los requisitos enumerados deben darse acumulativamente, con lo cual, atendiendo a la clasificación profesional establecida, en cuatro únicos grupos, con prestaciones muy variadas, cercanas entre ellas y coincidentes en otros casos, difícilmente se identificaría el supuesto de hecho, la movilidad funcional ascendente con posibilidades de promoción profesional. Esta medida sólo sería posible entre grupos alejados funcionalmente.

En conclusión, la regulación convencional está potenciando la movilidad funcional ordinaria, permitiendo la extraordinaria a grupos inferiores, pero con garantías en su ejecución, al vincular las funciones a realizar con las del grupo de origen, y limitando la ascendente (la cual supone mayores costes) y las posibilidades de ascenso derivadas de ella, al establecer criterios rigurosos que han de darse de forma conjunta. En la práctica, el personal incluido dentro del ámbito de este convenio puede realizar funciones muy diferentes y alejadas dentro del mismo grupo, ampliando así el ámbito de la movilidad funcional ordinaria de forma significativa.

1.2. Movilidad geográfica

Instrumento encuadrable dentro del poder de dirección del empresario, que le faculta para modificar el lugar de prestación de servicios inicialmente pactado con el trabajador, sin necesidad de que se acrediten causas o razones inherentes a la situación empresarial, es el recogido en el Art 25 del CC “Traslados y desplazamientos”. La dirección de la empresa puede acordar estos cambios de centro de trabajo, siempre que no conlleven cambio de residencia, lo que algún autor ha denominado movilidad geográfica “débil”.⁸ La regulación convencional es incompleta desde el punto de vista de determinación de la exigencia o no del cambio de residencia, pero intachable al establecer compensación económica derivada del incremento de los gastos de transporte derivados del cambio, siempre que sean justificados.

Ello conlleva el otorgamiento de mayores capacidades de organiza-

8 Herraiz Martín, M.S., “La adaptación de condiciones de trabajo y sus límites”. Relaciones Laborales, nº 4, Sección Doctrina. Abril 2014, tomo 1. Ed. La Ley.

ción y adaptación a circunstancias sobrevenidas, que se extienden a los distintos centros del conjunto de la empresa.

Desde otra óptica, otorga preferencia en los traslados y desplazamientos a los trabajadores que por motivos de cuidado de menores y familiares dependientes, hasta segundo grado de consanguinidad, manifiesten la necesidad de dichos cambios. Esta medida se contempla también en el Plan de Igualdad incluido en el convenio, como medida efectiva para la conciliación, y al que luego aludiremos.

1.3. Tiempo de trabajo

Como se indicó al inicio de este trabajo, el texto convencional que se analiza fue distinguido como ejemplo de “buenas prácticas” en la gestión de recursos humanos y la creación de empleo. Al hilo de esta mención, no podemos obviar que uno de los contenidos materiales que el convenio puede regular para llevar a cabo esa excelente gestión es la del tiempo de trabajo o jornada. Ningún instrumento se muestra quizás más acorde con la finalidad de la flexibilidad interna que el módulo temporal. La posibilidad que el empleador tiene de distribuir, organizar y gestionar el tiempo de trabajo, es sin duda una de las bazas en la gestión de la empresa y en el uso eficiente de sus recursos.

El convenio del grupo de empresas Mercadona, partiendo del establecimiento de una jornada máxima de 40 horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual, se centra en desarrollar y establecer el régimen de distribución irregular de la jornada. En virtud de la previsión legal del 34.2 TRET⁹ las partes negociadoras atribuyen esta facultad a la dirección de la empresa, que procederá a organizar el reparto irregular a lo largo del año, pudiendo concentrar periodos de trabajo en determinados días, meses o periodos, en función de las necesidades de la organización productiva. Como garantía de los trabajadores, y en aras de una mejor planificación, la plantilla debe conocer al menos con diez días de antelación la distribución de la jornada hecha por la empresa, es decir la fijación del horario del mes siguiente completo. El mismo convenio prevé la posibilidad de alteraciones en este régimen

9 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Texto Refundido Estatuto de los Trabajadores .

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

de distribución de la jornada por causas organizativas, en cuyo caso bastará con informar al Comité Intercentros; le confiere así un mero papel consultivo a la representación legal en este aspecto.

A título individual, las ausencias imprevistas del personal no requerirán preaviso para su cobertura, y las restantes no planificadas se deberán comunicar en el momento en que se conozcan las causas.

Analizando las distintas posibilidades abiertas por la regulación convencional, que pasan desde otorgar la facultad de distribución de la jornada al empleador, así como la facultad de cambiar esa distribución irregular cuando se den las causas exigidas, hasta la de poder cubrir las ausencias imprevistas sin exigencia de preaviso, o las demás comunicándolo cuando realmente se conozca la necesidad, se llega a la conclusión que la ordenación del tiempo de trabajo es un factor determinante en la adaptación a las necesidades de la empresa, e incluso de los trabajadores. Se posibilita la adecuación de la jornada y horarios a las necesidades organizativas empresariales de forma abierta, flexible y sin exigencias adicionales.

Señalar, desde otra óptica que el convenio limita la jornada de lunes a sábados, excluyendo, salvo excepciones, los domingos; se conoce con antelación suficiente la jornada mensual; en los supuestos que se realice el trabajo en domingos o festivos se acuerda la compensación con descanso o pago de cantidades equivalentes; se establecen periodos de descanso dentro de la jornada superiores a los reconocidos legalmente; el cómputo de las vacaciones no incluirá el primer día si coincide con festivo o domingo, garantizándose a aquellos trabajadores que habitualmente trabajan en sábados un periodo vacacional de 26 días hábiles.

Además de todo ello, la regulación convencional de las reducciones de jornada tiende a favorecer la conciliación y adaptación del trabajador a las necesidades personales y a las empresariales. Así, establece reducciones por cuidados de menores y de familiares, donde otorga la facultad de concreción horaria al trabajador, dentro de su jornada ordinaria, pero sometiendo dicha concreción a unos exigencias cuando la solicitud se hace extralimitando ese parámetro. Si la empresa, motivadamente no puede ofrecerle la reducción en los términos solicitados,

le indicará la concreción horaria en base a criterios relacionados con la producción y organización empresarial, pero con la garantía adicional de la comprobación por los representantes legales, por los responsables de recursos humanos y por el mismo trabajador. Garantía adicional a la de necesidad de motivación de la decisión empresarial antes indicada, como elemento anulador de la discrecionalidad empresarial. Regula también el convenio el procedimiento a seguir, en aras de alcanzar un acuerdo, donde ambas partes serán escuchadas y trasladarán la información correspondiente a la Comisión de Seguimiento. En última instancia, cuando la empresa no pueda acceder a las pretensiones del trabajador, ofertará traslado temporal a otro centro de trabajo, lo más cercano posible a su domicilio, que no diste más de 15 Km. del centro de trabajo habitual o residencia, siempre que haya vacante, abonando además los gastos de desplazamiento que se generen. Por último, destacar la sensibilización manifestada en la regulación convencional respecto a trabajadores o trabajadoras en las que concurren circunstancias especiales, otorgando preferencias en las reducciones antes referidas a familias “mono parentales” y “mono marentales” o con dependientes a cargo y trabajadores o trabajadoras que pertenezcan al género menos representado en las solicitudes, dejando la enumeración de estos sujetos abierta a posibles inclusiones futuras.

1.4. Salarios

Una de las novedades aportadas por el convenio, es la fijación de los criterios aplicables a la revisión de la cuantía salarial. Desvincula los aumentos salariales de la evolución del índice de precios al consumo (IPC), para establecer incrementos anuales ascendentes en base a datos objetivos: un “ratio” (beneficio neto dividido entre la cifra de ventas) de al menos el 1.5% sobre la cifra de ventas. En el caso de alcanzarse esos objetivos los salarios se irán incrementando anualmente desde el 0.4% para el año en curso, hasta llegar a un incremento del 0.8% en el año 2.018 (muy por encima del crecimiento actual de los mismos). El hecho de hacer depender los incrementos pactados, de los resultados derivados de la cuenta de pérdidas y ganancias, debidamente constatadas por el auditor de la empresa, supone una alternativa a la clásica indexación

salarial basada en el IPC. Alternativa que permite vincular la situación y evolución económica de la empresa al crecimiento salarial. Se tendería a desconectar salarios e inflación, y “por extensión, al desarrollo de un modelo de negociación de los salarios que no basculase sobre el IPC, sino sobre las posibilidades que ofrece la evolución de la oferta y la demanda en cada caso concreto.”¹⁰

De otro parte el II Acuerdo para la Negociación ya mencionado, indica la necesidad de fijar una estructura salarial que contenga elementos variables, de forma que una parte de éstos se haga depender de los resultados y la situación de la organización empresarial, elementos vinculados a la productividad y retribuciones en la empresa, y no sólo a éstos, sino contemplar otros complementos ligados al rendimiento o a la calidad. El uso de la flexibilidad salarial está directamente vinculado con el establecimiento de incentivos ligados a la mejora de la productividad, más que a los resultados productivos de la empresa.¹¹

El convenio que ahora se analiza, siguiendo estas directrices, establece una prima general por objetivos directamente relacionada con los perseguidos por la empresa, con la valoración personal anual que deben realizar los trabajadores y con objetivos personales pactados; en definitiva utiliza parámetros que están íntimamente conectados a los resultados de la prestación de servicios y a los objetivos empresariales.

Novedoso por tanto, en la fijación de criterios para los incrementos salariales, así como en el establecimiento de complementos salariales de naturaleza variable.

2. Conciliación de la vida familiar, personal y laboral: el Plan de Igualdad

La Memoria Anual 2013 de la empresa Mercadona, declara expresamente el interés de la compañía en fomentar el crecimiento profesional de su plantilla, a través de la formación continua y el desarrollo de una

10 García Perote Escartín, I., Mercader Uguina, J.R., “Cláusulas de revisión salarial no ligadas al índice de precios al consumo: nuevos rumbos de la negociación colectiva”. Información Laboral num. 2/2014 parte Estudios.

11 “*Instrumentos de Flexibilidad interna en la Negociación Colectiva*”. CCNNCC (MESS). Colección Informes y Estudios jurídicos. Serie Relaciones Laborales núm. 101. 2012.

política de Recursos Humanos orientada a la realización profesional y satisfacción personal de sus más de 74.000 trabajadores/as, uno de sus más valiosos activos. El modelo de gestión de Recursos Humanos está basado en el liderazgo y en el esfuerzo, apostando por la satisfacción personal, el empleo indefinido, la formación continua, la promoción interna, la igualdad de condiciones y la conciliación de la vida familiar y profesional de todas las personas de la compañía. No en vano, según el Informe MERCO (Monitor Empresarial de Reputación Corporativa) sitúa a la empresa en la segunda posición entre las empresas de mayor éxito y aquellas donde más personas desearían trabajar (2013). Igualmente, se ha destacado como una de las compañías que mejor concilian, como señala el Instituto Internacional de Ciencias Políticas.¹²

El compromiso de las partes firmantes del convenio analizado, orientado a la consecución del principio de igualdad de trato y oportunidades en todos los ámbitos y a todos los efectos, la promoción de condiciones de trabajo respetuosas con la diversidad, el mantenimiento de un buen clima laboral y la mejora de vida de la plantilla, está integrado en los valores y la cultura del grupo.

Para conseguir objetivos de productividad y competitividad es necesaria la identificación del trabajador con su empresa, en la cual desarrolla sus capacidades y aspiraciones profesionales; y que las condiciones laborales permitan también un desarrollo personal y familiar adecuado. Esa armonización de la faceta personal y laboral conllevará un equilibrio de intereses que repercutirán en el rendimiento, la competitividad, la estabilidad y el crecimiento.

Para la consecución de esos objetivos, los representantes que negociaron el convenio, decidieron integrar, no solo desde el compromiso, sino desde la legalidad, el Plan de Igualdad.

El Art 85 del TRET regula el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, con el alcance y contenido previsto en La

12 Cirujano, A. E., "Ranking de las empresas que concilian" .Instituto Internacional de Ciencias Políticas. Estudios Política Social y Laboral nº1. Madrid 2013.

Ley de Igualdad¹³, deber que se concretará en los Planes de Igualdad cuando la empresa cuente con más de 250 trabajadores.

El nuevo Plan de Igualdad de las empresas del grupo, viene a sustituir a los anteriores planes individuales que continuaran vigentes a la firma de aquel. A destacar, desde un punto de vista formal, la introducción del mismo en el texto del Convenio Colectivo, indicando expresamente que su renovación debe estar unida a la del texto convencional. De esta forma el Plan tiene operatividad y eficacia en los mismos términos que el resto del Convenio.

Los objetivos generales regulados, van encaminados a la promoción de la igualdad de trato y oportunidades, y a garantizar el ejercicio de derechos de conciliación. Junto a ellos, se enumeran unos objetivos específicos, que giran en torno a los primeros, y se concretan en: acceso al empleo, promoción, contratación, formación, salud laboral, comunicación y sensibilización, participación y conciliación de la vida familiar y laboral. Para su consecución, se describen medidas vinculadas a cada uno de ellos. Con carácter general, dichas medidas van encaminadas a conseguir el trato igualitario, tanto en las fases previas a la contratación, como una vez iniciada la misma, evitando segregaciones horizontales o verticales; utilizando un lenguaje no sexista; realizando pruebas objetivas para el acceso o promoción; haciendo seguimientos de los procesos de selección y promoción de mujeres en puestos en los que estén subrepresentadas y en puestos de responsabilidad; colaborando con centros de formación profesional o ayuntamientos para inserción de personal femenino en profesiones subrepresentadas; garantizando el acceso, en igualdad de condiciones, a puestos de responsabilidad a la persona del sexo menos representado; revisando las prácticas de comunicación; diversificando la plantilla de los centros con una proporción equilibrada entre ambos sexos; ofreciendo puestos estereotipados a candidatos para conseguir el intercambio de tareas; formando en igualdad de oportunidades, incluyendo acciones formativas dirigidas a responsables de políticas de selección y de recursos humanos que serán orientadas a las específicas en materia de género; estableciendo la equi-

13 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23 de marzo)

dad retributiva; llevando a cabo evaluaciones de riesgos y seguimientos desde la perspectiva de género, garantizando condiciones saludables durante el embarazo y la lactancia; evitando el acoso sexual o por razón de sexo, incluyendo protocolos de actuación, entre otras.

Junto a este elenco de actuaciones previstas, destacamos las dirigidas a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, por las que el convenio obtuvo la mención en Bruselas. El Plan de Igualdad contempla derechos que, en muchos supuestos, superan a la regulación legal. Como factor importante, destacar las garantías que establece en el ejercicio de estos derechos, implementando medidas para que los trabajadores los conozcan y puedan acceder a ellos. Desde esta óptica son destacables las facultades de información y comunicación que el texto recoge.

Como novedad se reconocen permisos retribuidos en situaciones personales relacionadas con el ámbito familiar. Así, por ejemplo, el trabajador podrá disponer del tiempo imprescindible, con justificante facultativo, cuando por razón de enfermedad necesite asistencia médica especializada de la Seguridad Social en horas coincidentes con su jornada laboral; igualmente, se reconoce un día de licencia para asistir a boda de parientes hasta el segundo grado por afinidad o consanguinidad. De la misma forma, establece una regulación de ciertos permisos, con el carácter de recuperables, en supuestos no previstos en la normativa: el tiempo imprescindible para acompañar a un hijo/a, menor de doce años, que precise asistencia médica, y para el tratamiento de técnicas de reproducción asistida de las trabajadoras. En los casos de adopciones internacionales, se garantiza un permiso no retribuido de un mes para los trámites derivados de aquéllos. Incorpora, además la posibilidad de solicitar licencia de hasta 30 días naturales por fallecimiento del otro cónyuge, o pareja de hecho debidamente registrada (los cinco primeros días serán retribuidos). Medida pionera, y que además acoge en su ámbito a las parejas de hecho, reiterando esta consideración al establecer dos días retribuidos de licencia en supuestos de fallecimiento, enfermedad grave o accidente, hospitalización ...de parientes hasta segundo grado, donde también las incluye.

Otras suponen un avance y mejora respecto a derechos regulados en

la legislación laboral. Así, se reconocen licencias de tres a cinco días por nacimiento de hijos; la posibilidad de acumular en 30 días naturales el permiso de lactancia; complementos de las prestaciones derivadas de incapacidad temporal, vinculando su devengo a la no superación de determinados niveles de absentismo y de recaídas, así como a la colaboración del trabajador con el Servicio Médico de la Empresa; complementos del 100%, igualmente aplicables a prestaciones de maternidad y paternidad cuando los salarios reales superen las Bases máximas de cotización; excedencia de tres años de duración y garantías de traslado de centro o localidad de las víctimas de violencia de género, así como la ayuda psicológica para las que los soliciten; introducción de colectivos preferentes con cargas familiares, cuidado de menores y familiares, en el ejercicio de la movilidad geográfica; posibilidad de unir el permiso maternal y paternal a las vacaciones; excedencia por cuidado de hijos ampliada hasta 8 años; mejoras en la excedencia por cuidado de familiares consanguíneos al ampliar su duración a 5 años; excedencia de hasta 18 meses para las víctimas de violencia de género, con posibilidad de prorrogarla hasta 36, de nueva incorporación respecto a regulaciones convencionales anteriores.

Conjunto programático que añade gran valor al contenido convencional.

Sin embargo, se manifiesta impreciso al no establecer plazos de ejecución y sujetos o departamentos responsables de la ejecución del Plan, de forma que se haga efectivo el seguimiento y la evaluación de los objetivos propuestos, tal y como se venía recogiendo en el anterior de la empresa Mercadona.

3. Otros aspectos: Formación y Empleo

La formación viene manifestándose como un mecanismo fundamental para el crecimiento y la realización personal y profesional; pilar básico para mejorar la empleabilidad y la calidad en el empleo. Desde otra óptica, las empresas ven aumentado sus recursos productivos, al incrementar las posibilidades de rendimiento y la calidad del trabajo

que reciben. El convenio colectivo del grupo de empresas objeto de este estudio, también contempla derechos relacionados con este ámbito. La principal empresa del grupo, Mercadona, hace una apuesta constante por la formación, invirtiendo en el año 2.013 cerca de 37 millones de euros en ésta.¹⁴

Como medio para mejorar y consolidar la formación profesional se regula el derecho a participar en cursos, jornadas, y otras acciones formativas vinculadas a la actividad de la empresa, impartándose, preferiblemente, dentro de la misma y de la jornada efectiva de trabajo. Para ello, cuenta con el Plan de Formación, incluyendo contenidos formativos dirigidos a mejorar los conocimientos, la profesionalidad y la empleabilidad del trabajador. Este derecho se manifiesta desde el inicio mismo de la relación laboral, al recibir el trabajador la formación adecuada para el desempeño del puesto de trabajo concertado, y continúa latente durante la vigencia de aquélla posibilitando acciones formativas específicas. Como contrapartida, los trabajadores deben aplicar la formación recibida en mejorar la realización de la prestación de servicios; asume el trabajador el compromiso de aumentar su profesionalidad en el desempeño del puesto de trabajo; incluso si no aplica con aprovechamiento la formación recibida, la empresa puede proceder a cambios de funciones más acordes con su capacidad. Del mismo modo las faltas de asistencia a dichas acciones se considerarán a todos los efectos faltas de asistencia al trabajo, sancionables por la dirección de la empresa.

Regulación del derecho a la formación integral, durante toda la vigencia de la relación jurídica, con objetivos de mejora de las capacidades y aptitudes, y con la obligación del trabajador de invertirlo en su empresa.

Íntimamente unido a la mejora de las capacidades del trabajador, se encuentra la materia referida al empleo, como referente para la calidad, estabilidad y promoción profesional. Las capacidades del trabajador, ampliadas, desarrolladas y ejercitadas pueden promover nuevas condiciones de trabajo, aumentar la estabilidad en el mismo o incrementar sus posibilidades de promoción.

En la norma convencional se manifiesta la tendencia por la contra-

14 Memoria Anual Mercadona 2.013.

tación indefinida, estableciendo el compromiso de un uso adecuado y ajustado de los diferentes modelos de contratación temporal. La empresa Mercadona S.A. cuenta con una plantilla de más de 74.000 trabajadores, con empleos estables y de calidad, tal y como define en su Memoria Anual. Además, en el convenio del grupo se asume el compromiso de crecimiento del empleo, como contraprestación a la estabilidad necesaria derivada de la suscripción de la norma pactada. Dicho compromiso se concreta en la contratación de 1.000 trabajadores/as a lo largo de la vigencia del mismo (compromiso ya asumido en convenios anteriores de la empresa principal).

IV. Conclusiones

Del análisis genérico del convenio colectivo objeto de estudio, se derivan una serie de conclusiones que deben marcar las directrices para futuros acuerdos colectivos de este género.

En primer término, resaltar la importancia que las partes negociadoras del convenio han otorgado a mecanismos que posibilitan una mejor adaptación de la organización productiva y los recursos humanos, de las empresas a las que vincula; mecanismos que van dirigidos a incrementar determinadas facultades directivas y organizativas de las mismas, con la finalidad de aumentar la competitividad y la productividad, así como una mayor estabilidad y el mantenimiento del empleo. Entre ellos, destaca la regulación del tiempo de trabajo, a través de la atribución de facultades organizativas de la empresa que van más allá de la fijación de una jornada o una concreción horaria. Muy al contrario, el convenio pone a disposición de la dirección empresarial amplios instrumentos para realizar la distribución irregular de la jornada; además, le posibilita alteraciones en la misma cuando se den circunstancias organizativas, otorgando un papel meramente consultivo o informativo a la representación legal de los trabajadores. Junto a ello, permite enfrentarse a ausencias imprevistas de forma totalmente discrecional. Es cierto que, paralelamente, se establecen condiciones laborales referidas a tiempo de trabajo que suponen un avance respecto a la regulación legal.

Otro aspecto importante de la flexibilidad interna regulada en el

Convenio, es la ampliación del ámbito de aplicación de la movilidad funcional ordinaria, promoviendo la realización de tareas que son fácilmente intercambiables, y dejando en segundo término aquellos supuestos de movilidad extraordinaria, sobre todo la ascendente.

La nueva referencia a criterios de revisión salarial junto a la política de retribución variable, supone otra importante aportación, que ha llevado a fijar incrementos salariales por encima de los actualmente pactados en otros ámbitos del sector.

Dentro del ámbito de la conciliación, y como elemento más destacable, se señala la incorporación al texto del convenio del Plan de Igualdad, lo que refuerza el reconocimiento de la eficacia y fuerza vinculante del contenido del mismo, así como su renovación en los mismos términos que el resto de cláusulas convencionales. La regulación que éste contiene, es uno de los motivos por los que el nuevo convenio colectivo fue destacado en Bruselas. Contiene una serie de objetivos y medidas pioneras, no sólo en este sector, reconociendo nuevos derechos vinculados a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, e incluso ampliando y mejorando otros que ya están reconocidos en nuestro ordenamiento. Todo ello, manifiesta el grado de compromiso que asumen empresas y trabajadores y que se plasmará en un mejor clima laboral y una mayor colaboración en los intereses empresariales.

Por estos y otros motivos, el convenio colectivo del grupo de empresas se sitúa como referente para la autonomía colectiva, como ejemplo de buenas prácticas a seguir para la negociación de acuerdos que conjungen intereses empresariales y laborales, y que potencien empresas más competitivas, y trabajadores más identificados con aquellas.

Los mecanismos o instrumentos que permitan la adaptabilidad a los cambios, circunstancias o necesidades de la empresa, facilitaran la estabilidad en el empleo, la competitividad y el incremento de los beneficios empresariales, laborales y personales, siempre que éstos vengan regulados de forma equilibrada. Es decir, la apuesta por el trabajo estable, de calidad, y la formación, contribuirá igualmente al desarrollo personal y profesional, y a una percepción positiva de las relaciones laborales dentro de la empresa.

Seguridad Social y seguros obligatorios. Problemática en la coexistencia. Algunas propuestas para reducir el gasto prestacional

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA*

1. La obligación de las compañías de seguros de reintegrar los costes de la asistencia sanitaria prestada por la Seguridad Social y la problemática derivada. 2. Seguros obligatorios y prestaciones económicas de la Seguridad Social y su problemática comunitaria. 3. Las dificultades para el ejercicio de acciones de reintegro en terceros Estados. 4. Propuestas concretas.

El presente trabajo tiene por finalidad analizar algunos de los problemas que se pueden plantear cuando la situación de necesidad protegida por el sistema de la Seguridad Social tenga su causa en actos que determinen la responsabilidad civil de un tercero, bien porque concurre cualquier género de culpa, bien porque el ordenamiento jurídico prevea un aseguramiento obligatorio al margen del establecido por el sistema de la Seguridad Social. Además de efectuar un somero análisis de estos problemas proponemos una serie de medidas que, sin incrementar el gasto público, suavicen en cierta medida los efectos de los problemas apuntados reduciendo el gasto e incrementando los ingresos del sistema de la Seguridad Social.

* Andrés Ramón Trillo García. Letrado de la Administración de la Seguridad Social. Este trabajo se inserta dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

1. La obligación de las compañías de seguros de reintegrar los costes de la asistencia sanitaria prestada por la Seguridad Social y la problemática derivada

Tanto la legislación sanitaria como la de Seguridad Social establecen preceptos en los que se determina la obligación de las compañías aseguradoras de reintegrar a la Seguridad Social o a los Servicios Público de Salud el coste de la asistencia sanitaria que se sirva y que pudiera estar cubierta por un seguro de responsabilidad civil frente a terceros, o bien por asegurar los daños propios. En este sentido el artículo 83 de la Ley General de Sanidad dispone que “los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en aquellos, asegurados o no, en los que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la consideración de ingresos propios del servicio de salud correspondiente”. El precepto añade que los gastos inherentes a la prestación de servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social, sin que en ningún caso los ingresos puedan revertir en aquellas personas que intervinieron en la atención de los pacientes. Por tanto, los centros médicos que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en los supuestos de seguros obligatorios y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en los que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable el coste de los servicios prestados.

Este derecho al reintegro alcanzará a los ingresos procedentes de convenios con entidades proveedoras de servicios, de manera que es frecuente que entidades aseguradoras concierten convenios con los sistemas públicos de salud al objeto de que, por los centros públicos sanitarios, se presten servicios sanitarios a sus asegurados. En el mismo sentido, la disposición adicional vigésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social clarifica la naturaleza jurídica de estos ingresos cuando la asistencia es prestada por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria indicando, por un lado, que será el Ministerio de Sanidad, Política e Igualdad el que fijará el régimen de precios y tarifas de tales atenciones, prestaciones y servicios, tomando como base sus costes estimados. Igualmente, la citada disposición adicional señala que estos

ingresos generarán crédito por el total de su importe y se destinarán a cubrir gastos de funcionamiento, excepto retribuciones de personal, y de inversión de reposición de las instituciones sanitarias, así como a atender los objetivos sanitarios y asistenciales correspondientes. Estos recursos serán reclamados por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, en nombre y cuenta de la Administración General del Estado, para el ingreso en el Tesoro Público. En tal sentido, el Tesoro Público, por el importe de las generaciones de crédito aprobadas por la Ministra de Sanidad, Política Social e Igualdad, procederá a realizar las transferencias correspondientes a las cuentas que la Tesorería General de la Seguridad Social tenga abiertas, a estos efectos, para cada centro sanitario.

En el marco de aplicación del artículo 83 de la Ley General de Sanidad, el Real Decreto 1030/2006 regulador de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de salud y su procedimiento para hacerlo efectivo, prescribe en su Anexo XI que los servicios públicos de salud reclamarán a los terceros obligados el pago del importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, incluido el transporte sanitario, la atención de urgencia, la atención especializada, el tratamiento con productos dietéticos y la rehabilitación en diversos supuestos entre los que se encuentra el que los servicios y prestaciones hayan sido efectuadas a favor de personas que las tengan cubiertas por un seguro o se establezca la obligación de que se haga cargo un tercero¹.

1 El Anexo XI del RD 1030/2006 recoge los siguientes supuestos en los que debe reclamarse el importe de la asistencia sanitaria a terceros:

“1. Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, Mutualidad General Judicial o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud.

2. Asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras en la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social, en aquellas prestaciones cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito.

3. Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina.

4. Seguros obligatorios:

a) Seguro obligatorio de los deportistas federados y profesionales.

b) Seguro obligatorio de vehículos de motor.

c) Seguro obligatorio de viajeros.

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

Con un carácter más omnicomprendivo el artículo 127.3 LGSS regula el reintegro de prestaciones sanitarias efectuadas a terceros cuando la atención se deriva de una lesión provocada por un tercero que debe responder civilmente del daño, en virtud de una responsabilidad contractual o extracontractual, y ello aunque dicha responsabilidad se derive de un ilícito penal. El reintegro se establece tanto a favor de los Servicios Públicos de Salud como de las mutuas en su calidad de prestador de la asistencia sanitaria derivada de accidente de trabajo. Igualmente el derecho al reintegro por la asistencia sanitaria prestada por estas entidades a consecuencia de la existencia de un responsable civil del daño corporal causado, alcanzará tanto a los servicios obligatorios como a aquellos que se concierten con carácter voluntario y complementario.

Asimismo el artículo 127.3 LGSS establece que cuando la prestación de servicios haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora, servicio común o mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, prosigue el precepto, el

d) Seguros obligatorios de caza.

e) Cualquier seguro obligatorio.

5. Convenios o conciertos con otros organismos o entidades.

Se reclamará el importe de la asistencia prestada, de acuerdo con los términos del convenio o concierto correspondiente.

6. Ciudadanos extranjeros:

a) Asegurados o beneficiarios en un Estado miembro de la Unión europea, del Espacio Económico Europeo y Suiza, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social.

b) Asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España.

7. Otros obligados al pago:

a) Accidentes acaecidos con ocasión de eventos festivos, actividades recreativas y espectáculos públicos en caso de que se haya suscrito contrato de seguro de accidentes o de responsabilidad civil que cubra las contingencias derivadas de estas actividades.

b) Seguro escolar.

c) Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes.

trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables penales o civiles.

Igualmente el precepto indica que los Servicios Públicos de Salud y las entidades colaboradoras de la Seguridad Social tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones que hubieran satisfecho, asistiendo el mismo derecho al empresario que colabora en la gestión de la asistencia sanitaria en los términos establecidos en la ley.

Por otro lado hay que señalar que el precepto establece que, para ejercitar el derecho al resarcimiento, las entidades gestoras tengan plena facultad para personarse en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, considerándose como terceros a los efectos de lo dispuesto en el Código Penal.

Como vemos tanto la Ley General de Sanidad como la de Seguridad Social apuntan una serie de preceptos que permiten a las instituciones gestoras de los Servicios Públicos de Salud exigir a las entidades aseguradoras el reintegro de los servicios sanitarios que nazcan de una obligación civil derivada de dolo, culpa o negligencia en virtud de títulos contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1101 del Código civil, extracontractuales por mor de lo establecido en el artículo 1902 del mismo Código, o incluso cuando los daños personales deriven del delito o de la falta en los términos establecidos en el artículo 109 del Código Penal.

El fundamento de esta facultad atribuida a los Servicios Públicos de Salud y a las entidades colaboradoras de éstos para exigir a las compañías de seguros el reintegro del coste de las prestaciones y servicios sanitarios prestados y por ellas aseguradas, ha sido apreciado de forma diversa por los tribunales.

Algunas sentencias, como las dictadas por la Audiencia Provincial de León de 2 de enero de 2004 y de 4 de julio de 2005, de la Audiencia Provincial de Girona de 5 de abril de 2000 y de la de Huesca de 7 de septiembre de 1993 encuentran el fundamento en la “*actio in rem verso*” regulada en el artículo 1158 del Código Civil².

2 “Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la

En otras sentencias, como las dictadas por la Audiencia Provincial de Huesca de 7 de septiembre de 1993, de 19 de octubre de 1993, de 10 de diciembre de 1994, por la Audiencia Provincial de La Rioja de 2 de mayo de 2007, o por la Audiencia Provincial de Zamora de 12 de enero de 2007 el fundamento del reintegro descansa en la obligación que tiene todas consecuencias del siniestro de acuerdo con lo previsto en el artículo 103 de la Ley del contrato de Seguro que dispone: “los gastos de asistencia sanitaria serán por cuenta del asegurador, siempre que se haya establecido su cobertura expresamente en la póliza y que tal asistencia se haya efectuado en las condiciones previstas en el contrato. En todo caso, estas condiciones no podrán excluir las asistencias de carácter urgente”.

Por último, otro grupo de sentencias, como la dictada por la Audiencia Provincial de Baleares de 8 de julio de 2002, encuentran el fundamento del reintegro en el principio de especialidad en virtud del cual la cobertura de un riesgo específico se efectuará con preferencia a uno de carácter genérico toda vez que sería contrario al principio de equidad que sea el asegurado el que elija o determine libremente el seguro que debe asumir las prestaciones y servicios asistenciales, máxime cuando además la preferencia en el pago resulte directamente de la Ley.

La existencia de esta posibilidad de reembolso, el hecho de que muchos de los asistidos sean también beneficiarios de la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Público de Salud en virtud de otro título y en concreto por estar integrados en los regímenes de la Seguridad Social y que además, la mayoría de las pólizas de este tipo de seguros, por ejemplo los deportivos, tengan cláusulas de exclusión de la asistencia sanitaria prestada por terceros no autorizados por la compañía, provoca no pocos problemas tanto fácticos como jurídicos. Así es práctica común que el asegurado que acude a los servicios públicos de salud oculte la causa de la lesión lo que provoca a veces problemas de diagnóstico o de tratamiento, o que por el contrario, el servicio público rechace prestar la asistencia cuando sospecha que la lesión, por sus

obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor.

El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiera pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.

En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en lo que hubiera sido útil e pago”.

características, puede estar asegurada obligatoriamente por una compañía privada.

No obstante, a mi juicio, hay dos situaciones en la que la asistencia sanitaria forzosamente ha de ser prestada por el Servicio Público de Salud³, sin perjuicio del ulterior reembolso por parte de las compañías aseguradoras.

La primera de las situaciones hace referencia a aquellos casos en los que por razones de urgencia en el tratamiento, éste necesariamente haya de realizarse en los servicios públicos de salud. En tal sentido, las pólizas de seguro no pueden excluir de su cobertura la asistencia realizada en los centros públicos en los casos de urgencia, y en el supuesto de que así se estableciera habría que tenerla por no puesta tal como lo entiende la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 23 de julio de 2007 que siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo en su sentenciad e 28 de julio de 2007 señala que el concepto de necesaria “asistencia de urgencia” prevista en el artículo 103 LGS acoge una fórmula flexible que debe ser interpretada en el sentido de no aplicar restricciones al interesado tales como “urgencia vital” o “urgencia clínica grave”, que no responderían a la genérica fórmula legal y deben entenderse como no puestas.

De este modo la obligación de prestar la asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y la posibilidad de reembolso en casos de urgencia se reconoce en las sentencias de las Audiencias Provinciales de Cantabria de 5 de marzo de 2009, de La Rioja de 23 de julio de 2007, de Santa Cruz de Tenerife de 26 de enero de 2007 o de Teruel de 4 de junio de 2002. En cambio la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 15 de septiembre de 22008, la de la Audiencia provincial de Badajoz de 18 de mayo de 2001, de la Audiencia provincial de Madrid de 31 de marzo de 2002 o de la Sala de lo social del Tribunal superior de Justicia de Castilla y León (Sede de Valladolid) de 11 de julio de 2005, consideran que no procederá el reembolso cuando no exista situación de urgencia o cuando, como señala la sentencia de la Audiencia Provin-

3 Cfr. Cristina Sánchez-Rodas Navarro ; La Residencia en España desde el Prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Aranzadi. Pamplona. 2014 ; pp.194-201.

cial de Segovia de 8 de octubre de 1998, se realice por el Servicio Público de Salud una asistencia no asegurada.

La segunda de las situaciones en que la prestación sanitaria y su seguimiento deben efectuarse por la sanidad pública se produce en aquellos casos en los que la lesión o la enfermedad asegurada de lugar a una situación e incapacidad temporal, bien de origen común o profesional. En efecto, la prestación de incapacidad temporal, aunque tenga una naturaleza económica tiene por finalidad sustituir las rentas del trabajador que sufre la suspensión del contrato de trabajo a consecuencia de la enfermedad o lesión, por lo que requiere como presupuesto ineludible que el trabajador reciba asistencia de la Seguridad Social, bien de los facultativos dependientes del Servicio Público de Salud cuando el proceso patológico derive de contingencia común o profesional cuando ésta última esté asegurada con el INSS, bien de los facultativos adscritos a las mutuas de accidentes cuando dichas asociaciones de empresarios aseguren las contingencias profesionales. En ambos casos la dinámica de la prestación económica está supeditada a la realización de una serie de actos médicos tales como las bajas, confirmaciones de bajas o altas que determinan el nacimiento, mantenimiento y extinción de la situación de incapacidad temporal y que necesariamente se deben formalizar por los citados facultativos en unos documentos administrativos denominados partes. De esta manera cuando la lesión tiene trascendencia en la realización del trabajo y puede dar lugar a la percepción de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal el principio de especialidad cede ante el de oficialidad.

Dicho lo anterior hay que señalar que, a pesar de la aplicación del principio de especialidad, el centro público de salud no puede rechazar la asistencia sanitaria aún cuando derive de una riesgo cubierto por un seguro obligatorio pues también rige con preferencia el principio de automaticidad que obliga al Sistema Nacional de Salud a prestar la asistencia y posteriormente determinar las responsabilidades tal como se deduce de los artículos 125.3 y 127.3 de la LGSS al disponer el primero el alta de pleno derecho en materia de asistencia sanitaria y el segundo que cuando la prestación haya tenido su origen en supuestos de hecho que impliquen responsabilidad civil, esta será realizada

de forma efectiva sin perjuicio de determinar las responsabilidades oportunas.

Por otro lado, al igual que ocurre con las entidades sanitarias públicas, las mutuas de accidentes de trabajo podrán exigir a las compañías aseguradoras el reembolso de la asistencia sanitaria prestada. Así el artículo 17.2 del Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, establece que cuando, aún ostentando el beneficiario el derecho a la prestación sanitaria de la Seguridad Social, dicha prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, la mutua hará efectiva la prestación pero tendrá derecho a reclamar al tercero responsable de manera que el tercero obligado al pago o, en su caso, el subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, deberá reintegrar el coste de las asistencias y prestaciones sanitarias que se hubiera satisfecho. En tal sentido, para hacer efectivo el pago la mutua podrá remitir a la Tesorería General de la Seguridad Social al objeto de que proceda a su recaudación, o bien, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 127.2 LGSS, se podrá personar directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectivo el resarcimiento o promover el procedimiento penal considerándose como terceros perjudicados a efectos de lo establecido en el artículo 113 del Código Penal.

Por otro lado, dese el punto de vista cuantitativo, la acción de reembolso únicamente alcanzará a aquellos servicios y atenciones sanitarias contempladas en la cobertura de los seguros obligatorios básicos y de los complementos que facultativamente se suscriban, quedando excluidos del reembolso los servicios y atenciones no contemplados en las pólizas. A este respecto hay que señalar que el alcance económico del reembolso no es uniforme en el territorio nacional, de manera que en cada Comunidad Autónoma se establecen tablas de tarifas por actos médicos que suelen variar. Igualmente la naturaleza jurídica de la exacción es distinta, así en algunas Comunidades Autónomas la contrapartida económica al servicio o atención sanitaria tiene naturaleza de tasa como señalan las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad Valenciana de 6 de octubre de 2004, de 2 de noviembre de 2004 o de 3 de noviembre de 2004, mientras que en otras

Comunidades Autónomas tiene naturaleza de precio público tal como indican las sentencias de la Sala de lo contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 27 de marzo de 2002 o de 18 de diciembre de 2001.

En cuanto al plazo que tiene la Administración para reclamar el reembolso, con carácter general será el de los 15 años, previsto en el artículo 1964 del Código Civil, salvo que otra norma determine otro plazo distinto, tal como dispone la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 28 de octubre de 2013.

Como vemos la relación entre la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social y la existencia de seguros obligatorios es compleja en el orden fáctico y jurídico creándose situaciones de inseguridad en los asegurados y un cierto desasosiego burocrático con evidentes perjuicios económicos, generalmente en el sector público que muchas veces afronta asistencias a las que deberían hacer frente las compañías de seguros, generalmente porque se desconoce el origen de las patologías tratadas. En otros casos se establece un doble aseguramiento con un cierto derroche de medios como es el caso del aseguramiento obligatorio de los deportistas profesionales que establece el artículo 59 de la Ley del Deporte y la obligación de asegurar las contingencias profesionales.

Pues bien, en alguna de las actividades para las que se prescribe la obligación de suscribir un seguro obligatorio, como podría ser la actividad deportiva se general riesgos específicos para la salud con peculiares efectos que exigen especiales medios personales, materiales y técnicos: de esta manera este riesgo se añade a otros riesgos para la salud ya sean comunes o profesionales, a los que el asegurado está expuesto en su condición de ciudadano o de trabajador, y como tal, requieren un aseguramiento especial.

A este respecto consideramos que se debería facilitar que este aseguramiento se pueda realizar, no sólo con compañías de seguros o con mutualidades de previsión social, sino también con el Sistema Nacional de Salud o con mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

De este modo, el aseguramiento con el Sistema Nacional de Salud o

con la mutuas de accidentes permitiría poner al servicio de los asegurados la mejor red asistencia del Estado, dar coherencia a la protección, mejorar la financiación, rentabilizar las inversiones, profundizar en la especialización en determinados tipos de asistencias, así como coordinar más eficazmente la prestación sanitaria de la incapacidad temporal cuando el asegurado fuera además trabajador, o incluso permitir una mejor asistencia sanitaria una vez acabada la actividad asegurada. Además en el caso de las mutuas permitiría rentabilizar un sistema sanitario muy especializado en la asistencia sanitaria de patologías musculoesqueléticas y en la recuperación de accidentados.

En el caso del aseguramiento con entidades privadas el instrumento jurídico idóneo para formalizar el aseguramiento obligatorio sería como hasta ahora el contrato de seguro privado, mientras que cuando el aseguramiento se realizara con las entidades gestoras o colaboradoras de la Seguridad Social el instrumento más adecuado quizás sería el de una nueva modalidad de convenio especial que habría que normar.

Esta nueva modalidad de convenio especial aseguraría un segundo nivel de protección de asistencia sanitaria que tuviera en consideración las singularidades de los riesgos, de las lesiones y de los tratamientos y por el que, a cambio del pago de una cuota adecuada, se permitiera elegir la cobertura de la asistencia sanitaria con el Servicio Público de Salud correspondiente o con la mutua de accidentes de trabajo que se eligiera.

Los ingresos por estos convenios podrían tener la consideración de públicos y deberían estar afectados a la financiación de los servicios, atenciones e inversiones de las entidades prestadoras de asistencia sanitaria.

2. Seguros obligatorios y prestaciones económicas de la Seguridad Social y su problemática comunitaria

Como hemos visto el artículo 127.3 LGSS únicamente prevé la posibilidad de solicitar el reintegro del coste de las prestaciones sanitarias, no en cambio el reintegro de las prestaciones económicas de la Seguridad Social sin que en este caso, a nuestro juicio, sea posible invocar

otros preceptos como los artículos 1258 y 1210 del Código Civil. En este sentido consideramos que sería necesario, para exigir el reintegro de las prestaciones satisfechas por la Seguridad Social a las entidades aseguradoras de riesgos específicos que causen la contingencia protegida por la Seguridad Social, que se estableciera expresamente.

A este respecto hay que señalar que otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo el artículo 332, apartado 1 de la Ley sobre el Régimen General de la Seguridad Social Alemán (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz) establece: “Cuando las personas que, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley Federal, tengan derecho a prestaciones (...) puedan solicitar la indemnización del perjuicio sufrido como consecuencia de la contingencia prevista por el seguro, sobre la base de otras disposiciones legales, dicho derecho se cederá a la entidad aseguradora, en la medida en que ésta está obligada a realizar esas prestaciones”. El precepto se complementa con lo dispuesto en el artículo 1394 del Código civil (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) que dispone que “El cesionario tendrá exactamente los mismos derechos que el cedente con respecto al crédito cedido”. En términos parecidos se recoge esta posibilidad en la legislación francesa.

Así, por un lado hay que señalar que el hecho de que no se recoja en nuestro ordenamiento la posibilidad de que la Seguridad Social no pueda subrogarse en la acción del trabajador frente a los aseguradores de la responsabilidad civil de los daños causados por terceros, provoca a veces una sobreprotección del daño toda vez que la incapacidad o la muerte pueden estas indemnizadas doblemente al entenderse compatibles las responsabilidades prestacionales derivadas del accidente no laboral y, por otro lado, las prestaciones de Seguridad Social.

En otros casos el efecto es el contrario, de manera que es frecuente que los tribunales moderen las indemnizaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo que han de satisfacer las compañías aseguradoras limitándola a la satisfacción del daño emergente causado por considerar que el lucro cesante se encuentra satisfecho con la prestación de Seguridad Social lo que evidentemente beneficia a las compañías aseguradoras.

Por otro lado, si no se prescribe en nuestro ordenamiento jurídico

la posibilidad de exigir el reembolso de las prestaciones económicas causadas a consecuencia de responsabilidad civil o penal de un tercero, impide también exigirlo en un tercer Estado en el que sí se recoja esta facultad. Pensemos a este respecto que un trabajador español sufre un accidente en Alemania que genera una prestación de gran invalidez, pues bien, la institución española no podrá solicitar el reintegro de la pensión a la compañía de seguros alemana, mientras que la institución alemana sí. En este sentido se pronuncia la Sentencia del TJCE en su sentencia de 21 de septiembre de 1999 recaída en el asunto C-397/96 “Kordel contra Kordel”. La citada sentencia señalaba que “el artículo 93, apartado 1, letra a) del Reglamento 1408/1971, debe interpretarse en el sentido que la subrogación de una institución de Seguridad Social a la víctima o sus derechohabientes poseen frente al autor del daño acaecido en el territorio de otro Estado miembro y que haya dado lugar al abono de prestaciones de Seguridad Social por dicha institución, así como el alcance de los derechos en los que se subroga dicha institución, se determinan conforme al Derecho del Estado miembro al que pertenezca esta institución, siempre que este derecho no vaya más allá de los derechos de la víctima o sus derechohabientes posean frente al autor del daño con arreglo al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio haya acaecido éste”.

3. Las dificultades para el ejercicio de acciones de reintegro en terceros Estados

Por último, hay que señalar muy resumidamente que existen grandes dificultades para ejercer acciones de reintegro en otros Estados miembros de la Unión Europea cuando la asistencia está prestada en un Estado y en cambio el responsable del pago reside en otro Estado de la Unión siendo competente para conocer de la acción la Jurisdicción del Estado del deudor. La primera dificultad estriba en el conocimiento mismo del hecho causante de la responsabilidad civil, seguida de otras como la identificación en su caso del Juzgado o Tribunal que conoce del procedimiento en el que se ejerzan las acciones civiles y/o penales derivadas del hecho causante de la prestación reclamada, el conocimiento

del ordenamiento jurídico, la representación y postulación judicial, la ejecución de resoluciones administrativas o de sentencias, etc.

En este sentido sería necesario el establecimiento de un sistema de coordinación administrativa entre las instituciones de Seguridad Social de la Unión Europea a fin de remover los evidentes obstáculos. Esta coordinación podría propiciar, entre otras medidas, acuerdos o convenios entre instituciones a fin de comunicar los supuestos detectados de responsabilidad de un tercero en el reembolso de las prestaciones servidas, así como en la asistencia jurídica y representación procesal ante los órganos jurisdiccionales.

4. Propuestas concretas.

- 1.- Facilitar, en aquellos supuestos en que fuera factible, el aseguramiento adicional con las entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social de aquellos riesgos y actividades sujetas a aseguramiento obligatorio.
- 2.- Modificar el ordenamiento jurídico actual en el sentido de ampliar a las prestaciones económicas de la Seguridad Social la facultad de exigir el pago de un tercero, previsto actualmente para las prestaciones sanitarias en el artículo 127,3 LGSS.
- 3.- Promover en el marco de la coordinación administrativa actual en la Unión Europea iniciativas de colaboración entre las instituciones de Seguridad Social a fin de remover los obstáculos actuales para hacer efectivo el pago de terceros en otros Estados de la Unión Europea.

Trabajadores transfronterizos y prestaciones por desempleo: un ejemplo de praxis legislativa mejorable

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO*

I. Definición nacional de trabajador transfronterizo no coincidente con el concepto del Reglamento 883/2004. II. Trabajadores transfronterizos incluidos y excluidos del ámbito de aplicación subjetivo de La ley Orgánica 4/2000. III. ¿Cotizan los trabajadores transfronterizos por desempleo? IV. Prestaciones por desempleo y residencia. V. Trabajadores transfronterizos: ¿obligación de cotizar sin derecho a exportar la prestación por desempleo?

I. Definición nacional de trabajador transfronterizo no coincidente con el concepto del Reglamento 883/2004

El artículo 43.1 de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 establece que “los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente deberán obtener la correspondiente autorización administrativa, con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general, siéndoles de aplicación en cuanto a los derechos de Seguridad Social lo establecido en el artículo 14.1 de esta Ley¹”.

* Cristina Sánchez-Rodas Navarro. Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario Para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

1 Esta expresa remisión al artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000 no es en modo alguno

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

El Reglamento de Extranjería -Real Decreto 557/2011²- dedica a este colectivo su Título X. Y, concretamente, el artículo 182 señala que “se halla en situación de trabajo transfronterizo el trabajador que haya sido autorizado para desarrollar actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español, residiendo en la zona fronteriza de un Estado limítrofe al que regrese diariamente”.

Otra peculiaridad de los trabajadores transfronterizos es que no precisan visado para entrar en territorio español (artículo 7.3 del Real Decreto 557/2011).

De la definición a nivel de Derecho interno se infiere que el concepto de trabajador transfronterizo pivota, por un lado, sobre un elemento temporal: se exige imperativamente que el trabajador/a que realice actividades por cuenta ajena o por cuenta propia en zonas fronterizas de España abandone diariamente el territorio español. Y, de otro lado, el segundo elemento a resaltar es que han de regresar diariamente al Estado limítrofe con el nuestro en el que tengan tener fijada su residencia.

Se trata, pues, de trabajadores que a pesar de carecer de autorización de residencia³ o estancia en España trabajan, sin embargo, legalmente en nuestro país⁴. Tal posibilidad está expresamente prevista en el artículo 7 del TRLGSS que proclama que están comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva...los extranjeros que residan o se encuentren legalmente

baladí puesto que la equiparación entre españoles y extranjeros que proclama el citado artículo 14 se supedita al requisito de la residencia legal en España de estos últimos, requisito que obviamente no cumplen los trabajadores transfronterizos.

- 2 En el anterior y derogado Reglamento de Extranjería (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre) la definición estaba contenida en su artículo 84.1. Ninguna novedad resaltable se aprecia entre el Reglamento en vigor y su precedente.
- 3 “El hecho de haber sido titular de una autorización de trabajo por cuenta propia o ajena para trabajadores transfronterizos no generará derecho para la obtención de una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena, sin perjuicio de que sea tenida en cuenta para la valoración de las solicitudes que pudieran presentarse por el titular” (artículo 184.5 del Real Decreto 557/2011).
- 4 “La validez de la autorización de trabajo estará limitada al ámbito territorial de la Comunidad o Ciudad Autónoma en cuya zona limítrofe resida el trabajador, así como a una ocupación en el caso de trabajo por cuenta ajena o a un sector de actividad en el de trabajo por cuenta propia” (artículo 184.1 del Real Decreto 557/2011).

en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional...”.

Respecto al nivel no contributivo, supeditado al requisito de la residencia en España, los trabajadores transfronterizos quedan excluidos de lege data, por cuanto -como ya se ha indicado- este colectivo se caracteriza, precisamente, por residir en un Estado limítrofe con España.

En todo caso, la vigente definición española de trabajador transfronterizo no sólo ya no coincide con la aplicable en el ámbito del Derecho de la Unión Europea sino que es mucho más restringida: el artículo 1.f) del Reglamento 883/2004 de coordinación de los sistemas de Seguridad Social define al trabajador fronterizo como aquel “que realiza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y reside en otro Estado miembro al que regresa normalmente a diario o al menos una vez por semana”⁵.

II. Trabajadores transfronterizos incluidos y excluidos del ámbito de aplicación subjetivo de la Ley Orgánica 4/2000

La primera cuestión a destacar es la dificultad de cuantificar el número de trabajadores transfronterizos que trabajan legalmente en España, máxime cuando parece generalizada la práctica de empadronarse en territorio nacional a los solos efectos del cobro de prestaciones de Seguridad Social aunque de hecho se retorne diariamente al país de origen.

En segundo lugar, la normativa española de extranjería no es aplicable a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea ni de los Estados del Espacio Económico Europeo y Suiza que en el ámbito de la coordinación de los sistemas de Seguridad Social se registrarán por las disposiciones del Reglamento 883/2004 y su Reglamento de desarrollo.

5 La definición de trabajador transfronterizo contenida en la versión primigenia de la Ley Orgánica 4/2000 coincidía con la definición del Reglamento comunitario de coordinación de sistemas de Seguridad Social. Pero tras la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por obra de la Ley Orgánica 8/2000 originariamente se dota al concepto nacional de trabajador transfronterizo de un contenido más restringido que el que tiene en el Reglamento 883/2004.

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

Respecto a los nacionales de Terceros Estados que residan o se encuentren legalmente en el territorio en el que el Derecho de la Unión Europea esté vigente se aplicarán las normas contenidas en el Reglamento 1231/2010, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, a los nacionales de Terceros Estados que, debido únicamente a su nacionalidad, no estuvieran incluidos dentro de su ámbito de aplicación personal, así como a los miembros de sus familias y a sus supervivientes, que estén residiendo legalmente en el territorio de un Estado Miembro y siempre que su situación no esté circunscrita en todos sus aspectos al interior de un solo Estado miembro.

Dada la primacía y efecto directo que se predica del Derecho de la Unión Europea frente a la legislación nacional, el ámbito de aplicación de la legislación española de extranjería se circunscribe, por tanto, a los trabajadores transfronterizos que residan en un Estado limítrofe con España que no sean a su vez Estados de la Unión Europea: Andorra y Marruecos.

Respecto a Andorra, el vigente Convenio de Seguridad Social que entró en vigor el uno de enero de 2003 no incluye en su ámbito de aplicación material las prestaciones por desempleo.

Tampoco el Convenio bilateral hispano-marroquí de 8 de noviembre de 1979 incorpora las prestaciones por desempleo en su ámbito de aplicación⁶.

III. ¿Cotizan los trabajadores transfronterizos por desempleo?

Durante la vigencia del anterior Reglamento de Extranjería -el derogado Real Decreto 2393/2004- su Disposición Adicional 13ª expresamente excluía a los trabajadores transfronterizos de la cotización por desempleo.

Para comprender esta exclusión había que tener en cuenta que en España antes de la Orden de 4.10.1979 los trabajadores transfronterizos sólo gozaban de protección frente a los riesgos profesionales. A partir de esa fecha fueron incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen

6 STSJ de Andalucía de 23.2.1996 (AS. 294)

General con los mismos derechos que el resto de los trabajadores protegidos, excepción hecha de la prestación por desempleo. Esta diferencia se justificaba por la propia normativa española que contempla como causa de extinción del derecho el traslado de la residencia al extranjero.

El vigente Reglamento de Extranjería -Real Decreto 557/2011- sorprendentemente no excluye a los trabajadores transfronterizos de la cotización por desempleo⁷. Y no se trata de un lapsus, sino que consultado el Servicio Público de Empleo Estatal éste organismo confirma la obligatoriedad de la cotización por desempleo también para este colectivo.

IV. Prestaciones por desempleo y residencia

Tanto en el nivel contributivo como asistencial por desempleo la residencia en España es un requisito necesario para el mantenimiento del derecho a la percepción de la prestación económica. En efecto, el artículo 213.1.g) del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social prevé como causa de extinción del derecho a la prestación por desempleo “el traslado de residencia o estancia en el extranjero, salvo en los supuestos que sean causa de suspensión recogidos en las letras f) y g) del artículo 212.1⁸”.

Al margen de las disposiciones nacionales sobre cuándo se extingan o suspendan las prestaciones por desempleo por trasladarse el beneficiario de las mismas al extranjero, hay que tener presente, una vez más, la primacía del Derecho de la Unión Europea.

Por tanto, a pesar del silencio del legislador nacional al respecto, hay que hacer hincapié en que todas las prestaciones españolas de desempleo -contributivas y asistenciales- son prestaciones exportables conforme al Reglamento 883/2004.

Es por ello que los beneficiarios de prestaciones y subsidios por

7 Las únicas exclusiones de la cotización por desempleo están ahora contenidas en la Disposición Adicional 16ª del Real Decreto 557/2011: contrataciones de los extranjeros titulares de las autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada y para estudiantes.

8 Las mismas reglas se aplican a la prestación asistencial por desempleo puesto que así lo establece el artículo 219.2 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social que señala que “serán de aplicación al subsidio por desempleo las normas sobre suspensión y extinción previstas en los artículos 212 y 213”.

desempleo podrán exportar la prestación reconocida cuando se trasladan a otro Estado donde se aplique el citado Reglamento en busca de trabajo y durante un plazo máximo de seis meses (artículo 64.1.c) del Reglamento 883/2004) siempre y cuando estén incluidos en el ámbito de aplicación personal de las normas comunitarias de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

V. Trabajadores transfronterizos: ¿obligación de cotizar sin derecho a exportar la prestación por desempleo?

Dadas las férreas limitaciones a la que la legislación española somete actualmente la exportación de prestaciones de Seguridad Social, hay que concluir que cuando los trabajadores transfronterizos no estén incluidos dentro del ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004 -que prevé la exportación de prestaciones por desempleo-, los mismos no podrán cobrar prestación por desempleo por el hecho de residir en un Estado limítrofe con España, situación ya denunciada en 2012 por UGT⁹.

Sorprende por tanto que el hecho de que España obligue a cotizar por una prestación que no va a poder ser lucrada no haya generado una fuerte contestación social por parte del colectivo afectado.

La ausencia de litigiosidad podría tener su causa en el hecho de que probablemente la regulación jurídica del trabajador transfronterizo contenida en la Ley Orgánica 4/2000 y su Reglamento de desarrollo no se corresponde con la realidad.

Dicho con otras palabras, los trabajadores que residen en territorios limítrofes con España pero prestan servicios en nuestro país optan por fijar administrativamente su residencia en España aunque de hecho residen en su país de origen.

En todo caso, de lege ferenda debiera volver a introducirse en el Reglamento de Extranjería vigente la misma cláusula que contenía el derogado, por la que quedaban excluidos de la obligación de cotizar los trabajadores transfronterizos, ya que la regulación actual choca frontalmente con la reforma del requisito de la residencia que se ha efectuado respecto a las prestaciones por desempleo en España.

9 <http://www.ugt.es/actualidad/2012/noviembre/d16112012.html>

Buenas prácticas en relación al reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO*

I. Introducción. II. Aproximación a las vías de reembolso en España. III. Articulación de las vías de reembolso. IV. Buenas prácticas y propuestas de mejora de la normativa aplicable. 1. Información. 2. Requisitos para el reembolso. 2.1. Autorización. 2.2. Otros requisitos. 2.3. Reembolso. V. Conclusiones

I. Introducción

Este trabajo pretende aproximar al lector a algunos problemas detectados en relación al reembolso de gastos en el marco de la asistencia sanitaria transfronteriza, esto es, la prestada en otro Estado miembro de la UE distinto de aquél donde se tiene derecho a la misma. Mi intención es abrir el debate sobre posibles buenas prácticas y plantear algunos cambios normativos a llevar a cabo en esta área con el objetivo de incrementar las garantías para los derechos de los ciudadanos, siempre en el marco de una buena gestión de los recursos sanitarios disponibles.

El análisis profundo del reembolso de gastos por asistencia sanitaria

* Dolores Carrascosa Bermejo, Prof. Dra. Asociada ICADE, Madrid. Redactora del Área Social en Ediciones Francis Lefebvre
Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario Para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad

transfronteriza en la UE excede del objeto de este trabajo, se trata de una cuestión ya abordada en trabajos previos.¹ En los siguientes epígrafes, no obstante, se ofrece una panorámica sintetizada de las diferentes vías de reembolso existentes en España y su interacción o articulación.

II. Aproximación a las vías de reembolso en España

Para el reembolso por asistencia sanitaria transfronteriza por parte de las instituciones españolas existen las siguientes **cuatro** vías de reembolso público, esto es, a cargo de las administraciones españolas (INSS o los propios servicios de salud autonómicos y el INGESA):

1. Vía de los Reglamentos de coordinación.
2. Vía de la Directiva y del Real Decreto de implementación.
3. Vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre libre prestación de servicios sanitarios.
4. Vía de la normativa nacional en los supuestos de urgencia vital.

Veamos cada una de ellas de forma más detallada, identificando en cada caso cuál es el alcance del reembolso previsto. En todos los supuestos hay que tener en cuenta que se trata de un **reintegro de lo abonado** y que el asegurado nunca podrá obtener una cuantía superior a lo ya satisfecho, pues no puede haber un enriquecimiento del paciente por esta vía.

1.- Vía de los Reglamentos de coordinación de la UE (Rgto CE/883/2004 y Rgto CE/987/2009).

Los Reglamentos prevén dos supuestos en los que puede haber reem-

¹ Por mi parte, recientemente he abordado esta materia en CARRASCOSA BERMEJO, D. “Cross-border healthcare in the EU: Interaction between Directive 2011/24/EU and the Regulations on social security coordination”. ERA Forum (Journal of the Academy of European Law) Vol 14, n° 3/October 2014, p. 359-380. DOI 10.1007/s12027-014-0358-8. Más brevemente “Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la UE. Novedades en el RD 81/2014 y su articulación con la vía de los Reglamentos de coordinación”. Tribuna. El Derecho. Julio. 2014. http://www.elderecho.com/tribuna/www.elderecho-com/Reembolso-UE-Novedades-RD-Reglamentos_11_704305001.html Ver también VV.AA. *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea* Col. Claves Prácticas. Ediciones Francis Lefebvre. Madrid 2014.

bolso al asegurado de los gastos en los que incurrió por cobertura en otro Estado miembro, a costa del Estado competente (normalmente el de residencia). La asistencia sanitaria que se puede obtener por esta vía será siempre servida por proveedores sanitarios incluidos en el sistema de Seguridad Social para sus propios asegurados.²

a) **Asistencia no programada**: en el marco de una estancia temporal en otro Estado miembro **sin finalidad médica** (por ejemplo vacaciones o viaje de negocios). En tales supuestos los Reglamentos prevén que el asegurado español tenga derecho en otro Estado miembro a la **asistencia sanitaria necesaria** (no necesariamente urgente o inmediata) desde el punto de vista médico, con el objeto de que pueda proseguir su estancia en condiciones médicas seguras (Rgto CE/883/200429-4-2004 art.19; Rgto CE/987/200916-9-2009 art.25).

b) **Asistencia programada**: aquella que se produce en el marco de un desplazamiento que precisamente tiene un **objetivo sanitario** y que se caracteriza, en el marco de los Reglamentos, por exigir en todo caso la autorización previa (E-112 o S2). La autorización ha de concederse por el INSS con informe preceptivo de los servicios de salud involucrados siempre que se cumplan los dos siguientes requisitos:

- La prestación ha de estar incluida en la cartera de servicios aplicable. Como es sabido existe una cartera de servicios nacional (RD 1030/2006) que, como es sabido, es siempre mejorable por las carteras autonómicas
- un tratamiento con el mismo grado de eficacia no puede dispensarse en el Estado de aseguramiento, en España, en **tiempo útil**. Para valorar si el paciente ha de soportar la demora se le ha de hacer una evaluación médica objetiva e individualizada, considerando la evolución probable de su enfermedad, sus an-

2 Debe señalarse que los Reglamentos también establecen la cobertura en caso de cambio de residencia a otro Estado miembro, siempre a cargo del Estado competente. Los Reglamentos no prevén el reembolso de la institución al asegurado en el marco de esta situación no afectada tampoco por la libre prestación de servicios al eliminarse el elemento transfronterizo en que se funda la Directiva 22/2011/UE y el propio RD 81/2014 (TJCE 16-7-09, asunto Petra Von Chamier Glisczinski C-208/07EDJ 2009/143614).

tecedentes, dolor o discapacidad. Este segundo requisito, en cierta manera, conecta con un mal funcionamiento del sistema en el que está asegurado el paciente y con la existencia de listas de espera. Desde luego si no hay espera no hay autorización. No obstante, según ha interpretado el Tribunal de Justicia no es que se deba autorizar siempre que haya lista de espera, sino que la autorización sólo procederá cuando la demora sea médicamente inaceptable en el caso concreto.³

* **REEMBOLSO.** La regla general es el reembolso o reintegro entre instituciones (España reembolsaría al Estado de destino la factura que emitiera y el Estado de tratamiento prestaría la asistencia de forma gratuita con la garantía de abono que suponen la propia tarjeta sanitaria o el documento S2). Sin embargo, el propio Reglamento de desarrollo en estos supuestos prevé mecanismos de reembolso al asegurado para los casos en los que el Estado de estancia temporal o tratamiento programado cobra tales servicios sanitarios a sus propios asegurados y, por tanto, también requiere tal abono a los asegurados españoles. En estos casos es posible pedir el reembolso a España aunque también podría solicitarse en algunos casos en el propio Estado de tratamiento (Rgto 987/2009/CE art. 25.B) en relación a la asistencia no programada a la que se remite el art. 26.B) al regular la asistencia programada).

En cualquier caso el reembolso obtenible por esta vía de los Reglamentos siempre alcanza al coste sanitario foráneo, en ese sentido se puede considerar que es neutro para los pacientes. En el supuesto de haberse satisfecho **copago foráneo** hay que distinguir entre los dos tipos de asistencia sanitaria:

- En el marco de la **asistencia programada** cabe que se cubra total o parcialmente en virtud del denominado “complemento Vanbraekel” ahora incorporado al Reglamento de desarrollo y cuya aplicación debe ser requerida por el asegurado (Rgto CE/987/2009 art. 26.B.7). En efecto, sólo se cubre el copago cuando la tarifa española es lo suficientemente “potente” para superar el coste sa-

3 TJCE 16-5-06 Watts C-372/04

Buenas prácticas en relación al reembolso de gastos por asistencia...

nitario foráneo (el coste del tratamiento) y además cubrir total o parcialmente dicho copago.

- En el marco de la asistencia **no programada** no procede nunca la cobertura del copago, pues no cabe la aplicación de dicho “complemento Vanbraekel”. No sólo es que no lo prevea la norma de coordinación vigente que sólo lo establece en relación a la asistencia no programada; sino que así lo estableció el Tribunal de Justicia en una polémica sentencia que consideró que su inaplicación no vulneraba la libre prestación de servicios (TJCE 15-6-10 Comisión contra España C-211/08).⁴

2.- Vía de la Directiva 2011/24/UE incorporada al Derecho español a través del RD 81/2014.

En su marco se puede obtener el reembolso de la asistencia sanitaria cubierta por la cartera de servicios (la española o la autonómica que la mejora). El derecho al reembolso –por los servicios autonómicos de salud o el INGESA en los casos de Ceuta y Melilla-⁵ concurre con independencia de que haya sido obtenida en otro Estado miembro de proveedores públicos o privados aunque sean ajenos al sistema de Seguridad Social del Estado miembro de tratamiento.

El legislador nacional, siguiendo el imperativo de la Directiva, ha establecido en el Ministerio de Sanidad un “Punto de Contacto Nacional” que ha de informar sobre el derecho al reembolso (<http://www.msssi.gob.es/pnc/home.htm>). Desde él se establecen enlaces a los puntos de información de los servicios sanitarios de las 17 Comunidades autóno-

4 Ver un comentario de esta sentencia en CARRASCOSA BERMEJO, D. “Libre prestación de servicios y reembolso de gastos de hospitalización no programada durante estancia temporal en otro Estado miembro: ¿procede abonar el complemento diferencial Vanbraekel? Comentario de la STJ (Gran Sala) 15-6-2010, Asunto Comisión Europea contra el Reino de España C-211/08 (TJCE 2010/175)”. *Aranzadi Social* n° 10-11. Octubre 2010. P. 45 a 60. Otro comentario de esta sentencia en HIERRO HIERRRO, F.J. “La validez del sistema español de reembolso de gastos médicos; el caso Comisión vs. España. RMTAS n° 102/2013 p.353 y s.

5 No se entra a valorar el derecho al reembolso en el caso de los funcionarios incluidos en una Mutualidad sobre estos colectivos ver CEA MARTIN, Mª V. “Peculiaridades del reembolso en el ámbito de las mutualidades de funcionarios” /en/ VV.AA. *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria...* op. cit.

mas, las mutualidades de funcionarios y el INGESA competente en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

En el marco de esta vía no se diferencia entre asistencia programada y no programada, sólo se distingue entre tratamientos autorizados y no autorizados. Por regla general en esta vía no se ha de exigir autorización, sólo permitiéndose su implantación cuando concurren razones imperiosas de interés general. La legislación española ha supeditado el reembolso a una autorización previa en todos los supuestos que preveía la Directiva y también se han asumido todas las posibilidades que permitía esta para su denegación. En este sentido se puede decir que dentro del marco de acción que tenía el legislador nacional se ha optado por la vía más restrictiva a los derechos del trabajador.

Así, por un lado, se requiere la autorización respecto de toda asistencia hospitalaria que suponga una pernoctación, así como en relación a ciertos tratamientos no hospitalarios o ambulatorios mencionados en el Anexo II⁶ de la norma nacional de implementación (ver RD 81/2014 art.10.5 y 15).⁷ La autorización previa debe concederse por el servicio de salud donde esté domiciliado el asegurado en los mismos casos en que se ha de otorgar vía Reglamentos un formulario E-112 o documento portable S2, aunque puede denegarse también si concurren ciertas causas relacionadas con riesgos para la seguridad del paciente o de la población en general o ausencia de las garantías suficientes asociadas al prestador sanitario.⁸ La **resolución motivada** con la concesión o no de la autorización debe notificarse en un plazo máximo de 45 días desde la recepción de la solicitud. Al igual que señalamos respecto del reconocimiento del propio reembolso el **silencio de la administración** es positivo (RD 81/2014 art.16).

6 Estas prestaciones que han sido seleccionadas en base a la exigencia del uso de procedimientos o equipos médicos sumamente especializados, a la necesidad de atención a pacientes con problemas complejos, o a su elevado coste económico. Algunas de las prestaciones mencionadas en ese Anexo Estas prestaciones se mencionan exhaustivamente en el listado contenido en el RD 81/2014 Anexo II que en algunas entradas resulta controvertido y deberá superar el control de razonabilidad y proporcionalidad para no ser consideradas obstáculos no justificados a la libre prestación de servicios.

7 Caben dudas sobre su carácter exhaustivo LOUSADA AROCHENA, F. "Reembolso en el Real Decreto 81/2014: la implementación de la Directiva 2011/24/UE" /en/ VV.AA *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria...* op. cit.

8 RD 81/2014 art. 17.

Buenas prácticas en relación al reembolso de gastos por asistencia...

Además se exige, como requisito administrativo adicional para recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro reembolsable, que el asegurado cumpla las mismas condiciones aplicables para el acceso a la asistencia sanitaria prestada en España. Esta exigencia tan ambigua parece concretarse en el párrafo siguiente de la norma que la implanta, en la posibilidad de que el Sistema Nacional de Salud requiera al asegurado para que presente una **evaluación previa** que justifique la indicación de la prestación sanitaria que pretende, por lo que parece que se trata de un requerimiento previo al tratamiento como la propia autorización. Dicha evaluación se llevará a cabo por un médico de atención primaria, cuando se realice en España. En ningún caso estas evaluaciones pueden constituir situaciones de discriminación u obstáculos a la libre circulación de los pacientes, los servicios o los bienes, salvo justificaciones objetivas (RD 81/2014 art.10.4).

El reembolso frente al Servicio autonómico de salud se presentará de acuerdo con el **formato** que se establezca y siempre acompañada de los **documentos** que se incluyen en el RD 81/2014 Anexo I, destacando la necesidad de que la factura sea lo más detallada posible, identificando los diversos conceptos asistenciales realizados, el importe de cada uno de ellos y la fecha de realización. También se exige la prescripción médica o el informe médico de la atención prestada, comenzando por la razón clínica de la propia asistencia sanitaria diagnóstica y terapéutica realizada, preferiblemente usando un código de identificación homologado (CIE9-MC o similares). Todo ello para facilitar la valoración de la procedencia de la prestación sanitaria y facilitar la continuidad del tratamiento y las revisiones en España.

Finalmente hay que tener en cuenta que para favorecer la **continuidad de la atención sanitaria** en España se garantiza que el paciente que reciba asistencia sanitaria en otro Estado miembro se establece que el asegurado en España tiene derecho a (RD 81/2014 art.5):

- a) Disponer de una copia, en el soporte adecuado, de los **informes clínicos**, y de los resultados de pruebas diagnósticas y/o procedimientos terapéuticos, difundiéndose el procedimiento para su acceso. Desde las administraciones públicas se ha de promover el acceso electrónico a la documentación clínica por medio de

los sistemas de información dispuestos a tal efecto por el ordenamiento jurídico.

- b) El **seguimiento sanitario en España** tras recibir la atención sanitaria, de igual forma que si la asistencia recibida en otro Estado miembro se hubiera prestado en España.
- c) El reconocimiento y dispensación de las **recetas expedidas en ese otro Estado miembro** y respondan al modelo comunitario establecido (RD 1718/2010 art.15 bis redacc RD 81/2014; Dir 2012/52/UE y Dir 2011/24/UE).

* **REEMBOLSO** por esta vía el asegurado ha de abonar siempre primero los costes sanitarios y sólo después solicitar el reembolso al servicio de salud competente o, en su caso, al INGESA. De manera que, como se ha criticado, se trata de una vía disponible para personas con ciertos recursos económicos que les permiten afrontar estos pagos iniciales.

El reembolso por esta vía sólo alcanza hasta la cantidad prevista en la tarifa del Servicio de salud autonómico⁹ o estatal establecido en relación a la asistencia sanitaria prestada (siempre con el límite del coste total soportado). Esta tarifa no siempre ha de llegar a cubrir todo el gasto sanitario foráneo. *“En este sentido esta vía de reembolso se podría entender que es económicamente neutra para los sistemas de Seguridad Social que reflejan su coste en los precios que reembolsan. Sin embargo, esta vía sólo es neutra para los pacientes de Estados miembros con tarifas de reembolso elevadas que garanticen el reintegro completo del gasto soportado.”*¹⁰ En todo caso si el gasto sanitario es inferior a tal tarifa, esta puede llegar a cubrir total o parcialmente el copago eventualmente satisfecho.¹¹

9 “Así, por ejemplo, si dispone de una tarjeta sanitaria de la Comunidad de Madrid esta le abonará como máximo el precio los precios establecidos en la Orden 731/2013 de 6 de septiembre (BOCAM 10-9-13), siempre que no supere el precio abonado al hospital público o privado del otro Estado miembro.” Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. “Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la UE. Novedades en el RD 81/2014...” op. cit.

10 Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. “Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la UE. Novedades en el RD 81/2014...” op. cit.

11 Por ejemplo “Si usted va a un ginecólogo privado portugués que le cobra 80 euros por

3.- **Vía de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia** sobre el mercado único y en la mayoría de los casos sobre la libre prestación de servicios sanitarios.¹² A pesar de que el objetivo de la Directiva es recoger toda esta jurisprudencia en una normativa comunitaria ad-hoc y dar seguridad jurídica; hay que tener presente que las sentencias sobre esta materia seguirán teniendo virtualidad cuando la Directiva no cubra determinado supuesto, sea contraria a los Tratados; tanto ella como la norma de implementación nacional.¹³

* REEMBOLSO. El reintegro obtenible por esta vía es idéntico al señalado en el punto anterior.

4.- **Vía Derecho nacional** solamente operativa cuando se acredita que la asistencia sanitaria foránea se prestó en un caso de urgencia vital.

* REEMBOLSO. El reintegro por esta vía es el más tuitivo, pues cubre todo el gasto sanitario (siempre dentro de la cartera de servicios española), incluido el copago. Esta cuarta vía, la más tuitiva cuando conceda cobertura adicional respecto de las vías previas, sería la de aplicación preferente. Así se ha admitido respecto de los propios Reglamentos de coordinación que por su naturaleza netamente tuitiva no pueden hacer al asegurado perder los derechos que le asisten en el marco de la aplicación autónoma de su propio derecho nacional (TJCE 15-6-06, asunto Acereda Herrera C-466/04EDJ 2006/80750 sobre dene-

consulta y el precio establecido en la referida orden por primera consulta es de 130, conseguirá un reintegro completo de la cantidad abonada, esto es, los 80 euros. Si el ginecólogo fuera francés y costara 120 euros más 20 euros de copago, el reembolso no sería completo y el paciente soportaría un coste de 10 euros.” Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. “Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la UE. Novedades en el RD 81/2014...” op. cit.

- 12 TJCE 28-4-98 Decker C-120/95; TJCE 28-4-98 Kohll C-158/96; TJCE 12-7-01 Vanbraekel C-368/98; TJCE 12-7-01 Smits and Peerbooms C-157/99; TJCE 13-5-03 Müller-Fauré and Van Riet C-385/99; TJCE 23-10-03 Inizan C-56/01; TJCE 18-3-04 Leichtle C-8/02; TJCE 16-5-06 Watts C-372/04; TJCE 19-4-07 Stamatelaki C-444/05; TJCE 15-6-10 Comisión contra España C-211/08; TJCE 5-10-10 Comisión contra Francia C-512/08; TJCE 5-10-10 Elchinov C-173/09; TJCE 27-1-11, Comisión contra Luxemburgo C-490/09
- 13 Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. y CARRILLO MÁRQUEZ, D. “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre asistencia sanitaria y libre prestación de servicios. Su recepción en la Directiva 2011/24/UE y el riesgo de una tercera vía.” /en/ VV.AA *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria...* op. cit.

gación de reintegro de ciertos gastos de transporte sanitario; TSJ Cantabria 5-10-06, AS 2620Rec 150/04EDJ 296010).¹⁴

III. Articulación de las vías de reembolso mencionadas

Muy brevemente,¹⁵ hay que señalar que cuando las dos primeras vías mencionadas son aplicables y se superponen el asegurado ha de estar previamente informado por el punto de contacto nacional de los derechos que se derivan de los Reglamentos de coordinación y de aquellos que surgen del RD 81/2014 y, en definitiva, la Directiva que incorpora (RD 81/2014 art. 9). Una vez debidamente informados, sólo se les aplica la vía de la libre prestación de servicios, esto es, la del RD 81/2014, si **manifiestan explícitamente** su opción por la misma, pues a falta de tal decisión expresa se aplican los Reglamentos que se consideran a priori más beneficiosos, pues generan un reembolso completo de gastos sanitarios (no siempre del copago), en muchos casos sin necesidad de adelantar el pago (Dir 2011/24/UE art.5,b) y RD 81/2014 art.1.2º y 5.1). Concretamente se establece que si se solicita autorización vía el RD 81/2014 y **concurren también los requisitos** para autorizar la asistencia a través de los Reglamentos (con expedición del documento portable S2), se aplica la vía de reembolso del Reglamento salvo que el paciente solicite expresamente la aplicación del RD 81/2014. Cuando no sea precisa la autorización en el marco del RD 81/2014 el asegurado español puede elegir también esta vía menos exigente que la de la asistencia programada de acuerdo con los Reglamentos y siempre supeditada a autorización.

14 Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. “Novedades normativas y jurisprudenciales en el reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la UE: entre la coordinación de los sistemas nacionales y la libre prestación de servicios” /en/ VV.AA. (SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C. Dir.) Inmigración mujeres y menores. Laborum. Murcia. 2010.

15 Más ampliamente ver CARRASCOSA BERMEJO, D. “Cross-border healthcare in the EU: Interaction between Directive 2011/24/EU and the Regulations on social..” op. cit.

IV. Buenas prácticas y propuestas de mejora de la normativa aplicable

Partiendo de la realidad expuesta a continuación se exponen algunas propuestas de buenas prácticas y posibles mejoras de la normativa aplicable. Todas ellas se han agrupado en tres bloques en relación a las siguientes materias:

1. Información.
2. Autorización.
3. Reembolso.

Veamos ahora las incluidas en cada uno de ellos.

1. Información

1. El **punto nacional de contacto** y los puntos de información autonómicos deberían informar de todos las vías de reembolso mencionadas, también de la nacional en caso de urgencia vital. Considerando que una vía puede ser más económica para el sistema sanitario involucrado que otra se debe de hacer un esfuerzo de objetividad y proporcionar al paciente una visión completa de sus posibilidades.

2. Es preciso hacer un esfuerzo de **transparencia** y facilitar el acceso de los asegurados a la siguiente información relativa a:

- .- las **carteras de servicios** la nacional y la de cada Servicio autonómico.
- .- las **tarifas** asociadas por los mismos a los diferentes tratamientos.

Ambas cuestiones deberían estar disponibles en la información de la web del punto nacional de contacto y los puntos autonómicos de información. Todas las tarifas españolas no sólo deberían aproximarse en relación a su cuantía (o quizás establecerse unos mínimos). También parece aconsejable que se unifiquen los criterios o procedimientos a considerar para su propia determinación. Las diferencias entre tarifas de diferentes CCAA pueden suponer un agravio comparativo. Piénsese además que un mero cambio de domicilio, de empadronamiento, permitiría el acceso a una determinada cartera de servicios más ampliada o incluso a un reembolso más cuantioso.

3. Los **puntos nacionales de contacto** también han de informar de que existen supuestos en los que es posible obtener el reembolso aunque no haya autorización. En efecto, la autorización no puede considerarse constitutiva del derecho al reembolso. A la luz de la jurisprudencia se puede defender que los siguientes pacientes sin autorización administrativa previa tienen derecho al reembolso:¹⁶

- a) Cuando la autorización se concede a posteriori, en virtud de una revisión administrativa o judicial, que considera infundada su denegación, y la persona afectada ya recibió el tratamiento en otro Estado miembro (Vanbraekel art. 34 y Elchinov 48, 77 y 78), pues no esperó a que fuera concedida, y marchó antes a recibir cobertura sanitaria en otro Estado miembro, considerando que era médicamente inaceptable la espera a la que se le estaba sometiendo, como luego confirmaron los tribunales o la propia administración. No se puede obligar al paciente a esperar al final del pleito o reclamación planteada, esto es, a esperar injustamente, pues se perdería el efecto útil de esta normativa comunitaria.
- b) También podría deducirse de la propia sentencia Elchinov, ya citada, que concurre el derecho al reembolso cuando el paciente no solicita autorización o no espera a su efectiva concesión –aunque cumpla los requisitos- por precisar asistencia urgente hospitalaria o ambulatoria gravosa y especializada que no admite la demora a la que está siendo sometido por el servicio competente. En estos casos la autorización supone una limitación a la libre prestación de servicios que no parece justificada por razones imperiosas de interés general.
- c) Aunque se puede entender implícitamente, en la vía de la Directiva y el RD 81/2014 también cabrá el reembolso cuando se deniegue la autorización -aunque sea de forma fundada (se pueda dar la prestación en tiempo médicamente útil)- en los supuestos en los que la propia exigencia de autorización no es exigible de acuerdo con la jurisprudencia. Por ejemplo ante asistencia sanitaria no ambulatoria sin onerosidad por no concurrir los requisitos.

¹⁶ Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. y CARRILLO MÁRQUEZ, D. “Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre...” op. cit.

4. Parece aconsejable la existencia de un “**punto de contacto comunitario**” aunque sólo fuera accesible vía Internet. Una especie de “trip advisor” de la salud en la UE que aunara toda esta información nacional y que permitiera la comparación de estos parámetros entre los distintos Estados miembros. En este caso topamos con problemas de manejo de enormes cantidades de información sólo disponibles en las distintas lenguas oficiales y que deberían traducirse, al menos, al inglés.

2. Requisitos para el reembolso

2.1. Autorización

1. Para que evitar la litigiosidad innecesaria se debería modificar el RD 81/2014 con el objeto de aclarar el **carácter exhaustivo o no del listado** del Anexo II. También muy posiblemente habría que modificar el propio listado, no sólo para concretarlo, sino también para adecuarlo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que parecía sólo contemplar la exigencia de autorización en el caso de tratamiento ambulatorio cuando este es sumamente especializado y costoso (TJCE 5-10-10 Comisión contra Francia C-512/08). ¿Lo es todo tratamiento que supere los 1.500 €?

2. Es preciso hacer un esfuerzo para **unificar procedimientos** para la concesión de la autorización por las diferentes vías. Aunque la autorización del RD 81/2014 la realice el propio servicio autonómico de salud y el documento S2, vía los Reglamentos, lo conceda el INSS; debe tenerse en cuenta que la Entidad Gestora, sólo lo expide atendiendo al informe preceptivo del servicio autonómico. De manera, que sería lógico que el procedimiento a seguir por el Servicio autonómico fuera exactamente el mismo para valorar la concurrencia de los requisitos necesarios. En este sentido de unificación, aunque en el marco de vía de reembolso prevista en el RD 81/2014 se establece partiéndose de la competencia autonómica en materia sanitaria, que el pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud informará favorablemente la propuesta de criterios comunes para llevar a cabo las autorizaciones previas en el marco de dicha norma (RD 81/2014 art. 15.2). Estos criterios acordados por la Comisión de Prestaciones, Aseguramiento

y Financiación, a aplicar por todas las Comunidades Autónomas, Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y mutualidades de funcionarios, deberían definir un procedimiento a seguir, al menos por todos los servicios de salud, respecto de las autorizaciones vía Directiva y vía Reglamentos.

3. De acuerdo con los requisitos señalados, la autorización sólo debe concederse cuando se cumplan los requisitos que la norma impone: asistencia sanitaria incluida en la cartera de servicios, junto con imposibilidad de prestarla en plazo oportuno. Así, por ejemplo, no procedería si no existe lista de espera o esta fuera médicamente aceptable en el caso concreto. Motivo por el que no se comprende porque hay CCAA que siguen autorizando partos programados en otros Estados miembros cuando realmente no hay lista de espera alguna en relación a esta concreta prestación sanitaria. La concesión voluntaria de estas autorizaciones supone la asunción de un coste económico muy elevado que no tiene justificación cuando se están recortando otros derechos. Por otro lado, considerando lo establecido en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 9-10-14, asunto Petru C-268/13 se podría afirmar que es necesario que las autorizaciones previas a las que se supe- dita el reembolso por ambas vías sólo se concedan cuando se constate que los servicios autonómicos de salud no pueden servir la prestación demandada en tiempo médicamente útil. Esta exigencia puede ser un ahorro para los servicios autonómicos, pues el coste de la cobertura en otra CCAA normalmente será inferior al coste de la asistencia en otro Estado miembro. Partiendo de dicho ahorro, convendría establecer un procedimiento obligatorio, un paso previo a toda autorización de asistencia sanitaria transfronteriza, que controlase la posibilidad de servicio interno y por supuesto obligara luego a los oportunos reembolsos nacionales en plazos razonables que evitaran pronunciamientos insolidarios y coartara la circulación interna de pacientes.¹⁷ Esta exigencia de coordinación, de acuerdo con la mencionada sentencia, pasa por la existencia de un verdadero derecho de los asegurados nacionales a acceder a toda la cobertura en todo el territorio nacional, eliminán-

¹⁷ <http://www.europapress.es/madrid/noticia-comunidad-no-firmara-ningun-acuerdo-atender-pacientes-lm-si-no-pagan-asistencia-recibida-20140910122931.html>

dose las cortapisas actuales establecidas por los distintos servicios a la movilidad de pacientes.

2.2. Otros requisitos

Es preciso aclarar los supuestos en que para obtener el reembolso es preciso visitar antes al médico de cabecera o atención primaria con antelación a recibir el tratamiento. ¿Es también exigible cuando el asegurado ya ha visto al especialista en fechas próximas en España o seguía un tratamiento continuado en otro Estado miembro desde hace tiempo? También es preciso clarificar que es lo que sucede cuando el asegurado ya está en el extranjero, o la asistencia es urgente ¿es preciso acudir en ese Estado miembro a un médico de atención primaria?

2.3. Reembolso

1. Al igual que existe un modelo comunitario de receta (RD 1718/2010 art.15 bis redacc RD 81/2014) debería existir un **modelo comunitario de factura**. Considerando que esta propuesta ya fue realizada sin éxito por las autoridades españolas ante la UE, España debería establecer, al margen de tal coordinación, al menos en español y en inglés un modelo de factura con todos los elementos o campos a cumplimentar por el proveedor foráneo y que garantizasen al asegurado español una recepción satisfactoria del reembolso.

2. Hay que modificar y alinear con la propia LGSS el **plazo máximo de exigencia de reembolso** establecido, en virtud del RD 81/2014, en 3 meses a partir de la fecha de pago de la asistencia recibida en otro Estado miembro. En efecto, este plazo no parece aceptable, pues la asistencia sanitaria como todas las prestaciones de Seguridad Social se sujetan a plazos de prescripción más amplios y la LGSS jerárquicamente primaria sobre estos plazos inferiores.¹⁸

3. Algunas de las **normas de reembolso** contenidas en el **Reglamento de desarrollo** -concretamente las contenidas en el Rgto CE/987/2009

¹⁸ Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. "Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la UE. Novedades en el RD 81/2014..." op. cit.

26.B.6 y 7)- precisan de una Decisión de la Comisión Administrativa que aclare su alcance.¹⁹

V. Conclusiones

Como se ha puesto de manifiesto en este trabajo queda mucho por hacer respecto de la vía de reembolso de la implementación de la Directiva que no es sino, a su vez, una incorporación, -más o menos perfecta, de la creada por el Tribunal de Justicia. Hay muchos aspectos que mejorar, coordinar y clarificar en el marco del reembolso de gastos por asistencia sanitaria recibida en otro Estado miembro. La situación es excesivamente compleja y llena de incertidumbres, lo cual sin duda desincentiva su uso. No obstante, debe tenerse en cuenta que gracias a la Directiva y su implementación (aunque no fuera su objetivo) el conocimiento de los ciudadanos de sus derechos de los ciudadanos de sus derechos a obtener asistencia sanitaria en otro Estado miembro -también por la vía de los Reglamentos- y conseguir un reembolso de lo abonado se está incrementando²⁰.

Para terminar, conviene señalar que la materia estudiada está estrechamente conectada con otra cuestión y que se puede considerar la otra cara de la moneda de esta realidad. En efecto, por un lado, está el reembolso del gasto sanitario en que incurrieron nuestros asegurados que se aborda en este trabajo pero, por otro lado, está la facturación, es decir, el cobro a los otros Estados miembros de lo que nos adeudan por la cobertura de sus asegurados. Sobre esta materia, sólo mencionar aquí que existen problemas endémicos asociados a la deficiente facturación del gasto real sanitario (especialmente el ambulatorio y farmacéutico) por parte de los Servicios autonómicos respecto de la cobertura de dichos asegurados en sus sistemas durante una estancia temporal.²¹ Tampoco

19 Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. "Cross-border healthcare in the EU: Interaction between Directive 2011/24/EU and the Regulations on social." op. cit.

20 Ver CARRASCOSA BERMEJO, D. "Cross-border healthcare in the EU: Interaction between Directive 2011/24/EU" op. cit. p. 359.

21 Ver sobre esta materia el demoledor informe del Tribunal de Cuentas (2012) "Informe de fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social". Aunque seguro que la gestión de este problema ha mejorado, sobre

hay que olvidar los problemas para el cobro de la cuota global exigible por España a otros Estados miembros por la asistencia sanitaria prestada a los miles de pensionistas de otros Estados miembros residentes en nuestro país.²²

La facturación de ambas cuestiones la real y la de cuota global está en manos del INSS que es también el responsable de gestionar el Fondo de Cohesión Sanitaria. Precisamente a través de una reciente modificación del funcionamiento de tal Fondo parece que se está intentando incentivar a las CCAA a mejorar su facturación por coste real. En efecto, se establece que a una CCAA con un saldo neto por gasto real negativo se le compensaran y deducirán tales cantidades de los ingresos por las cuotas globales que se le pudieran adeudar (ver Ley de presupuestos 2014 L 22/2013 disp. Adic. 69^a)²³. Tal vez por esta vía las CCAA comiencen a implementar medidas concretas para incrementar su facturación por asistencia ambulatoria y farmacéutica. En el primer caso se podría premiar directamente a los prestadores más diligentes. En suma, junto a las buenas prácticas ya señaladas respecto del derecho al reembolso de asegurados en España ya señaladas, también resulta importante para los intereses españoles: por un lado, abordar la correcta identificación de los pensionistas de otros Estados miembros residentes en

todo en relación a la asistencia hospitalario, conviene señalar que desde luego queda mucho trabajo por hacer y no se ha subsanado. Como señaló Dña. M^a Teresa López González. Consejera Técnica Área Internacional. Subdirección General de Gestión de prestaciones del INSS. Ministerio de Empleo y Seguridad Social en su brillante ponencia presentada en el Congreso FreSsco sobre “Asistencia sanitaria transfronteriza y reembolso de gastos” celebrado en Madrid, Icade, el 10-10-2014: no parece de recibo que España recibiera –según datos oficiales del Instituto de Turismo de España– durante 2012: 51,2 millones de turistas de otros Estados miembros y facturase por asistencia sanitaria no programada de 141.207.977,79 € y que sólo 4,5 millones de turistas españoles hayan salido como turistas a otros Estados miembros que han facturado por gasto real 53.945.342,98 €.

- 22 Sobre el acceso de los pensionistas de otros Estados miembros a la asistencia sanitaria española ver CARRASCOSA BERMEJO, D. “Case Study 2: Acces by EU pensioners to healthcare in Spain” /in/ VV.AA *A fact finding analysis on the impact on the Member States’ social security systems of the entitlements of non-active intra-EU migrants to special non-contributory cash benefits and healthcare granted on the basis of residence*. <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=10972&langId=en>
- 23 Ver en este sentido CARRASCOSA BERMEJO, D y TRILLO GARCIA, A.R. “Cobertura sanitaria y reembolso en el marco de los Reglamentos de coordinación” /en/ VV.AA *Reembolso de gastos por asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea*. op.cit.

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

España por los que se debería estar ingresando las oportunas cuotas globales. Por otro lado, hay que seguir buscando maneras de mejorar la facturación a otros Estados miembros por la asistencia prestada a sus asegurados. En todo caso, resulta increíble que en esta época de crisis y recortes, en algunos casos, se esté renunciando al cobro de tales cantidades nada despreciables.

El acceso a la salud y la condición de asegurado de los extranjeros en España

M^a FUENCISLA RUBIO VELASCO

I. Introducción. II. La necesidad de la reforma. III. El artículo 43 de la Constitución Española. IV. La condición de asegurado. V. La inscripción en el padrón del municipio. VI. Consecuencias de la reforma. Los recursos de inconstitucionalidad. VII. Conclusiones.

I. Introducción

Del mismo modo que España ha pasado de ser un país de emigración a un país de inmigrantes, hemos comprobado cómo de tener una atención sanitaria universal, como modelo de la misma, se ha pasado a una restricción a la hora de prestar asistencia sanitaria a los extranjeros que se encuentren en situación irregular en nuestro país.

A continuación expondremos sucintamente los cambios introducidos por el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones¹, en relación a este colectivo.

* M^a Fuencisla Rubio Velasco.

Este trabajo se inserta dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

1 BOE de 24 de abril de 2012.

II. La necesidad de la reforma

Tal y como podemos extraer de la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, las modificaciones resultan especialmente necesarias en el contexto de crisis económica en el que nos encontramos para racionalizar el gasto público y posibilitar una mayor eficiencia en la gestión de los servicios de salud de las comunidades autónomas.

En virtud del artículo 86 de la CE², el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas en caso de “extraordinaria y urgente necesidad”. Y, según el TC, el concepto de extraordinaria y urgente necesidad, “no es una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna: es la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes”³.

III. El Artículo 43 de la Constitución Española

El derecho a la protección de la salud viene recogido por nuestra norma suprema como uno de los derechos y deberes fundamentales⁴,

2 Art. 86 CE “1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título Primero, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al derecho electoral general. 2. Los Decretos-Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. 3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de Ley por el procedimiento de urgencia.”

3 Véase F J 6º STC 68/2007, de 28 de marzo. RTC 2007\68.

4 Art. 43 CE. “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.”

de donde se extrae la idea de la universalización de la asistencia sanitaria, pues la CE no vincula este derecho a ninguna condición.

Igualmente, deriva un mandato a los poderes públicos para que instauren un servicio público de asistencia sanitaria que acoja a toda la población sin diferencias o exclusiones.

Instrumenta el derecho a la protección de la salud como un típico derecho de prestación de los que configuran el Estado social, que arrastra una actividad asistencial frente a la enfermedad. Este derecho, al estar incluido entre los principios rectores de la política social y económica, no puede catalogarse como un derecho subjetivo perfecto, pero el precepto constitucional que lo recoge tiene el carácter de norma jurídica y como tal informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, que quedan obligados a realizar las actuaciones precisas para hacerlo efectivo en todos sus contenidos, entre ellos, el de la universalidad de la asistencia sanitaria pública.

Así, fiel a este mandato, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁵, sentó las bases para la universalización de la asistencia sanitaria⁶.

IV. La condición de asegurado

Una de las modificaciones más relevantes que introduce el citado Real Decreto Ley, se refiere al art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud⁷, donde se pasa de la condición de ciudadano a la de asegurado para determinar la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria.

A partir de ahora, tendremos que hablar no de personas o ciudadanos, sino de beneficiarios, correspondiendo, no a las Administraciones

5 BOE de 29 de abril de 1986.

6 Así lo ha venido entendiendo la doctrina científica. Por toda, GARRIDO FALLA, F.; COMENTARIO AL ARTÍCULO 43. En Comentarios a la Constitución, Civitas, Segunda Edición, 1985, p. 789; DE LA QUADRA-SALCEDO, T.; "Igualdad, derechos de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud", en La reforma del Sistema Nacional de Salud, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp. 17 y ss.; y PEMÁN GAVÍN, J.; ASISTENCIA SANITARIA Y SISTEMA NACIONAL DE LA SALUD, Comares, Granada, 2005, pp. 14 y ss.

7 BOE de 29 de mayo de 2003.

sanitarias, sino al Instituto Nacional de la Seguridad Social el reconocimiento de tal condición.

Así, el Real Decreto describe la condición de asegurado⁸, pues como expone en su exposición de motivos, es “imprescindible regular, sin más demora, la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”. Se impone así, “una clarificación armonizada de la condición de asegurado, a efectos de la

-
- 8 Art. 3 RDL 16/2012, de 20 de abril “1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado. 2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:
- a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
 - b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
 - c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
 - d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. 3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente. 4. A los efectos de lo establecido en el presente artículo, tendrán la condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%. 5. Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. 6. Lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo no modifica el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que mantendrán su régimen jurídico específico. A este respecto, las personas encuadradas en dichas mutualidades que hayan optado por recibir asistencia sanitaria a través de las entidades de seguro deberán ser atendidas en los centros sanitarios concertados por estas entidades. En caso de recibir asistencia en centros sanitarios públicos, el gasto correspondiente a la asistencia prestada será reclamado al tercero obligado, de acuerdo con la normativa vigente.”

prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios, de tal forma que ésta quede vinculada de forma efectiva a la financiación por impuestos y al carácter de solidaridad social que el esquema progresivo de los mismos tiene en nuestro país”.

En consecuencia, las personas que no ostenten la condición de asegurado o beneficiario, podrán acceder a la asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial⁹.

En el caso de los españoles, afecta al derecho a la protección de la salud, como asistencia sanitaria universal; a sus derechos fundamentales de igualdad de trato en la Ley, y a la integridad física; pero si atendemos a los inmigrantes irregulares, se produce la exclusión tanto de su derecho a la protección de la salud, como del derecho fundamental a la integridad física¹⁰.

Por tanto, estaríamos ante una excepción a lo que establece la CE, que es la Universalidad del derecho a la protección de la salud, que podría y de hecho es objeto, como tendremos ocasión de ver más adelante, de recursos de inconstitucionalidad.

V. La inscripción en el padrón

Otro de los importantes cambios que introduce el Real Decreto Ley 16/2012, se refiere a la inscripción en el padrón del municipio donde se resida.

Antes de la reforma, la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹¹ establecía que, “Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”¹².

Según este precepto, los extranjeros (sin importar su situación ad-

9 Art. 3.5 RDL 16/2012, de 20 de abril.

10 BELTRÁN AGUIRRE, J. L.; “Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas.” Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2012 (Tribuna). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012. BIB 2012\940. p. 5.

11 BOE de 12 de diciembre de 2009. En adelante LOEx.

12 Art. 12.1 LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

ministrativa) inscritos en el padrón del municipio, podían acceder a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Así, el empadronamiento era el requisito que los extranjeros debían cumplir para quedar equiparados a los nacionales respecto a la asistencia sanitaria, lo que les permitía utilizar las mismas vías de acceso que los españoles, es decir, podían acceder a la asistencia sanitaria en virtud de su inclusión en el Régimen de Seguridad Social, que es el mecanismo utilizado por los trabajadores extranjeros que cuentan con la correspondiente autorización de trabajo o, como consecuencia de la insuficiencia de recursos.

En definitiva, bastaba el simple empadronamiento para posibilitar el disfrute de este derecho por los extranjeros en los mismos términos que un nacional, sin estar condicionada la inscripción, a la tenencia de una autorización administrativa.

La exigencia de la citada inscripción municipal, tenía su fundamento en evitar situaciones fraudulentas por las que, ciudadanos de otros países acudieran o visitaran España, con el único propósito de ser sometidos a un determinado tratamiento que no se dispensa en su país.

Tras el Real Decreto Ley 16/2012, los extranjeros en situación irregular, aunque estén empadronados, no tendrán reconocido el derecho a la asistencia sanitaria al modificar la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud¹³, y añadir un nuevo artículo sobre ello:

“Artículo 3 ter. Asistencia sanitaria en situaciones especiales.

Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades:

a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.

b) De asistencia al embarazo, parto y postparto.

En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.”

Respecto al derecho a la asistencia sanitaria, también modifica el art. 12 de la LOEx (Disposición final tercera), que tendrá la siguiente redacción:

¹³ BOE de 29 de mayo de 2003.

El acceso a la salud y la condición de asegurado de los extranjeros...

“Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria.

Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria.”

Este retroceso plantea problemas, entre otros, los relacionados con la ética médica, que obliga a prestar asistencia a todo el que la necesite.¹⁴

VI. Consecuencias de la reforma. Los recursos de inconstitucionalidad al Real Decreto Legislativo 16/2012

Las consecuencias que han derivado de la reforma llevada a cabo por el controvertido Real Decreto Ley, es la admisión a trámite, por parte del TC, de los recursos de inconstitucionalidad promovidos por la Junta de Andalucía y por el Gobierno del Principado de Asturias.

Según publica el Boletín Oficial del Estado, se admite el recurso del Gobierno andaluz contra los artículos 1.1¹⁵ y 1.2¹⁶; 4.1¹⁷ y 4.4¹⁸, y 10.4¹⁹ y 10.5²⁰; y el asturiano contra el artículo 10.4 del Real Decreto Ley 16/2012.

14 BELTRÁN AGUIRRE, J. L.; “Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas.” Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2012 (Tribuna). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012. BIB 2012\940, p. 5.

15 “Modificación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, queda modificada en los siguientes términos: Uno. Se modifica el artículo 3, que tendrá la siguiente redacción: De la condición de asegurado. 1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado. 2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta. b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social. c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo. d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. 3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente. 4. A los efectos de lo establecido en el presente artículo, tendrán la

condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%. 5. Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. 6. Lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo no modifica el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, la Mutualidad General Judicial y el Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que mantendrán su régimen jurídico específico. A este respecto, las personas encuadradas en dichas mutualidades que hayan optado por recibir asistencia sanitaria a través de las entidades de seguro deberán ser atendidas en los centros sanitarios concertados por estas entidades. En caso de recibir asistencia en centros sanitarios públicos, el gasto correspondiente a la asistencia prestada será reclamado al tercero obligado, de acuerdo con la normativa vigente.”

- 16 “Dos. Se añade un nuevo artículo 3 bis, que tendrá la siguiente redacción: Artículo 3 bis. Reconocimiento y control de la condición de asegurado.1. El reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo corresponderá al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de sus direcciones provinciales, que establecerá los requisitos documentales a presentar en cada caso. 2. Una vez reconocida la condición de asegurado o de beneficiario del mismo, el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes, que facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual. 3. Los órganos competentes en materia de extranjería podrán comunicar al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sin contar con el consentimiento del interesado, los datos que resulten imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos a los que se refiere el apartado 4 del artículo 3 de esta ley. Del mismo modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá tratar los datos obrantes en los ficheros de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o de los órganos de las administraciones públicas competentes que resulten imprescindibles para verificar la concurrencia de la condición de asegurado o beneficiario. La cesión al Instituto Nacional de la Seguridad Social de estos datos no precisará del consentimiento del interesado. El Instituto Nacional de la Seguridad Social tratará la información a la que se refieren los dos párrafos anteriores con la finalidad de comunicar a las administraciones sanitarias competentes los datos necesarios para verificar en cada momento que se mantienen las condiciones y los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, sin precisar para ello del consentimiento del interesado. Cualquier modificación o variación que pueda comunicar el Instituto Nacional de la Seguridad Social deberá surtir los efectos que procedan en la tarjeta sanitaria individual.”
- 17 “Artículo 4. Modificación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. La Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, queda modificada en los siguientes términos: Uno. Se modifica el artículo 85, que tendrá la siguiente redacción: «Artículo 85. Prescripción de medicamentos y productos sanitarios. 1. La prescripción

La Junta de Andalucía esgrime que no garantiza el derecho a la protección de todos, que establece tanto la Carta Magna como el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, pues se pasaría de ser ciudadanos titulares del derecho a la salud a ser asegurados y beneficiarios de un servicio.

Con este decreto el Gobierno central, con motivo de la situación de crisis económica que sufrimos, no garantizaría el derecho a la protección de la salud, a uno de los sectores más desfavorecidos, objeto de este trabajo, como es el colectivo de inmigrantes en situación irregular.

-
- de medicamentos y productos sanitarios en el Sistema Nacional de Salud se efectuará en la forma más apropiada para el beneficio de los pacientes, a la vez que se protege la sostenibilidad del sistema. 2. En el Sistema Nacional de Salud, las prescripciones de medicamentos incluidos en el sistema de precios de referencia o de agrupaciones homogéneas no incluidas en el mismo se efectuarán de acuerdo con el siguiente esquema: a) Para procesos agudos, la prescripción se hará, de forma general, por principio activo. b) Para los procesos crónicos, la primera prescripción, correspondiente a la instauración del primer tratamiento, se hará, de forma general, por principio activo. c) Para los procesos crónicos cuya prescripción se corresponda con la continuidad de tratamiento, podrá realizarse por denominación comercial, siempre y cuando ésta se encuentre incluida en el sistema de precios de referencia o sea la de menor precio dentro de su agrupación homogénea.³ No obstante, la prescripción por denominación comercial de medicamentos será posible siempre y cuando se respete el principio de mayor eficiencia para el sistema y en el caso de los medicamentos considerados como no sustituibles.⁴ Cuando la prescripción se realice por principio activo, el farmacéutico dispensará el medicamento de menor precio de su agrupación homogénea y, en el caso de igualdad, el medicamento genérico o el medicamento biosimilar correspondiente.⁵ En todo caso, la prescripción de un medicamento para su utilización en condiciones diferentes a las establecidas en su ficha técnica deberá ser autorizada previamente por la comisión responsable de los protocolos terapéuticos u órgano colegiado equivalente en cada comunidad autónoma.”
- 18 “Cuatro. Se añade un nuevo apartado 5 al artículo 86, que tendrá la siguiente redacción: 5. Cuando la prescripción se realice por denominación comercial, si el medicamento prescrito tiene un precio superior al del menor precio de su agrupación homogénea el farmacéutico sustituirá el medicamento prescrito por el de menor precio y, en caso de igualdad, dispensará el medicamento genérico o el medicamento biosimilar correspondiente.”
- 19 “Diez. Se modifica el artículo 93, que tendrá la siguiente redacción: Sistema de precios de referencia. 4. Se establecerán los nuevos conjuntos y se revisarán los precios de los conjuntos ya existentes con carácter anual. No obstante, los precios menores de las nuevas agrupaciones homogéneas serán fijados automáticamente en el Nomenclátor que corresponda, y los precios menores de las ya existentes serán revisados con carácter trimestral.
- 20 “Diez. Se modifica el artículo 93, que tendrá la siguiente redacción: Sistema de precios de referencia. 5. El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad establecerá un sistema similar de precios para los productos sanitarios.”

Por su parte, el Gobierno del Principado de Asturias, basa su argumento en la posibilidad de una invasión de competencias que corresponderían a las CCAA.

VII. Conclusiones

Resulta evidente la especial vulnerabilidad que sufre el colectivo de los trabajadores inmigrantes, por su situación, las condiciones de vida, cultura, idioma, etc. Si a ello se le añade su situación irregular, ya sea en nuestro país o en otro cualquiera, el problema se agudiza.

Somos plenamente conscientes de la necesidad de reformas debido a la situación económica en la que nos encontramos, con el objetivo de racionalizar el gasto público y, a la vez, posibilitar una mayor eficiencia en la gestión de los servicios de salud de las comunidades autónomas.

La cuestión controvertida radica en que, el derecho a la protección de la salud viene recogido por la Constitución Española, que establece la idea de la universalidad del sistema de Seguridad Social, además del mandato a los poderes públicos para instaurar un servicio público de asistencia sanitaria que acoja a toda la población, sin diferencias o exclusiones.

En el caso de los inmigrantes irregulares, la reforma por el Real Decreto Ley de 2012, supone una grave restricción de este derecho, al pasar de la condición de ciudadano a la de asegurado y/o beneficiario, con lo cual se estaría vulnerando lo dispuesto por nuestra Carta Magna.

La consecuencia es la interposición de dos recursos de inconstitucionalidad que deberán dilucidar sobre la cuestión, y dar una solución a la situación creada, pues el derecho a la salud, tal y como expone la CE, es un derecho fundamental.

Sólo nos queda esperar la decisión del Tribunal Constitucional sobre los citados recursos.

La crisis de la garantía judicial de los derechos laborales

JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ-BENEYTO ABAD*

1. El intercambio entre trabajo y salario –lo propio de la relación salarial- en el interior del **contrato de trabajo** siempre es paradójica pues se realiza bajo una simultánea situación: **entre la inflación legislativa y la legislación ausente**. Aunque tal paradoja no es inocente, ni casual. Responde a la idea de que los derechos de libertad solo pueden ser comprometidos por el poder público y se obvia que en la sociedad civil se generan formas de dominio.

La inflación legislativa en el mundo del trabajo tiene el mismo efecto que la ausencia de legislación. Se legisla en determinadas materias de manera compulsiva para desregular –el eufemismo de la flexibilidad- y se mantiene el silencio del legislador en otras materias para preservar formulas de regulación privatistas. Y pese a la paradoja, la relación salarial se regula y además con coherencia, con la coherencia que exige el mercado.

2. De esa situación paradójica emerge un poder empresarial libre en la determinación de las condiciones de trabajo. Emerge un poder privado con facultades normativas, y se entroniza **un poder empresarial**

* José Joaquín Pérez-Beneyto Abad, Magistrado Especialista Orden Social. Ponencia presentada en el II Congreso de Buenas Prácticas, los días 21 de noviembre en la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Sevilla y el día 22 en la Universidad Ignacio de Loyola de Córdoba.

exorbitante tanto en sus facultades de seleccionar el tipo contractual, como en el reforzamiento de sus potestades de extinción del contrato, o en las facultades de modificación las condiciones de trabajo, de modo que la norma estatal y la autonomía colectiva no son ya el suelo mínimo normativo. Emerge el nudo poder del empresario.

Se ha sustituido la bilateralidad de una relación de trabajo, mediada por un contrato estatutario, por un esquema de adhesión del trabajador individual a las sucesivas modificaciones del contenido de la prestación laboral, que es como se concreta la voluntad empresarial, desapareciendo toda mediación colectiva de esos poderes. Se niega la contractualidad y se cumple lo que G. Orwell dijo a propósito de la desigualdad: respecto de su subordinado, el empleador es “más” igual.

El trabajo, que se mide tan sólo en términos económicos, se convierte en un espacio habitado por sujetos cada vez menos ciudadanos.

Se concluye en un proceso acentuado de crisis de la garantía judicial de los derechos laborales, fruto tanto en mil reformas sustantivas como procesales que denotan también una crisis en las formas de producción del derecho.

3. La **crisis de la garantía judicial** de los derechos laborales se concreta en las **reformas sustantivas** que se arrastran desde hace años.

La reforma de 1994 ya supuso la ruptura de la constitución del trabajo del Estado Social - abordada en la reforma de 1984 con la masiva introducción de la temporalidad en los contratos- deviniendo la norma laboral en un instrumento del mercado, pasando por la reforma del despido improcedente en el año 2002 –en que se legaliza el fraude de ley, creando un sumidero por el se fueron a la calle mas de millón y medio de trabajadores en menos de un año-, acentuada de forma impenitosa en las reformas del 2010 y del 2012 mediante la descausalización de las decisiones extintivas del empresario y concediendo al empresario la posibilidad de administrar unilateralmente la relación laboral; en suma, se reduce el control judicial a la monetización, a ínfimo coste, de las acciones antijurídicas del empresario. El huracán legislativo no paró ahí, sino que en el 2012 fue a destruir las garantías colectivas en los procesos de modificación y reestructuración empresarial hasta lle-

gar a implantar una negociación colectiva de proximidad e incentivar la iniciativa empresarial para descolgarse del convenio. Y seguimos. Se impuso un modelo que no pone límites al dominio de las razones económicas, decretándose la muerte del contrato que instituye la relación de trabajo. Se impuso el principio de la teoría neoclásica de que toda recuperación económica pasa por un retroceso de la legalidad en los lugares de trabajo.

4. La paradoja, en la que se haya la relación salarial, entre la inflación legislativa y la legislación ausente, produce también una **crisis en las formas de producción del derecho** y así, y en especial desde 1994, se suceden normas, una tras otra, que consideran el espacio de la contratación laboral –el eufemismo de la tan citada flexibilidad- y de la extinción de los contratos, la negociación colectiva y la alteración de las condiciones de trabajo, como materias que requieren cambios consecutivos y permanentes derivados de una permanente situación de urgencia, reclamándose, casi diariamente, medidas perentorias que se traducen en una inflación legislativa.

Lo que se consigue con esta convulsión normativa es generar regímenes jurídicos diferentes, superpuestos unos a otros, impidiendo las garantías jurisdiccionales al diluirse el principio de legalidad y de taxatividad de las normas. El juez laboral empieza a no sujetarse a norma a alguna –la primera fuente del derecho pasa a ser una base de datos-, y derivando en un gran número de ocasiones –en los cada vez más numerosos casos en los que se invoca una lesión de un derecho fundamental, como último asidero del trabajador ante la nula protección de la norma ordinaria- a un modelo principalista de la ponderación; en fin, convirtiendo su poder en discrecional. Esta convulsión normativa hace las delicias de los tertulianos de las patronales pues se les pone en bandeja la propia independencia del juez por su falta de sujeción a la ley y por la discrecionalidad, impropia de la jurisdicción. Los grandes bufetes no paran de clamar por cláusulas compromisorias para que los conflictos laborales se sometan a arbitrajes, y gran número de jueces se arriman a ellos al socaire de pregonar las virtudes del arbitraje o de la mediación.

La paradoja en la que se sitúa la relación salarial, entre la inflación legislativa y la legislación ausente, denota también una **crisis en la fundamentación democrática y constitucional de la regulación del trabajo**, pues este modelo de norma laboral no solo propaga un desequilibrio radical entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo, de manera que el contenido laboral de este último queda anulado, sino que las mil reformas del mercado de trabajo han eliminado el principio de igualdad sustancial en la relación de empresarios y trabajadores.

La paulatina pérdida de la capacidad de interlocución de los sujetos colectivos, hasta llegar a negárseles la capacidad de ser parte en un proceso de negociación política o de concertación, es una mera deriva de lo que ya se viene realizando con ese doble proceso inflacionario y de silencio normativo. Desaparecidos los sujetos colectivos de la relación salarial, desaparece el D^o. del Trabajo.

5. Como muestra de **las reformas procesales que agravan la crisis de la garantía jurisdiccional** de los derechos laborales, en pleno estallido de la Gran Crisis se aborda una reforma de la legislación procesal laboral, que bajo los eufemismos de siempre de la eficiencia, mejorar las garantías, etc... lo que realmente se hace es **separar juicio y proceso** –precedido por una reforma de la oficina judicial en el año 2009- y este se le entrega al secretario judicial como si el juicio fuera un objetivo externo al proceso, olvidando que el proceso no es otra cosa que juicio y formación del juicio –la jurisdicción es un poder cognoscitivo-. Un proceso sin juicio es una contradicción en los términos y además acentúa el poder de la jurisdicción en detrimento del saber, deslegitimándola.

La consecuencia ha sido la casi desaparición del poder de control de los jueces laborales sobre el válido ejercicio del poder privado empresarial, por una mala gestión del proceso laboral, que de ser bastante eficaz, rápido y garantista, ha pasado a ser lento, torpe, plagado de mil trámites, limitándose el juez en un gran número de casos a conformar un título que solo otorga unos derechos mínimos económicos garantizados por el Estado. Si se le suma el alud de causas que se ha precipitado sobre los juzgados sociales como consecuencia de la Gran Crisis, la situación deviene dantesca: miles de procedimientos atascados, esperando años

para realizar el juicio, y gestionados burocráticamente por unos secretarios cuya principal encomienda es el número estadístico. La garantía de tutela judicial se ha convertido en una quimera.

6. **Las cifras se comentan solas:** De un total de 3.894 órganos judiciales –desde las Salas de los TSJ hasta los juzgados- 1.695 superan el 150% de su carga ordinaria de trabajo, es decir un 43,53%. De esos números, 295 son Juzgados de lo Social (con ejecuciones) de los que 184 superan el 150% de su carga ordinaria de trabajo y 46 son Juzgados de lo Social (sin ejecuciones) de los que 45 superan el 150% de su carga ordinaria de trabajo. De una duración media de los procesos en los Juzgados de lo Social en el año 2006 de 5,3 meses se ha pasado a más de 18 meses.

Las precedentes cifras, en lo que se refiere a la jurisdicción social, traen causa tanto en las reformas laborales últimas –RDL 10/2010, Ley 35/2010, Ley 27/2011, Ley 28/2001, RDL 10/2011, RDL 14/2011, RDL 3/2012 etc- como de la andadura de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –Ley 36/2011 de 10 de octubre-, publicada en plena Gran Crisis.

7. El como se ha llegado a la situación límite, que denotan esas cifras, se explica por las sucesivas reformas que al socaire de la recuperación económica alteraron los instrumentos reguladores de la relación salarial.

La supresión del “despido exprés” ex art. 56.2 ET, que operó como el gran instrumento regulador de la flexibilidad externa de las empresas durante 10 años, y la sustitución por otro más barato en términos de coste para las empresas como es el despido objetivo por causa económica, productiva u organizativa supuso un incremento exponencial de casos para la jurisdicción. Si le sumamos la supresión de los salarios de trámite y la reducción de las cuantías de las indemnizaciones, que hace a la conciliación intraprocesal carente de sentido, la consecuencia es un incremento del número de causas que finalizan con sentencia, puesto que la expectativa de una sentencia adversa ya no es tan gravosa como antes.

La privatización, o bilateralidad extrema, de la relación contractual y la desaparición de su carácter tradicional estatutario, con la exacerba-

ción de los poderes empresariales, deja a la **acción judicial como “ultima ratio” para gran parte de los trabajadores.**

Al convertirse la acción judicial como “ultima ratio”, unido a la **desaparición del contrato de trabajo como contrato estatutario**, se acuden a derechos fundamentales inespecíficos como modo de defensa; al igual que como reacción a ese escenario post-Reformas, se plantean cada vez más supuestos de nulidad, fraudes de ley, extensiones de responsabilidad a través de las figuras de los grupos de empresas, sucesión, cesión ilegal, buscando la responsabilidad solidaria como mayor seguridad para el cobro del crédito salarial frente a las mil formas que adopta la empresa, justo para ahorrar costes. Todo ello implica tanto una dificultad probatoria, de difícil gestión procesal, como una dificultad resolutive. La duración de los juicios y la dificultad de las sentencias se incrementan.

Pero también la reforma procesal que supuso la LRJS, en lo referente a la regulación de la tramitación previa al juicio, lo ha hecho de modo tan farragoso que si además le añadimos la bicefalia reinante en la instancia, la situación deviene caótica: desde el sistema de requerimientos ex art. 81 LRJS para subsanar la demanda con una práctica procesal extremadamente burocrática –la estadística es la meta de tales requerimientos-, incremento exponencial de las suspensiones, una manifiesta disminución del número de juicios señalados, pasando por el nuevo régimen de acumulaciones de acciones o de causas, siguiendo por el incremento de las solicitudes de cada vez más diligencias preparatorias de prueba, o de prueba anticipada, junto a la oposición a las mismas, etc... y, todo esto junto a la mayor complejidad del proceso, el bajo nivel de la defensa profesional de las partes, constituyen una suma de déficits que complican notablemente la función jurisdiccional tanto en la gestión previa del juicio, el juicio mismo y su resultado, la elaboración de la sentencia. El **principio de accionabilidad** de los derechos laborales palidece ante ese panorama.

8. La radical modificación del marco de relacionales laborales –mas los cambios productivos, de ciclo económico, incluso de paradigma social con la muerte de todo referente colectivo- conlleva esencialmente la aparición de un **poder empresarial exorbitante** en detrimento de los

derechos de los trabajadores que solos, ante ese poder privado, ven en la acción judicial su única defensa.

Tal poder privado exorbitante **cuestiona el papel de la jurisdicción social** impugnando el **principio de jurisdiccionalidad**.

Ese poder privado si ya rechaza la expansión de las garantías primarias, derogando toda norma que le limite, mas impugna todo espacio de las garantías secundarias o jurisdiccionales.

La lectura de la llamada prensa salmón es una buena muestra de esta impugnación diaria. Se rechaza la correlación entre estado de derecho y jurisdicción, pues si el estado de derecho supone la sujeción del poder al derecho, expandiendo espacios para el desarrollo del sistema de límites y vínculos legales a todo poder, en el fondo ese poder privado está impugnando a ambos. No es casual la fascinación occidental por la economía China y su modo de gobierno.

Esta situación obliga a un replanteamiento del papel de los jueces de lo social, en su función de garantía del estatus de ciudadanía del trabajador subordinado, no solo en la vertiente de reinterpretación o cuestionamiento de los cambios normativos que sobrepasen los límites constitucionales, comunitarios o internacionales¹ -la legalidad supraestatal supraordenada a la legalidad nacional-, ni en la de creador de nuevos criterios jurisprudenciales que respondan al marco actual normativo, sino en su papel de garante de derechos fundamentales, que nunca hay que olvidar son derechos que virtualmente están contra las mayorías requiriendo ese papel al juez social de ejercicio de su **función de garantía secundaria** contra las contingentes mayorías políticas.

También, y en relación con esa legalidad supranacional, el juez social debe colmar las lagunas de garantías secundarias, máxime cuando el ordenamiento internacional carece casi por completo de instituciones de garantía secundaria de los derechos sociales.

En fin, el juez social como institución tercera encargada de la resolución de conflictos y de la satisfacción de demandas de justicia y derechos debe **cubrir el vacío que en ese orden deja las instituciones políticas de gobierno**. Ante la debilidad de las respuestas políticas y

¹ Cfr. Cristina Sánchez-Rodas Navarro ; La Residencia en España desde el Prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Aranzadi. Pamplona. 2014 ; pp.203-213.

su sometimiento a los dictados del mercado –poderes económicos y financieros-, la jurisdicción social es un espacio elegido por los trabajadores subordinados para hacer oír su voz, para hacer valer sus derechos de ciudadanía. La jurisdicción se ha convertido en un lugar privilegiado de reconocimiento de los derechos de la persona frente a las ineficiencias, lagunas o desidias en las respuestas políticas.

No es casual que ante esta expansión del papel de la jurisdicción en los estados constitucionales en los treinta gloriosos, por la vía de los hechos –infradotación material y humana, deslegitimación diaria en los medios, invasión de los aparatos partidarios de las cúpulas jurisdiccionales y de su órgano de garantía de independencia etc...- la hayan llevado a ser una bella promesa. En esas se debate la jurisdicción y la social en especial.

9. Propuestas.

La jurisdicción social, como **poder de censura que interviene en los espacios ilegítimos de un poder privado, precisa de diversas condiciones:**

- a) Una concepción y práctica **garantista** de la jurisdicción: el juez independiente debe someterse a límites y vínculos rigurosos, condiciones de su legitimidad.
- b) Una **reserva de estatuto**: se precisa refundar la legalidad laboral y oponer freno a la inflación legislativa, que perjudica tanto la efectividad del derecho como su papel garantista.
- c) Una **deontología judicial**: prudencia de juicio, humildad cognoscitiva, respeto a las partes, rechazo de todo protagonismo y activismo judicial, son reglas morales del juez que es consciente de la naturaleza probabilista de la verdad obtenida en el juicio.
- d) Extensión y realidad del **principio de accionabilidad**: para que exista una jurisdicción social es condición necesaria que exista la posibilidad de activarla. Los derechos laborales lesionados deben poder accionarse en juicio. Toda violación jurídica que sufra el trabajador subordinado precisa la garantía secundaria de la intervención de un juez. Tal garantía es ineficaz cuando el juez social no es accesible a los trabajadores cuyos derechos han sido lesionados.

Hoy tal garantía lleva camino de desaparecer. La dilación de los procesos hace ilusoria la garantía secundaria de la intervención de un juez. Dilación por sobrecarga de trabajo y por déficits procesales; a estos dedicamos lo que sigue con la conciencia de ser minúsculas medidas que en algo incrementaríamos la garantía secundaria de los derechos laborales cuando el problema radica en la propia garantía primaria de tales derechos que está dejando de existir.

10. Algunas **pequeñas medidas**, que a corto plazo, podrían mejorar la garantía jurisdiccional de los derechos laborales:

a) **Limitar la carga de trabajo** en la instancia: que se repartan un limitado número de asuntos al mes. La calidad no es una opción en la jurisdicción, lo es todo.

Limitación en el reparto de asuntos haciendo uso del art. 167 LOPJ cuando dispone que “las normas de reparto se aprobarán por las Salas de Gobierno del TSJ a propuesta de la junta de jueces del respectivo orden jurisdiccional”. Y la propuesta debería ser que, a instancias de las juntas de jueces, se repartiera exclusivamente la carga de trabajo que se valorara como razonable.

b) **Derogar el Capítulo I, del Título V, de la LRJS atinente a la conciliación y mediación previa.**

Carece de sentido el modelo de **conciliación administrativa previa**, en el que no existe mediación de ningún tipo y las reuniones entre las partes son meramente formales, a los únicos efectos de firmar el acta de no avenencia (salvo que previamente hayan llegado a un acuerdo). Desde el RD-L 5/1979 los servicios de conciliación y mediación son hasta la actualidad unos organismos que sirven para dar formato de título al acuerdo conciliatorio de las partes cuando éstas por sí mismas lo han alcanzado.

Del mismo modo carece de sentido la conciliación ante el secretario judicial pues amen de haberse convertido en un trámite burocrático más, duplicado, no deja ser un acto reglado y como tal carente de flexibilidad.

c) **Acentuar la conciliación judicial** con aportación y exhibición de medios de prueba al modo del proceso civil ordinario norteamericano.

La conciliación judicial es intraprocesal, como parte del juicio y del proceso, que por definición son inescindibles, de modo que no se entiende las críticas a esta conciliación sustentadas en los argumentos de que se vería el juez contaminado por las informaciones que en ese acto se obtuvieran, cuando estas se obtienen en el interior del proceso mismo.

Juicio y proceso no pueden separarse puesto que el proceso no es otra cosa que juicio y formación del juicio –la jurisdicción es un poder cognoscitivo-. Un proceso sin juicio es una contradicción en los términos.

Así, por ejemplo, las advertencias de las consecuencias legales de lo que allí se va a realizar –el juicio, que ya se está realizando–salvo que se caiga por el juez en la imprudencia de adelantar el fallo como algo ineludible, entra en los límites fijado a ese acto por el TEDH en la Application núm. 14063/1988 en el caso Søren Erik Jensen against Denmark, donde la Resolución de inadmisibilidad de la Comisión de 7-1-1991 razonaba, tras advertir de la necesidad de agotar los remedios internos –como la recusación– que “La Comisión recuerda que la sesión preliminar del Tribunal... pretendió obtener la máxima claridad sobre las posiciones de las partes e identificar las circunstancias de hecho y legales del caso, en atención a lo cual... no existe vulneración del art. 6.1 del Convenio si un Juez advierte a los litigantes del posible resultado de un caso. No hay indicios de que el Juez se excediera de sus competencias por ejemplo ejerciendo una presión indebida sobre el demandante. Por lo tanto ninguna cuestión se suscita sobre la imparcialidad por el hecho de que el mismo Juez seguidamente participara en el examen del caso”.

- d) **Limitar las modalidades procesales a dos** y eliminar las múltiples modalidades existentes.

Uno para litigios complejos para reclamaciones de cantidad superiores a 3.000€, despidos, extinciones y resoluciones de contratos, las iniciadas de oficio por la autoridad laboral o la inspección de trabajo, los conflictos colectivos, la impugnación de convenios, la impugnación de estatutos sindicales o su modificación, tutela de

derechos fundamentales. Como subespecialidad de este nuevo procedimiento “ordinario” se configuraría un procedimiento revisor de todo tipo de actos administrativos atribuidos a esta jurisdicción social.

Todo otro litigio en el que, por las partes o la materia, se ventilaran controversias distintas de las que deben enjuiciarse por el procedimiento verbal.

Las diferencias entre ambos vendría dado por el **tipo de sentencia** que se dictase, pudiendo incluso en la segunda modalidad introducirse modelos tipos, de escueta motivación, como en las revisiones de grado en la prestaciones de incapacidad permanente, etc...

El procedimiento monitorio debe abandonar toda referencia a las reglas del proceso ordinario debiendo la LRJS contener una regulación autosuficiente y así debe estar precedido de una demanda, con menos requisitos que los del art. 8o LRJS, mejor regulación de la tramitación escrita, entre ellas los motivos de oposición del deudor. En último extremo configurarlo como una fase previa al proceso declarativo posterior, y para ello debe ser un proceso jurisdiccional, ante el juez.

- e) Modificar el régimen de **las acumulaciones** reformando, simplificando la regulación de las secciones 1ª y 2ª del Cap. I del Tit III de la LRJS.

Incentivar y exigir procesalmente la acumulación de procesos y acciones, sustrayéndolas del principio dispositivo, de modo que su admisibilidad ni descansa en la discrecionalidad del juez ni en la voluntad de las partes.

Así, por ejemplo, en caso de acumulación de procesos, si derivan de la misma causa de pedir, deberán ser acumulados al juzgado que primero conoció de ellos aun cuando sean distintos los demandantes.

La justificación a todo ello se encuentra en dos razones: garantizar la seguridad jurídica y economizar al máximo los recursos en la administración de justicia.

f) Modificación del art. 81 LRJS para que sea el juez quien realice la **admisión de la demanda**, y no el secretario judicial.

La razón primera de esta modificación es de orden constitucional: no puede pender el principio de accionabilidad de quien no es juez.

La segunda razón es de orden práctico: el juez, con los requerimientos acota el objeto procesal, conoce a fondo el asunto, mejora su gestión del juicio, incrementa los señalamientos, disminuyen las suspensiones. En fin, una vuelta a lo que funcionaba y se abandonó por un acuerdo de fin de huelga con los secretarios.

g) Una mejor regulación del art. 85.1 LRJS de modo que se convierta en **una real vista preliminar** o “audiencia de saneamiento procesal” **concentrada** de modo que se obvian las tentaciones de dobles y triples compareencias que se están realizando para sanar lo que por vía de con el primitivo art. 81 LPL se realizaba.

Eludir toda posibilidad de introducir una contestación escrita a la demanda pues ello supondría desconocer que el pleito laboral, es un pleito domestico, no acaece entre partes desconocidas que tienen un encuentro fortuito en sus vidas, sino entre quienes están conviviendo a lo largo de la duración del contrato de tracto sucesivo.

h) Necesidad de un **acta sucinta** en el acto del juicio oral. Los actos jurídicos precisan de constancia escrita. La sola grabación como modo de documentación incrementa la indefensión.

i) Mejor regulación de **la sentencia** que la contenida en el art. 97 LRJS de modo que se diferencia entre las dictadas en el procedimiento ordinario, de la dictada en el otro procedimiento –en el sistema dual de procedimientos-, de la dictada resolviendo el recurso de suplicación o casación.

Es esencial en ambos tipos de sentencias insistir en la motivación fáctica por el juez de instancia –recordando que es de instancia única- tanto identificando los elementos de prueba empleados para su obtención, tras reseñar los hechos controvertidos, enumerando qué medios de prueba de los practicados en juicio le han conducido a cada uno de ellos, expresando los razonamientos in-

ferenciales como deductivos que le conducen a fijar el relato histórico. Es el único modo de plasmar la esencia de la jurisdicción que es esencialmente una actividad cognoscitiva.

La motivación jurídica es obvio que habría que diferenciar entre ambos tipos de sentencias, pero ambas no se pueden construir a partir de los retales del corta y pega de los tratamientos de textos y las bases de datos, pues eso nada tiene que ver con una actividad jurisdiccional y sí con una más próxima a la actividad del Cadí. La paradoja es que a mayor extensión de las sentencias va disminuyendo la motivación, por lo general.

- j) **Objetivación en el art. 97.3 LRJS de determinadas conductas como constitutivas de temeridad o mala fe** (cosa juzgada material en sentido negativo no positivo...).
- k) **Modificación del art. 234 LRJS sobre acumulación de recursos en la Sala.** Introducir una mejor regulación de las normas de reparto entre secciones y ponentes, de modo que o por vía de acumulación de recursos o por vía de reparto a la misma sección o/y ponente, todos los asuntos de igual o similar objeto sean resueltos de modo igual, evitando las contradicciones. El reparto debe hacerse por Magistrados, además de utilizar los mil sistemas que las TIC facilitan para lograr tal fin.
- l) **Preservar el actual sistema de recursos**, sustentado en una instancia única y un recurso extraordinario, al que se le debe, y puede extraer, el máximo de rendimiento con la regulación actual. Sería un contrasentido que cuando la práctica civil del recurso de apelación tiende a aproximarse a la de un recurso extraordinario, en la jurisdicción social se pretenda ir al modelo que se abandona.
- m) **La ejecución debe mantener su impulso de oficio**, apartándose del modelo de ejecución de la LEC.
Dictada resolución judicial susceptible de ser ejecutada, el juez pierde su posición neutral –en relación al principio dispositivo-. Desde ese momento debe conseguir que la sentencia se cumpla –art. 117.3 CE- poniendo en marcha todos los mecanismos constrictivos necesarios para que el ejecutado cumpla o incluso con el embargo de sus bienes y derechos.

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

En esta fase el impulso del proceso debe asumirse de oficio por el juzgado sin esperar a la iniciativa del ejecutante, lo que no significa que, por aplicación del principio dispositivo, el ejecutante pueda desistir en todo momento de la ejecución por él iniciada, pero si la mantiene, cuenta con el impulso de oficio del órgano judicial en todas las fases de proceso de ejecución sin que sea preciso, como sigue ocurriendo en la jurisdicción civil, que cada paso que se camina en la ejecutoria sea a instancia del ejecutante. Es cierto que por su propio interés, la ejecutoria será mas certera y veloz cuanto más datos precisos sobre bienes se aporten.

El papel del **secretario judicial** en esta fase de ejecución cobra especial relevancia dada la literalidad del art. 117.3 CE de modo que el juez hace ejecutar lo juzgado con el despacho de ejecución, pero tal actividad la deriva para que se haga por otros.

No existe, por tanto, ninguna duda de que la actividad judicial en la ejecución debe constreñirse a: Ordenar que una resolución judicial se ejecute; resolver, a través del recurso que proceda en su caso, las controversias que en dicha ejecución se originen cuando determinados derechos procesales de las partes y otros intervinientes se puedan ver conculcados por las decisiones del secretario judicial.

La tramitación de esta fase del proceso debe ser asumida por el secretario judicial que deberá adoptar de oficio todas las actuaciones, diligencias y resoluciones precisas para alcanzar el fin propuesto que es el cumplimiento real de la sentencia.

Es como tienen sentido los servicios comunes de ejecución y la elaboración de protocolos para la tramitación de las ejecutorias, con controles internos adecuados.

El ejercicio acumulado de acciones en el proceso laboral. Una apuesta por la economía procesal

ANA MARÍA CHOCRÓN GIRÁLDEZ*

I. Regulación legal. II. Modalidades de acumulación de acciones. III. Reglas específicas de acumulación en materias concretas. IV. Tiempo de la acumulación. V. Prohibiciones expresas de acumulación y sus excepciones. VI. Consecuencias de una acumulación indebida. VII. Efectos. El principio de economía procesal. Tratamiento procesal unitario y decisión por una sola sentencia VIII. Bibliografía.

Es de sobra conocido que la reforma del proceso laboral acometida por la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) presenta como uno de sus ejes prioritarios la implantación de medidas para la modernización y la agilización de la tramitación procesal. Entre dichas medidas se encuentran las normas reguladoras de la acumulación de acciones, una institución procesal ligada inveteradamente a la economía procesal dado que trata de aprovechar un mismo procedimiento para tramitar más de una acción o pretensión. Sin embargo, no cabe desconocer que en no pocas ocasiones la acumulación de acciones da lugar a un

* Ana María Chocrón Giráldez. Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla.

Este trabajo se inserta dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

litigio de difícil gestión en la práctica con el riesgo más que considerable de invertir la finalidad que se pretende alcanzar.

I. Regulación legal

La actual regulación legal de la acumulación de acciones en el proceso laboral viene a completar la iniciada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, cuyo fin primordial consistió en determinar la distribución de competencias entre el Tribunal y el Secretario Judicial. No obstante, incluyó también otros objetivos complementarios tales como la promoción de prácticas procesales destinadas a reducir las actuaciones judiciales. Entre esas prácticas ocupa un lugar destacado el fenómeno procesal de la acumulación, es decir, la pluralidad de objetos procesales que se tramitan en un único procedimiento y son resueltos en una única sentencia.

En realidad la LJS se refiere a cuatro tipos de acumulaciones: de acciones, de procesos, de recursos y de ejecuciones. Centrando nuestra atención en la acumulación de acciones, son los artículos 25, 26 y 27 de la LJS los que contienen las reglas que la disciplinan, a los que hay que unir unas disposiciones comunes a la acumulación de acciones y procesos previstas en los artículos 34 y 35 de la LJS.

II. Modalidades de acumulación de acciones

La acumulación de acciones puede ser objetiva, cuando la pluralidad de objetos procesales se establece entre las mismas partes (demandante/demandado), y también puede ser subjetiva, cuando junto a la pluralidad de objetos, concurren en el mismo procedimiento más de un actor, más de un demandado o ambas cosas a la vez. Sin embargo, debe recordarse que, en rigor, la acumulación será siempre objetiva por cuanto no cabe prescindir de la reunión de varios objetos procesales como característica que define a la acumulación¹. La LJS contempla ambas

¹ Así, GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1998; MONTERO AROCA, *La acumulación en el proceso laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 31.

modalidades siguiendo el mismo criterio de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). No obstante, la norma procesal laboral marca algunas diferencias.

a) La acumulación objetiva de acciones se produce cuando, según el artículo 25. 1 de la LJS, el actor acumula en su demanda “cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos, siempre que todas ellas puedan tramitarse ante el mismo Juzgado o Tribunal”. Por tanto, se ha optado por mantener el mismo criterio flexible que comúnmente se desprende de la admisibilidad de la demanda en nuestro sistema procesal, derivado de la interdicción de requisitos formales que dificulten o imposibiliten el acceso a la jurisdicción y que, en consecuencia, contraríen el derecho a la tutela judicial efectiva.

Con todo, la acumulación objetiva está sujeta a unas mínimas exigencias legales: 1) no puede tratarse de uno de los casos expresamente excluidos en la Ley y 2) el Tribunal llamado a conocer de las acciones acumuladas debe tener jurisdicción y competencia para conocer de ellas separadamente².

En definitiva, como dijera Chiovenda “el sólo hecho de que varias acciones medien entre las mismas personas basta para justificar su unión en un juicio” a lo que añadía que “esta unión per se no agrava las condiciones del demandado”³.

b) La acumulación subjetiva de acciones prevista en el artículo 25.3 de la LJS, supone que “podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno o varios actores tengan contra uno o varios demandados, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir”, entendiéndose “que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”.

Fue la Ley 13/2009, de 3 de noviembre antes citada, la que introdujo en la regulación del proceso laboral la acumulación subjetiva de accio-

2 A tenor de lo previsto en el artículo 5 de la LJS la competencia del órgano jurisdiccional se refiere a la competencia objetiva, funcional y territorial para las que está previsto un control de oficio. Por el contrario, el proceso civil se limita a la competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía (art. 73.1.1º LEC).

3 CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo II, Madrid, 2000, p. 702.

nes pues su redacción originaria, no contenía referencia alguna en esta materia. Esta circunstancia fue la que obligó a acudir a las previsiones normativas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil dado su carácter supletorio (art. 4 en relación con el art. 72 LEC 1/2000). Con ello quedaba establecido un criterio general que posibilitaba la acumulación subjetiva de acciones siempre que entre las mismas exista una misma o conexas causas de pedir. Este criterio se mantiene en la actual LJS, sin embargo, el legislador ha omitido el inciso del artículo 25.1 “siempre que todas ellas puedan tramitarse ante el mismo Juzgado o Tribunal” que, a nuestro entender, resulta igualmente aplicable a la acumulación subjetiva, no sólo porque no se diga lo contrario sino también porque se desprende del artículo 73.1.1º de la supletoria LEC.

Tampoco se contiene en la LJS referencia a la denominada acumulación eventual prevista en el artículo 71.4 de la LEC y que supone acumular acciones entre sí incompatibles siempre que se haga “con expresión de la acción principal y de aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada”. Hubiera sido deseable que el legislador introdujese alguna mención sobre esta posibilidad ya que, en la práctica, se comprueba la pertinencia de una acumulación articulada de forma subsidiaria. Veamos un ejemplo. La STSJ del País Vasco de 11 de diciembre de 2001, analiza un supuesto en el que la demanda acumula las acciones por despido y por extinción de la relación laboral al amparo de los apartados a) y c) del artículo 50.1 del ET además de la acción de reconocimiento de relación laboral con la empresa y la de resolución contractual fundada en el artículo 41.3 del ET. Razona el tribunal que cabe integrar en un solo proceso acciones por despido y extinción del contrato conforme artículo 50 del ET pero no otras distintas. Por consiguiente, de lo pedido en la demanda, resultaría que no son acumulables la acción de reconocimiento de relación laboral con la empresa ni tampoco la de resolución contractual ex artículo 41.3 del ET. Sin embargo, basando su decisión en el derecho a la tutela judicial que obliga a elegir una interpretación de la Ley que sea conforme con el principio “pro actione”, siempre que el interesado actúe con diligencia y que no se lesionen bienes o derechos constitucionales, no se grave injustificadamente la posición de la parte contraria,

ni se dañe la integridad objetiva del procedimiento (SSTC 29/1985 y 216/1989), concluye:

- El reconocimiento de la relación laboral que solicita el trabajador respecto a la empresa “no supone el ejercicio de una acción autónoma, sino una petición instrumental cuyo verdadero alcance es determinar a quién debe imputarse la responsabilidad por extinción de la relación laboral de aquel trabajador que se cuestiona en el proceso. Y desde esta perspectiva sí sería posible el enjuiciamiento de las pretensiones que formula el recurrente sin incurrir por ello en una indebida acumulación de acciones, toda vez que no cabría hablar de peticiones independientes entre sí, sino de peticiones necesariamente conectadas”

- La acción de resolución contractual que plantea el trabajador “ex” artículo 41.3 del ET “se ha formulado con carácter subsidiario a la de extinción por la vía del artículo 50 del ET, lo que revela inequívocamente que su ejercicio sólo se desea por el actor en defecto de esta última”.

En ese orden, no debe confundir el ejercicio acumulado de acciones -articulado de manera subsidiaria o eventual-, con la cuestión previa o prejudicial sobre la que es necesario decidir o partir para la resolución de la pretensión principal. La STS de 8 de julio de 2003 ofrece algunos ejemplos sobre este extremo:

- La determinación de la existencia de una posible cesión ilegal en los procesos de despido adquiere el carácter de una cuestión previa o “prejudicial interna” sobre la que es necesario decidir para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los artículos 43 y 56 del Estatuto de los Trabajadores.

- Otro tanto ocurre cuando en el proceso de despido se discute sobre cuestiones conexas determinantes del contenido del fallo, como pueden ser el importe del salario, la antigüedad real, el carácter temporal o indefinido del vínculo, la existencia de una previa sucesión encubierta de empresas, o de un grupo laboral de empresas que deben resolverse necesariamente en dicho proceso sin que ello suponga el ejercicio de otras acciones distintas a la del despido, ni su acumulación indebida a ésta.

III. Reglas específicas de acumulación en materias concretas

La reforma del proceso laboral acometida por la actual LJS ha supuesto la inclusión de nuevos supuestos de acumulación de acciones que no se contemplaban en el texto anterior. Estos nuevos supuestos se encuentran referidos a las reclamaciones en materia de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las pretensiones en materia de impugnación de actos administrativos (art. 25.4 y 6). La introducción de estas nuevas reglas sobre acumulación se ha justificado sobre la base de la ampliación de competencias del orden jurisdiccional social⁴, aunque no hay que olvidar tampoco la declaración de intenciones de la Exposición de Motivos de la Ley: favorecer la economía procesal, la homogeneidad y la rapidez en la respuesta judicial.

De esta forma, en casos de accidente de trabajo y enfermedad profesional se podrán acumular todas las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios derivadas de un mismo hecho, incluso sobre mejoras voluntarias, que el trabajador perjudicado o sus causahabientes dirijan contra el empresario u otros terceros que deban responder a resultas del hecho causante, incluidas las entidades aseguradoras, salvo que hayan debido tramitarse mediante procedimiento administrativo separado.

La concreción de la redacción anterior contrasta con lo incierto del apartado siguiente en materia de impugnación de actos administrativos en el que se contempla que el actor pueda acumular en su demanda las pretensiones que se deduzcan en relación con un mismo acto o resolución administrativa, así como las que se refieran a varios actos o resoluciones administrativas cuando exista entre ellos conexión directa.

La nueva modalidad procesal del artículo 151 de la LJS para el enjuiciamiento de la impugnación de actos administrativos de índole laboral, tampoco contiene elementos que clarifiquen una eventual acumulación de acciones, lo que hace aventurar una ardua y compleja tramitación de aquellos actos o resoluciones administrativas entre los que exista una conexión directa. Si ello ralentiza el ritmo de las actuaciones

4 VIROLÉS PIÑOL, *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, AAVV, Lex Nova, 2012, p. 239.

se conseguirá justo lo contrario que se preconiza desde el principio de celeridad laboral del procedimiento laboral (art. 74), y que no deja de ser consecuente con los intereses que se ventilan en esta jurisdicción.

IV. Tiempo de la acumulación

La acumulación puede realizarse a instancias del actor en la propia demanda (acumulación inicial de acciones), o mediante una ampliación de la misma (acumulación sobrevenida). También el demandado puede acumular a través de la reconvencción (acumulación reconvenccional).

Todas estas posibilidades se hallan reflejadas en la LJS. Así el artículo 34.1 establece el tiempo hábil de la acumulación de acciones que “deberá formularse y acordarse antes de la celebración de los actos de conciliación, en su caso, y de juicio, salvo que se proponga por vía de reconvencción”.

Por otra parte, la LEC exige para admitir la reconvencción que exista conexión entre las pretensiones de ésta y las que sean objeto de la demanda principal (art. 406.1), luego se está exigiendo una relación entre el objeto de la reconvencción y el objeto de la demanda, una conexión objetiva en definitiva, y no la simple conexión subjetiva de las partes intervinientes. También la LJS sujeta a ciertas exigencias la admisión de la reconvencción y consecuentemente la acumulación por vía de la reconvencción (art. 85.3)

- Se exige anticipar su anuncio en la conciliación previa o en la contestación a la reclamación previa a fin de evitar la indefensión que se depararía al demandante que tuviera que contestar a la reconvencción careciendo de preparación al respecto.
- El órgano judicial debe resultar competente para conocer de la acción acumulada
- La acción que se ejercita no puede resultar incompatible con la que sea objeto de la demanda principal
- Conexión entre las pretensiones de la reconvencción y las que sean objeto de la demanda principal.

V. Prohibiciones expresas de acumulación y sus excepciones

A pesar de lo dicho, la acumulación se excluye en determinados supuestos. Concretamente, no podrán acumularse entre sí ni a otras distintas en un mismo juicio, ni siquiera por vía de reconvencción (art. 26.1):

- Las acciones de despido y demás causas de extinción del contrato de trabajo
- Las de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo
- Las de disfrute de vacaciones
- Las de materia electoral
- Las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación
- Las de movilidad geográfica
- Las de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a las que se refiere el artículo 139,
- Las de impugnación de convenios colectivos
- Las de impugnación de sanciones impuestas por los empresarios a los trabajadores y
- Las de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

La LJS no hace sino mantener lo que la redacción anterior de la ley procesal laboral ya tenía en consideración. En consecuencia, le son aplicables las mismas razones o argumentos que anteriormente se sostenían desde la jurisprudencia a la hora de explicar los supuestos que quedan excluidos de la acumulación.

Así, se señala que determinadas acciones no pueden acumularse a otras por la importancia cualitativa de las acciones, la incompatibilidad de su contenido con las otras, o por la especificidad de la tramitación de las modalidades procesales que les son propias “circunstancias que no hacen conveniente que su enjuiciamiento se mezcle con el de otras pretensiones, predominando en este caso el interés sobre la atención exclusiva que merece el objeto del proceso sobre el principio de economía procesal” (STSJ Andalucía/Málaga de 27 de septiembre de 2002).

Es decir, partiendo de un principio general de admisibilidad de acu-

mulación, la Ley procede a establecer primero unas exigencias legales -que ya hemos examinado en párrafos anteriores-, y después unas prohibiciones de acumulación que siguen la línea del artículo 73.1 de la LEC al decir éste que la acumulación de acciones será posible salvo que por ley se prohíba en razón de su materia o por razón del tipo de juicio que se haya de seguir.

En todo caso, este planteamiento se atempera o modula en los siguientes apartados de la misma norma que contienen lo que ha venido a denominarse “excepciones parciales de las excepciones”, en razón de buscar una interpretación expansiva no restrictiva de la acumulación⁵.

Así las cosas, se reintegra el principio general de admisibilidad de la acumulación en los siguientes supuestos:

1º Las acciones incluidas dentro de la prohibición de acumulación -ex apartado primero del artículo 26-, se entienden sin perjuicio de poder reclamar la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas (art.183), siempre que deban seguirse dichas modalidades procesales por imperativo de lo dispuesto en el artículo 184.

En realidad este tipo de acumulación ya se contemplaba antes de la entrada en vigor de la LJS. No obstante, la nueva redacción del artículo 26.2 introduce una modificación de alcance en estos supuestos de acumulación ya que permite reclamar no sólo la indemnización por vulneración de derecho fundamental, sino también extenderse a otros pronunciamientos propios de la modalidad de tutela contenidos en el artículo 182 de la LJS, esto es, nulidad radical de la conducta, cese inmediato de la actuación vulneradora y restablecer la integridad del derecho.

2º Acumulación de las acciones de despido y extinción del contrato siempre que la acción de despido acumulada se ejercite dentro del plazo establecido para la modalidad procesal de despido. Cuando para la acción de extinción del contrato de trabajo se invoque la falta de pago del salario pactado del artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores,

5 MOLINA NAVARRETE, *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social*, La Ley, Madrid, 2012, p. 169.

la reclamación salarial podrá acumularse a la acción solicitando la extinción indemnizada del vínculo, pudiendo, en su caso, ampliarse la demanda para incluir las cantidades posteriormente adeudadas⁶.

El trabajador podrá acumular a la acción de despido la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta esa fecha conforme al apartado 2 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, si por la especial complejidad de los conceptos reclamados se pudiesen derivar demoras excesivas al proceso por despido, el juzgado podrá disponer, acto seguido de la celebración del juicio, que se tramiten en procesos separados las pretensiones de despido y cantidad, para lo que dispondrá la deducción de testimonio o copia de las actuaciones y elementos de prueba que estime necesarios a fin de poder dictar sentencia sobre las pretensiones de cantidad en el nuevo proceso resultante.

3º Podrá acumularse a la reclamación de clasificación profesional por realización de trabajos de categoría o grupo profesional superior la reclamación de las diferencias retributivas derivadas. Al tratarse de una modalidad procesal (art. 137) no incluida en el catálogo de prohibiciones de acumulación, se ha entendido que nos hallamos ante un supuesto especial de acumulación al que se le ha querido dar un tratamiento diferenciado⁷. En todo caso, el propio artículo 137.3 de la LJS dispone que a la acción de reclamación de la categoría o grupo profesional será acumulable la reclamación de las diferencias salariales correspondientes.

Una comparativa siquiera somera de las dos normas en juego -el artículo 26.4 y el artículo 137.3 LJS-, permite observar las diferencias en cuanto a la pretensión acumulable. No obstante, se afirma que la falta de coordinación entre dichos preceptos debe salvarse atendiendo a la redacción más extensiva del artículo 26.4 por cuanto se trata de un supuesto cubierto por la regla general de admisibilidad de acumulación⁸.

6 Véase STC 63/1999, de 4 de abril que analiza la relevancia constitucional de la inadmisión de una demanda por despido en relación con defectos en materia de acumulación a la que la actual norma trata de hacerle frente.

7 FITA ORTEGA, *El proceso laboral*, tomo I, AAVV, dir. Blasco Pellicer, Valencia, 2013, p. 319.

8 GARCÍA RUBIO, *La reforma del proceso laboral*, AAVV, dir. Blasco Pellicer y Goerlich Peset, Valencia 2012, p. 140.

Finalmente, debe añadirse que esta materia tiene también su proyección en materia de recursos por cuanto, aunque la sentencia que recaiga en el proceso de clasificación profesional será irrecurrible, tienen acceso al recurso las sentencias en las que las diferencias salariales reclamadas alcancen la cuantía requerida para el recurso de suplicación (art. 191.2 g)⁹.

4º Cuando se trata de trabajadores autónomos económicamente dependientes, el carácter tuitivo de la jurisdicción social cobra particular relevancia al disponer el apartado 5 del artículo 26 que “si se accionara por despido alegando la existencia de relación laboral, podrán acumular en una misma demanda a la acción principal de despido y, dentro del mismo plazo de caducidad que ésta, la que puedan formular contra la decisión del cliente de extinguir la relación, con carácter eventual y para el caso de desestimación de la primera. Análoga regla de acumulabilidad se seguirá cuando se alegue como principal la relación de autónomo dependiente y como subsidiaria la relación laboral, así como en el ejercicio de otro tipo de acciones cuando se cuestione la naturaleza laboral o autónoma económicamente dependiente de la relación”. Se trata, como pone de manifiesto la doctrina laboralista, de la superposición de dos posibles relaciones de orden materialmente distinto, como son la mercantil/civil y la laboral¹⁰.

5º Las acciones de Seguridad Social no serán acumulables entre sí salvo cuando tengan la misma causa de pedir y salvo la posibilidad de alegar la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el apartado 1 del artículo 140.

El precepto mantiene la ambigua redacción de textos anteriores de la LJS, esto es, deja sin resolver qué pasa con la acumulación de acciones de Seguridad Social con otras que no sean de esa materia, dado que la norma alude a la no acumulación “entre sí”. Con todo, se apunta en la práctica la solución de entender que las pretensiones en materia de Seguridad Social no son acumulables a otras de distinta naturaleza y sólo serán acumulables entre sí cuando tengan la misma causa de pedir¹¹,

9 Sobre la posibilidad del recurso en los procesos sobre clasificación profesional véase la STS de 14 de febrero de 2001 para apreciar el cambio de línea jurisprudencial.

10 FITA ORTEGA, op. cit., p. 320; VIROLÉS PIÑOL, op. cit., 242.

11 MONTERO AROCA, op. cit., p. 79.

o en otras palabras, cuando haya conexión entre ellas. Fuera de estos casos rige la mencionada prohibición. Y prohibición expresa se da también en los casos de impugnación de altas médicas del artículo 140.3 d) de la LJS conforme al cual “no podrán acumularse otras acciones, ni siquiera la reclamación de diferencias de prestación económica por incapacidad temporal, si bien la sentencia que estime indebida el alta dispondrá la reposición del beneficiario en la prestación que hubiera venido percibiendo, en tanto no concurra causa de extinción de la misma, por el transcurso del tiempo por el que hubiere sido reconocida o por otra causa legal de extinción”.

VI. Consecuencias de una acumulación indebida

El incumplimiento de las previsiones legales expuestas acarrea una acumulación indebida de acciones que el artículo 27.1 de la LJS resuelve formulando una regla general: si a través de la acumulación se ejercitara una acción no acumulable o incompatible, de oficio no se admitirá.

En efecto, en concordancia con lo dispuesto para la admisión de la demanda (art. 81 LJS) dice el artículo 27.1 que “si se ejercitaran acciones indebidamente acumuladas, el secretario judicial requerirá al demandante para que en el plazo de cuatro días subsane el defecto, eligiendo la acción que pretende mantener. En caso de que no lo hiciera, o si se mantuviera la circunstancia de no acumulabilidad entre las acciones, dará cuenta al tribunal para que éste, en su caso, acuerde el archivo de la demanda”. Por consiguiente, la acumulación indebida es apreciable de oficio dado el carácter de orden público de las normas procesales, pero no conlleva sin más la desestimación de la demanda, sino el análisis de la pretensión que se ejercita como principal.

Esta regla general viene a su vez jalonada de dos previsiones específicas: 1) cuando se trate de una demanda sometida a plazo de caducidad, a la que se hubiera acumulado otra acción, fuera de los supuestos previstos en esta Ley, aunque el actor no opte, se seguirá la tramitación del juicio por aquélla, y el juez o tribunal tendrá por no formulada la otra acción acumulada, advirtiéndose al demandante de su derecho a ejercitarla por separado. 2) Si se hubiera acumulado indebidamente

una acción sujeta a plazo de caducidad y otra u otras acciones sometidas igualmente a dicho plazo de caducidad, aunque el actor no opte, se seguirá la tramitación del juicio por la primera de las pretensiones ejercitada en el suplico de la demanda, y en todo caso por la de despido si se hubiese hecho uso de ella, y el juez o tribunal tendrá por no formuladas las demás acciones acumuladas, advirtiéndose al demandante de su derecho a ejercitarlas por separado.

VII. Efectos. El principio de economía procesal. Tratamiento procesal unitario y decisión por una sola sentencia

De conformidad con lo expuesto hasta ahora, la acumulación de acciones supone una ampliación del objeto del proceso en la medida en que a través de esta figura se insertan pretensiones que tienen fundamento fáctico y jurídico diferenciado. Así las cosas, el artículo 35 de la LJS señala que “la acumulación de acciones (y procesos) cuando proceda, producirá el efecto de discutirse y resolverse conjuntamente todas las cuestiones planteadas”. Se trata, pues, de que con una única actividad procedimental se debatan y resuelvan varias pretensiones. Eso explica que el fundamento de esta figura haya que buscarlo en la economía procesal definida -acertadamente a nuestro entender-, como la “razón o ciencia que procura ahorrar el mayor esfuerzo o gasto posible en la actuación procesal para conseguir el fin propio del proceso”¹². Pero la acumulación puede responder también al fin de evitar sentencias contradictorias, bien en lo que se refiere al pronunciamiento mismo, bien respecto a los hechos que se consideren probados (STSJ de Extremadura de 5 de marzo de 2004). En definitiva, se intenta acortar los procesos y evitar resoluciones contradictorias a través de facilitar la acumulación de acciones, lo que a su vez conecta con el principio de celeridad previsto expresamente en el artículo 74 de la LJS.

Ahora bien, so pretexto de propiciar la economía procesal y la celeridad no procede prescindir o limitar las garantías procesales de las partes, ni desechar principios del proceso de observancia ineludible como

12 VALLE MUÑOZ, *La acumulación de acciones en el proceso laboral*, Aranzadi, 1998, p.

los de igualdad, audiencia y contradicción. Por esa razón, los efectos de la acumulación enunciados en el citado artículo 35 deben ser matizados.

En ese orden es tradicional afirmar que “cada una de las demandas acumuladas queda autónoma, los presupuestos procesales y condiciones de la acción se determinan en relación con cada una de ellas”¹³; es decir, las acciones acumuladas no pierden individualidad sino que asistimos a una utilización de los trámites con doble sentido¹⁴: por ejemplo, a la hora de contestar a la demanda el demandado deberá tener en cuenta que en este trámite debe responder a todas las pretensiones acumuladas, pudiendo allanarse respecto de alguna de ellas.

Consecuentemente pese a que la acumulación efectuada de acuerdo con los preceptos procesales que se han ido citando a lo largo de estas líneas implica la sustanciación conjunta de las pretensiones acumuladas, respecto de todas las acciones se realizarán las correspondientes alegaciones, proposición y práctica de prueba y conclusiones¹⁵. Además, una vez abierto el proceso laboral que tenga por objeto acciones acumuladas no podrá abrirse otro con el mismo objeto -litispendencia-, e igualmente una vez dictada sentencia no podrá abrirse otro proceso nuevo que tenga por objeto algunas de las acciones acumuladas -cosa juzgada-.

De otra parte, la acumulación se subordina a la voluntad del actor, como lo prueban las expresiones legales el “actor podrá acumular” y “podrá el demandado reconvenir”, siquiera tal posibilidad se subordine a determinados requisitos y se excluya en determinados supuestos (STSJ Cantabria 2 de mayo de 2013). Otra cosa será la precisión del procedimiento que van a seguir las acciones acumuladas dado el silencio que la LJS observa en este punto. La LEC, sin embargo, sí contiene alguna previsión en este sentido en el artículo 73.1 que difícilmente es extrapolable al proceso laboral. La existencia de un proceso ordinario y una pluralidad de modalidades procesales exige que sea el demandante quien, en su demanda, determine el procedimiento adecuado a la pretensión ejercitada. Por esa razón, el artículo 102.2 de la LJS dispone que “se dará al procedimiento

13 CHIOVENDA, op. cit., p. 705.

14 MONTERO AROCA, op. cit., p. 35.

15 VALLE MUÑOZ, op. cit., p. 235.

la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda”. No obstante, de acuerdo con la doctrina constitucional, el artículo 24 de la Constitución “no incluye un derecho fundamental a procesos determinados, sino que son los Tribunales ordinarios quienes, aplicando las normas competenciales y de otra índole, han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, sea éste o no el elegido por la parte actora” (STC 2/1986, de 13 de enero).

Resulta así que la inadecuación de la modalidad procesal no provocará ni el sobreseimiento del proceso ni la absolución en la instancia, de suerte que “se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes” (art. 102.2 LRJS).

La segunda matización en el tema de los efectos de la acumulación procede de la resolución conjunta de todas las cuestiones planteadas, como reza el artículo 35. Quiere decirse entonces que la pluralidad de objetos procesales se resuelve en una única sentencia que contendrá tantos pronunciamientos como pretensiones se hayan ejercido pero al mismo tiempo, la estimación de una no lleva necesariamente a la estimación de otras.

VIII. Bibliografía

- CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo II, Madrid, 2000
- FITA ORTEGA, *El proceso laboral*, tomo I, AAVV, dir. Blasco Pellicer, Valencia, 2013
- GARCÍA RUBIO, *La reforma del proceso laboral*, AAVV, dir. Blasco Pellicer y Goerlich Peset, Valencia 2012.
- GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1998
- MOLINA NAVARRETE, *Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social*, La Ley, Madrid, 2012
- MONTERO AROCA, *La acumulación en el proceso laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999
- VALLE MUÑOZ, *La acumulación de acciones en el proceso laboral*, Aranzadi, 1998.
- VIROLÉS PIÑOL, *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, AAVV, Lex Nova, 2012

Reflexionando sobre la regulación de la readmisión en los casos de despido

SALVADOR NAVARRO AMARO*

A lo largo de mis más de veinticinco años de experiencia profesional como abogado he intervenido en numerosos procesos individuales de despido tanto por parte de empresas como por parte de trabajadores. En ocasiones por causa disciplinaria en otras por causa objetiva o por terminaciones de contratos no aceptadas por el trabajador e impugnadas en consecuencia como despido. En cualquiera de esas modalidades encontré un denominador común: en un abrumador porcentaje mayoritario ni la empresa ni el trabajador tenían el más mínimo interés en restablecer la relación contractual mediante la reincorporación. Bien es cierto que en gran número de ellos se trataba de litigios en el ámbito generalmente de pequeñas y medianas empresas, donde el elemento de relación personal empleador/trabajador está más acentuado, y cuando esa relación se ha roto de forma insatisfactoria para alguna de las partes es difícil recomponerla. Sin embargo mi percepción no difiere esencialmente cuando se ha tratado de despidos en empresas de mayor tamaño. De manera que el trabajador lo que pretende principalmente

* Salvador Navarro Amaro. Abogado. Profesor Asociado de la Universidad de Sevilla. Dpto Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Este trabajo se inserta dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

cuando reacciona frente a un despido no es realmente que lo readmitan, sino el percibir una indemnización, o que la cuantía de esta sea mayor, como compensación a lo que considera una decisión injusta o sin motivo por parte del empresario. De igual forma, las empresas por lo general prefieren incurrir en ese mayor coste antes que intentar reconducir una relación ya enviada. Quizá la única excepción a esta tendencia general podamos encontrarla en los casos de despidos de trabajadores con un fuerte compromiso sindical, o en los despidos colectivos, sobre todo si se trata de grandes corporaciones, y más si pertenecen al sector público, donde no existe el elemento de agravio personal y los trabajadores piensan que hay más margen de maniobra para al menos reducir el alcance de la medida extintiva de sus relaciones con la empresa. Lamentablemente no existen estadísticas fiables que puedan corroborar o desmentir esto que mi experiencia personal constata sin ningún género de dudas. Las del Ministerio de Empleo y Seguridad Social ofrecen información sobre:

1. Los procesos de mediación, arbitraje y conciliación en materia de despidos celebrados con o sin avenencia, pero el sentido de esa avenencia (si readmisoria o indemnizatoria) si bien es indicativo que la única información adicional es relativa al importe global de las indemnizaciones acordadas. Otras estadísticas versan sobre sexo, edad, antigüedad de los trabajadores o tamaño de las empresas, pero ninguna sobre el aspecto que nos ocupa.¹
2. Las estadísticas sobre conciliaciones, mediaciones y arbitrajes terminados ante los órganos autonómicos de resolución extrajudicial de conflictos ni siquiera distinguen entre las diversas materias objeto de controversia.²
3. Los asuntos judiciales resueltos ofrecen información sobre el número de asuntos resueltos en este ámbito en materia de despido según lo sea por conciliación o por sentencia, y dentro de estos últimos según esta sea favorable en todo o en parte al trabajador o desfavorable al mismo³.

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

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

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

En cuanto a las estadísticas del Consejo General del Poder Judicial, mucho más globales en cuanto a materias, tampoco nos ofrecen información al respecto. Pero estoy seguro que si se hiciese una encuesta sobre su preferencia entre trabajadores y empresarios en situación de conflicto por despido arrojaría un resultado mayoritario en favor de la indemnización.

Sin embargo, como es sabido nuestro legislador se inclina preferentemente por la restauración del vínculo contractual mediante la readmisión, imponiéndola en los casos de nulidad del despido (art 55.6 ET o 113 LJS) o presumiéndola en los casos de improcedencia cuando no se ejerce opción expresa (56.3 ET), aunque en estos casos ofrece también la posibilidad de indemnización alternativa (art. 56.1 ET). Seguramente se trata de una expresión del principio de estabilidad en el empleo, apoyado constitucionalmente incluso en el reconocimiento del derecho al trabajo en el artículo 35 de nuestra norma fundamental.

Como ya he dicho anteriormente, creo que es un hecho constatable que esta solución no siempre satisface al trabajador. Muchos de los que he asesorado, a la hora de plantear una posible nulidad de despido, me han mostrado sus recelos ante la idea de la obligatoria readmisión. El problema se acentúa desde el punto y hora en que como regla general –salvo en caso de tratarse de representantes legales o sindicales de los trabajadores, según disponen los artículos 56.4 ET y 110.2 LJS- se establece que la opción entre readmitir o indemnizar en casos de declaración de improcedencia corresponde al empresario. Sólo se prevé, aparte de la excepción ya dicha, que pueda optar por la indemnización el demandante cuando constare –se entiende que a la fecha de juicio, pues se trata de que esta petición tenga acogida en la sentencia- no ser realizable la readmisión (art. 110.1.b) LJS).

Esta solución de la atribución de la opción, cuando procede, al empresario es coherente con la preferencia por la continuidad de la relación laboral (estabilidad en el empleo) en el sentido de que siendo esta la prioridad, se reconoce no obstante que es el empresario quien está en condiciones de valorar si la relación puede realmente continuar (en las mismas condiciones que las que se daban con anterioridad al despido) y quizá no tenga sentido imponer una readmisión cuando aquéllas condiciones no pueden mantenerse, de manera que cuando esto ocurre queda la alternativa de la indem-

nización. De hecho la fórmula ritual de formalización cuando se ejerce esta alternativa incluye habitualmente la expresión de que a la empresa no le es posible readmitir -nunca se dice que no le convenga o no le interese-, de ahí que opte por indemnizar al trabajador afectado.

En mi experiencia, la readmisión siempre ha planteado problemas. En pocas ocasiones, de entre las escasas que he conocido, he visto que se haga de buena fe por parte del empresario. Las más de las veces fueron más bien actos de retorsión que llevaron a posteriores incidentes de readmisión irregular, a situaciones de acoso, a sospechosas decisiones modificativas posteriores o incluso a segundos despidos y vuelta a empezar, siempre en perjuicio del trabajador.

Esta situación incluso se ha agravado en los últimos tiempos en que los procesos por despido baten todos los récords conocidos en cuanto a demora en su resolución. Hay que tener en cuenta que la solución diseñada por el legislador está pensada para su inserción en un proceso, el de despido, que inspirado en los principios de preferencia, celeridad, oralidad y concentración, está previsto para su resolución en breves plazos. Lo habitual antes de desatarse la crisis económica en que aún nos hallamos inmersos, que ha hecho elevarse espectacularmente el número de despidos⁴, especialmente los fundamentados en causas objetivas, era que pudiera obtenerse una sentencia en la instancia en un plazo máximo de cuatro o cinco meses desde la decisión extintiva empresarial. No es posible establecer, conforme a las previsiones de la ley procesal, un plazo máximo dentro del cual debería estar dictada la sentencia resolutoria de un despido, pero valga la referencia de que el artículo 57 ET preveía entonces que los salarios de tramitación, entonces

4 Según el CGPJ la evolución del número de demandas por despido desde 2007 a 2013 ha sido la siguiente

Total 2007 66.249

Total 2008 102.925

Total 2009 135.379

Total 2010 111.942

Total 2011 117.613

Total 2012 147.404

Total 2013 146.796

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Informes-estadisticos/Informes-periodicos/ci.Datos-sobre-el-efecto-de-la-crisis-en-los-organos-judiciales---Datos-desde-2007-hasta-segundo-trimestre-de-2014.formato3>

generalizados, corrieran a cargo del Estado si la sentencia se demoraba más de sesenta días hábiles desde la presentación de la demanda. Este plazo ya había sido primero ampliado indirectamente por efecto de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial llevada cabo por la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, que introdujo el carácter inhábil de los sábados, y luego directamente por la del propio artículo 57 ET, producida por la disp. final 14.1 de Real Decreto-ley núm. 20/2012, de 13 de julio, que amplió el plazo anterior de sesenta días hábiles al de noventa. En cualquier caso estos plazos ampliados fueron rebasados con creces en la realidad. Hoy día, en la ciudad de Sevilla, que es donde fundamentalmente ejerzo, no hay pleito de despido que pueda obtener sentencia en la instancia en menos de ocho meses -los menos- o un año -lo más habitual- llegando incluso a señalamientos de juicio a quince meses vista en algunos Juzgados. Si nos vamos al recurso de suplicación, pueden transcurrir otros quince meses desde que entra el recurso en la Sala hasta que se dicta sentencia, sin contar con el tiempo que se haya consumido en la tramitación del recurso ante el juzgado, más compleja desde la entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Además, la eliminación de los salarios de tramitación a partir de la modificación operada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero supone la de un elemento de presión para la empresa que incentivase la solución anticipada del conflicto.

Todo esto nos lleva a que si hasta hace unos años era razonable esperar que cuando llegase el momento inaplazable del ejercicio de la opción -normalmente tras una sentencia de declaración de improcedencia- el trabajador, por el relativamente corto lapso de tiempo transcurrido, aún no tuviera otra alternativa laboral, y por tanto la readmisión, aunque no fuese deseada, venía a cubrir esta necesidad de empleo (otra cosa es que pudiera tener fines torticeros por parte de la empresa, como ya se ha apuntado antes), y el trabajador incluso podía permitirse esperar hasta saber el desenlace definitivo de su proceso para buscar o no otras salidas (de ahí el sentido de los salarios de trámite), en el momento actual ni desde una perspectiva legal (compromiso de actividad desde el primer momento para la búsqueda de empleo como requisito de la prestación por desempleo, según lo dispuesto en los artículos 207 c) y 231 LGSS) ni vital

puede un trabajador estar esperando a ver qué pasa con su despido, a ver si al final el empresario vuelve o no a readmitirlo. El trabajador tiene que pensar, desde que es despedido, en buscar un nuevo empleo. Tiene, eventualmente, que formarse, reciclarse. Tiene incluso que plantearse alternativas de movilidad geográfica, estudiar posibilidades de autoempleo y emprendimiento. ...Y todo esto mientras mantiene una acción por despido -que considera injustificado, y por la que por tanto si es así debería en todo caso ser resarcido- cuyo resultado en caso de éxito deja en último extremo en manos del empresario que todo eso no sirva de nada, incluso si hubiese dado sus frutos, si aquél decide su readmisión.

No estoy hablando de supuestos de laboratorio. Estoy hablando de casos de clientes con nombres y apellidos que han sido despedidos, que han accionado contra esos despidos, que han tenido la fortuna de encontrar nuevo empleo a los cinco o seis meses, que han pasado página de su relación laboral anterior, y que cuando les ha llegado la hora de juicio, nueve, diez meses o un año después, se han visto en la tesitura de tener o que renunciar a la acción o que aceptar una indemnización muy a la baja ofrecida por la empresa, conocedora de la situación, bajo la amenaza -unas veces velada, otras explícita- de readmisión en caso de declaración de improcedencia.

Creo pues que es hora de replantearse este tema, y hacerlo de manera urgente, de quién tiene la opción de decidir si tras un despido ilegal debe restablecerse el vínculo laboral o abonarse una indemnización por parte del empresario. Existen razones estructurales y coyunturales para ello. Personalmente siempre me pareció un tanto paternalista que la ley (en caso de nulidad) o el empresario (en caso de improcedencia) decidieran cómo se resarce una actuación ilegal de este último, como si el trabajador no pudiera dilucidar por sí mismo qué es lo que más le conviene en cada caso. Pero aún más en las circunstancias actuales, que no sabemos por cuánto tiempo se van a prolongar, se me antoja una regulación claramente perjudicial para los derechos del trabajador, que son los que supuesta y paradójicamente se trataría de defender. Consiguientemente abogaría por una regulación en que la regla general fuera la inversa a la actual, pasando a ser la indemnizatoria la solución preferente, y dando en todo caso mayor capacidad decisoria al trabajador sobre sus propios intereses.

Malas praxis en materia de suspensión de la ejecución de la pena

TERESA MEANA CUBERO*

El reconocimiento íntegro del derecho a la tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales firmes se ejecuten en sus propios términos (art. 18.2 LOPJ), por lo que el Ministerio Fiscal, siguiendo la Instrucción 1/2010 de 29 de Julio sobre funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales, de acuerdo con las funciones asignadas al mismo en el artículo 124 de la Constitución Española, especialmente en lo que se refiere a “*promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos...*”, “debe contribuir a garantizar un nivel de eficacia y coordinación en esta fase procesal que erradique definitivamente los incidentes que se originan en la ejecución de las sentencias condenatorias, generadores de una indeseable sensación de impunidad en los condenados y de desprotección en las víctimas. Determinadas incidencias que se suscitan con ocasión de la ejecución de una sentencia son ya previsibles durante las distintas fases del proceso penal, especialmente en la fase del juicio oral, donde es frecuente que el Fiscal que intervino en dicho acto advierta un especial nivel de peligrosidad o cualquier otra circunstancia relevante en el acusado que aconseje el cumplimiento inmediato de la pena que eventualmente pueda imponerse o, en su caso, la necesidad de agilizar la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del

* Teresa Meana Cubero, Doctora en Derecho, Abogado-Fiscal Sustituta.

delito por la situación precaria en la que pueden encontrarse los perjudicados del mismo”.

Este especial interés en la protección de las víctimas se plasma en la Instrucción 8/2005 de la Fiscalía General del Estado, de 26 de julio de 2005, *sobre el deber de información en la tutela y protección de las víctimas en el proceso penal*, ya que “en los procesos en los que se ha constatado la existencia de perjudicados por la comisión del hecho ilícito, el Ministerio Fiscal debe cuidar de que los mismos sean informados sobre su intervención en el proceso penal, así como sobre las posibilidades que ostentan para obtener la reparación del daño sufrido. Por ello habrá de vigilar que en la ejecución de las sentencias se dé cumplimiento a los pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil derivada del delito. La obligación del Ministerio Fiscal de ejercitar la acción civil prevista en los artículos 108 y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alcanza tanto a formular las pretensiones que correspondan a favor de los perjudicados en el escrito de calificación provisional y en el acto del juicio oral como a velar por el cumplimiento de las decisiones judiciales en relación con estos extremos en la fase de ejecución de sentencia, hasta lograr el efectivo resarcimiento de los perjuicios derivados del delito”.

“Por tanto, los Sres. /Sras. Fiscales deberán velar por la satisfacción completa de la responsabilidad civil en los términos dispuestos en el fallo de la sentencia, y cuidarán de que el importe de la misma sea entregado a las personas que tengan reconocida la condición de perjudicados en la sentencia ... A tal fin se vigilarán especialmente estos extremos con carácter previo a informar el archivo provisional o definitivo de la ejecutoria” (Instrucción 1/2010, citada *ut supra*). A este respecto conviene hacer mención al artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual prevé medios suficientes para garantizar la ejecución de la responsabilidad civil por remisión a las normas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece respecto de la ejecución provisional, atribuyendo igualmente a los Secretarios Judiciales la facultad de encomendar “... a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo

el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia...”

Sentado lo anterior y sin ánimo alguno de “enmendar la plana” a los distintos operadores jurídicos de la Jurisdicción penal, he tenido ocasión de advertir en mi práctica ante los Juzgados de lo Penal alguna que otra corruptela referida a la suspensión de la ejecución de las penas impuestas y que afecta de modo directo a la responsabilidad civil derivada del delito como indemnización de los daños sufridos por las víctimas, producto de una conformidad previa entre el Ministerio Fiscal y la Defensa, suspensión que se acuerda en la misma Sala tras el dictado de la sentencia de conformidad *in voce*: me refiero al hecho de salvar la necesidad del requisito previsto en el art. 81.3º del Código Penal, referido a tener satisfechas las responsabilidades civiles, para poder acceder al beneficio de suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta, y ello en aras a permitir y facilitar hasta sus últimos extremos la tan deseada conformidad penal y la consiguiente suspensión de la pena que permitiría al condenado continuar su vida sin mayor inconveniente que el de figurar en su hoja histórico-penal unos antecedentes que antes no existían.

Acordada, pues, la pena tras la oportuna negociación entre Fiscal y Letrado de la Defensa, quien luego transmitirá el resultado de la misma al acusado para que finalmente muestre su conformidad con los hechos calificados por el Fiscal y con la pena, y pronunciada la sentencia *in voce* por el Juez de lo Penal, se entra en el debate acerca de la suspensión de la pena de prisión impuesta, para lo cual han de concurrir los requisitos del art. 81 CP, a saber: 1º) que el condenado haya delinquirido por primera vez; 2º) que la pena impuesta o la suma de las mismas no sea superior dos años; 3º) que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, salvo que el Juez sentenciador, oídos los interesados y el Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas, algo que en el argot judicial se denomina “declaración de insolvencia” y que se documenta mediante resolución motivada en forma de auto. Normalmente se entiende que si el Código concede un cierto ámbito de valoración al juez para conceder la suspensión en función de las capacidades económicas del condenado, habrá de atenderse a los fines de la suspensión. Por eso, cuando no sea

posible satisfacer la responsabilidad civil, deberá evitarse que se generen presunciones contrarias al reo que impedirían la suspensión. Por el contrario, la práctica general consiste en dejar cerrada la posibilidad del beneficio sólo en aquellos casos en los que quede acreditada la voluntad de incumplimiento de la responsabilidad civil, en caso de poder hacerlo, por parte del condenado. La satisfacción de la responsabilidad civil podría entenderse realizada con el compromiso de pago fraccionado. Es en este tercer requisito donde podría *de lege ferenda* establecerse una modificación para posibilitar que quien carezca de bienes en el momento de la resolución judicial pueda ser beneficiario de la suspensión y entender cumplido este requisito cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo con su capacidad económica y sea razonable esperar que el mismo sea cumplido. Se necesitaría no sólo la expresión firme y decidida de cumplimiento de los pagos, sino también que se demostrase la existencia de posibilidades para ello, que pueden ir desde la presentación de bienes o un salario, hasta la búsqueda activa de trabajo en caso de carecer de él. No sería justo que una persona no pudiera obtener los beneficios de la suspensión por carecer de empleo; supondría un trato desigual y discriminatorio por motivos económicos, y en la época actual de crisis supondría penalizar doblemente la pobreza. Para evitar este trato los Jueces de lo Penal o con competencias en materia de ejecución podrán valorar positivamente la voluntad decidida de búsqueda de empleo y bienes. Esto exigiría la presentación de documentos que acrediten la imposibilidad total o parcial de hacer frente al pago y el esfuerzo por el pago. En coherencia con esta idea, entre las causas de revocación de la suspensión podría incluirse el incumplir el compromiso de pago de las responsabilidades civiles, salvo que careciera de capacidad económica para ello. Y es precisamente esta revocación la que nos va a ocupar en la siguiente líneas⁵.

5 Este compromiso de pago es el que aparece recogido en el art. 80.2.3º) del Proyecto de Código Penal publicado el 4/10/13 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº 66-1: 3º) *Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el comiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.* Recuperao el 3/10/14 de http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF

Partimos de la premisa, proclamada en el art 80.3 CP, de que la suspensión de la ejecución de la pena no supone en modo alguno la suspensión de la responsabilidad civil derivada del delito o falta correspondientes.

Pues bien, cumplidos los dos primeros requisitos expuestos y existiendo responsabilidad civil derivada del delito consistente en indemnización a favor de una o varias víctimas del mismo, si el condenado no ha satisfecho su importe aunque verbalmente se haya comprometido a hacerlo o bien haya abonado únicamente una parte aportando justificante de ingreso en la cuenta de consignaciones del Juzgado, técnicamente aún no se ha cumplido el requisito del art. 81.3º CP pero se interpreta el mismo en forma muy laxa en beneficio del penado, a fin de lograr la libertad del mismo a través de la suspensión o remisión condicional de la pena, de forma que una cuestión meramente económica como pueda ser el abono de la responsabilidad civil no obstaculice la consecución de la tan ansiada libertad del condenado, aún a expensas del impago total o parcial de la indemnización a favor de las víctimas. Y todo ello sin intervención de esta última, quien no habrá tenido oportunidad siquiera para pronunciarse sobre una cuestión que tanto le afecta, ya que la dinámica en estos juicios “de conformidad” no es otra que la siguiente: declarado abierto el acto, se confiere la palabra al Fiscal quien informará sobre los términos del acuerdo a que se ha llegado con el Letrado de la Defensa, audiencia al acusado para que se pronuncie lacónicamente con un “sí” a la pregunta de Su Señoría sobre reconocimiento de los hechos y aceptación de la pena, y acto seguido y sin solución de continuidad, la sentencia pronunciada oralmente sin perjuicio de su documentación. Declarada la firmeza de la sentencia queda por resolver la cuestión relativa a la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta, recabando a tales efectos informe del Ministerio Fiscal, que informará oralmente a favor de la misma si concurren los requisitos previstos en el art. 81 CP, entre los que se encuentra el relativo a responsabilidades civiles, amén de consultar previamente la hoja histórico-penal, descartando así la existencia de antecedentes penales anteriores al hecho, y que la pena no sea superior a dos años.

Vengo observando en los distintos Juzgados de lo Penal en los que he tenido oportunidad de actuar que en cada uno de ellos se sigue un

criterio distinto en la cuestión a la que me refiero: unos exigen tener satisfechas íntegramente las responsabilidades civiles y otros admiten un abono parcial de la misma mediante presentación por su Letrado defensor del correspondiente resguardo de ingreso en la cuenta de consignaciones del Juzgado para su unión a los autos, sin faltar los que se conforman con un mero compromiso verbal del condenado de ir abonando el importe en los plazos que el titular del Juzgado le señale, que dependiendo del montante total de la indemnización puede ser, según mi experiencia, de tres a doce meses. Sin desdeñar el hecho de que me parece acertado facilitar al condenado el abono de indemnizaciones muy elevadas mediante la concesión de un pago aplazado, el problema que se plantea es el siguiente: *qué ocurre en el caso de que, acordada suspensión de la ejecución de la pena al tiempo de dictarse la sentencia de conformidad y transcurrido el tiempo y los plazos concedidos por el Juzgado en el momento inmediatamente posterior al dictado de la sentencia -siempre que no se haya declarado su insolvencia-, no se abone el importe total o parcial de la responsabilidad civil y la resolución que acordó la suspensión de la ejecución de la pena ya sea firme, notificada al Fiscal, quien no podrá en modo alguno recurrirla.*

Partimos de que nuestro art. 83 CP se refiere únicamente a que la suspensión de la ejecución quede siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal y facultativamente al cumplimiento de obligaciones o deberes que se le hayan fijado, sin que encontremos referencia alguna al impago de la responsabilidad civil. Para el primero de aquellos supuestos se prevé en el art. 84 CP la revocación de la suspensión y en los demás, o sustitución por otra regla de conducta, o prórroga del plazo de suspensión o en última instancia la revocación si el incumplimiento fuera reiterado. Si respetamos la regla de prohibición de la analogía en materia penal deberíamos llegar a la conclusión de no ser aplicable este precepto al supuesto que nos ocupa. Sin embargo la solución de la cuestión planteada no podrá ser otra en los supuestos de incumplimiento reiterado, mediando incluso requerimientos judiciales para el abono de la indemnización, que la revocación de oficio o a instancia del Ministerio Público del auto que documentó la suspensión acordada, resolución en forma de auto difícil de funda-

mentar y susceptible de recurso con evidentes visos de prosperar, toda vez que la pretensión consistirá en revocar una resolución firme con la consiguiente quiebra de la seguridad jurídica en que se fundamenta la firmeza de las resoluciones, y además en perjuicio del reo, privando de libertad a un condenado a quien ya se le suspendió la ejecución de la pena, con el consiguiente ingreso en prisión en cumplimiento de la que se le impuso. Y todo ello por la mala praxis de acordar la concesión del beneficio sin constar el cumplimiento del tercer requisito previsto legalmente en el art. 81 CP. Nada más desazonador para el penado, que se va a ver privado de su libertad, y para la propia víctima, quien se verá privada a su vez de todo o parte de la responsabilidad civil declarada por sentencia, frustrándose así sus legítimas expectativas de ver satisfecho su derecho al resarcimiento de los perjuicios causados por el ilícito penal. En este sentido proponemos un especial interés y atención de los Fiscales encargados del despacho de las ejecutorias penales, de forma que se promueva por parte del Juzgado con competencia en materia de ejecución penal la investigación exhaustiva de bienes del penado susceptibles de embargo, a los fines de evitar las graves consecuencias referidas para una y otra parte, que se traducirían en caso contrario en esa indeseable sensación de impunidad en los condenados -con una pena de prisión suspendida sin haber abonado el montante total de la responsabilidad civil- y de desprotección en las víctimas a que se ha hecho referencia al comienzo de este trabajo.

Entendemos que se trata de una cuestión de difícil solución, pues cualquiera que sea la decisión que se adopte -revocar la resolución que acordó la suspensión o mantenerla en beneficio del penado aún sacrificando las legítimas expectativas de las víctimas-, sufrirá la seguridad jurídica que deriva de la firmeza de las resoluciones o bien los derechos de aquéllas, amén de quedar sin cumplir el pronunciamiento condenatorio aún a pesar de no concurrir los requisitos necesarios para la suspensión de la ejecución de la pena, así como el pronunciamiento referido a responsabilidad civil. Quizás, debieran restringirse, en tanto no exista una regulación diferente, los supuestos de conformidades -y supongo que con ello me granjearé no pocas enemistades en mi gremio-, algo que mermaría sin duda la agilidad procesal que permiten

en una Jurisdicción como la Penal, ya tremendamente colapsada y con retrasos de consideración que determinan en no pocas ocasiones la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, pero la seguridad jurídica y los no siempre amparados de modo satisfactorio derechos de las víctimas exigirían una mayor restricción de las conformidades, circunscribiéndolas a los supuestos en que no exista responsabilidad civil o a aquéllos en que se acredite en el acto del juicio que la misma ha quedado íntegramente satisfecha y así se plasmaré documentalmente mediante el correspondiente resguardo de ingreso unido a las actuaciones, además de los supuestos de previa declaración de insolvencia del penado. Sólo en estos supuestos podría concederse el beneficio de suspensión de la ejecución de la pena de prisión por cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos del art. 81 CP.

De lege ferenda podríamos traer a colación la regulación propuesta por el Proyecto de Código Penal, que contempla con esta misma finalidad una modificación del régimen de valoración del cumplimiento de la responsabilidad civil. En su Exposición de Motivos considera que el sistema actual de comprobación previa resulta ineficaz y poco ágil, y dificulta que las decisiones sobre la suspensión de la pena puedan ser adoptadas en el mismo momento en que se dicta sentencia. Por ello se introduce un sistema inverso al actual: el pago de la responsabilidad civil continúa siendo un presupuesto de la suspensión de la ejecución, pero es la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los disponibles o de no facilitar el decomiso acordado lo que determina la revocación de la suspensión ya acordada (art. 86.1.4) del Proyecto).

Ni el Código Penal ni el Proyecto recogen la obligación del trámite de audiencia al penado y a las demás partes. Es de suma importancia porque si se le va a revocar la suspensión y en consecuencia procede el ingreso en prisión, el juez con competencia en materia de ejecución debería oírle para que aportase en su descargo los argumentos que considerase convenientes. A este respecto el TC en sentencia 248/2004, de 20 de diciembre, expresa que la audiencia al penado constituye una exigencia ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión del art. 24. 1 CE.

Buenas prácticas, Bioseguridad y Derecho Internacional

DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ*

I. La respuesta desde el Derecho Internacional a los nuevos riesgos: el Bioderecho Internacional. II. El principio de necesidad como un principio general del Bioderecho Internacional. III. Eficacia del principio de necesidad en un escenario de inseguridad ante las consecuencias del cambio climático. IV. Buenas prácticas de la comunidad internacional institucionalizada frente a los bioriesgos transfronterizos. V. La seguridad humana como catalizador de las buenas prácticas de la comunidad internacional institucionalizada sobre una base consensual colectiva. VI. Conclusiones.

I. La respuesta desde el Derecho Internacional a los nuevos riesgos: el Bioderecho Internacional

(1) La premisa de partida es doble: la Ciencia siempre avanza más deprisa que el Derecho que sólo puede dar respuestas tardías, imperfectas y a menudo provisionales a los numerosos desafíos que día a día plantea el incesante avance en los descubrimientos científicos.

De otro lado, asumimos que la aproximación como juristas al estudio de esa eventual respuesta debía hacerse desde el bioderecho; esto es, desde una nueva perspectiva jurídica caracterizada por tres notas: la

* Daniel García San José, Profesor Titular de Derecho Internacional Público y de Relaciones Internacionales. Universidad de Sevilla. Investigador Asociado de la Universidad Autónoma de Chile. dagarcia@us.es

transversalidad –tomando como referencia en este ámbito las normas nacionales, internacionales y supranacionales-, la multidisciplinariedad –reconociendo que son varias las áreas jurídicas tanto de derecho público como privado concernidas- y aceptando el carácter integrador y no reduccionista de dicha aproximación, esto es, no descartando *a priori* las consideraciones éticas y morales pero tampoco condicionando nuestro análisis por las mismas.

(2) En los últimos años, se viene produciendo un cambio profundo en el concepto clásico de “seguridad” que obliga a tomar en consideración nuevas situaciones así como a hacer frente a retos impensables hace sólo unas décadas: terrorismo de carácter global, ciberamenazas, crimen organizado, inestabilidad económica y financiera, pandemias, vulnerabilidad energética, proliferación de armas de destrucción masiva, flujos migratorios irregulares, espionaje, emergencias y catástrofes, vulnerabilidad del espacio marítimo, junto a la vulnerabilidad de infraestructuras críticas y servicios esenciales).

Algunos de otros temas no son novedosos, si bien sí lo sería la perspectiva desde la cual se abordarían esos aspectos, teniendo como idea eje todo lo conectado con ese reto que la idea de seguridad desde una perspectiva global implica, junto con el bioderecho (la protección de la persona en su esencia y los derechos vinculados al ser humano) y su entorno (donde el ámbito del Derecho Medioambiental, junto con la salud vinculada a la seguridad cobra un protagonismo inusitado).

(3) El Derecho Internacional debe hacer frente a “nuevos riesgos” entre los que destacan las emergencias y catástrofes (naturales y derivadas de la acción humana, ya sean éstas accidentales o no) y los instrumentos a su disposición no son ilimitados: o bien se recurre a la aproximación clásica ante cuestiones de interés general de establecer conferencias multilaterales de las que surjan convenciones de alcance universal, con mayor o menor éxito, en razón no tanto de los Estados firmantes sino de los ausentes en las mismas en virtud del principio de libre consentimiento de los Estados a la hora de asumir compromisos internacionales (sólo basta pensar en las notables ausencias en el Proto-

colo de Kyoto); o bien se acude, como segunda vía, a la fuerza imperativa del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas actuando en el marco del Capítulo VII de la Carta, para lo cual, debe calificar una situación o emergencia como una amenaza para la paz y seguridad internacionales. Así ha sucedido, recientemente, con la Resolución 2177 adoptada por el Consejo de Seguridad el pasado 18 de septiembre; o finalmente –y es por esta última solución por la que nos decantamos– por la propia naturaleza del Derecho internacional público es posible invocar una nueva base legitimadora de obligaciones internacionales, complementaria al consentimiento estatal de sumisión a dichas normas a partir de los principios generales de dicho ordenamiento (“prima principia”, principios inferidos o de carácter estructural) y en concreto, principios del Bioderecho como han sido identificados a nivel europeo.

II. El principio de necesidad como un principio general del Bioderecho Internacional

(4) La legitimidad de este nuevo orden normativo global, aún en formación se basa en la percepción de amenazas globales como cuestiones de interés general de la Comunidad Internacional de Estados en su Conjunto y sobre una base consensual colectiva que prevalecería sobre la base consensual individual. Esto sería posible en el ámbito de la protección del medio ambiente y, en particular, en la lucha contra el cambio climático, considerando los principios inferidos del Bioderecho Internacional tales como el principio de necesidad conectado con la seguridad medioambiental¹.

(5) Desde hace años defiende la tesis que cuando frente a amenazas

¹ Véanse al respecto las consideraciones que sobre este principio realizó la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 25 de Septiembre de 1997, *ICJ Reports*1997, párrafos 49 a 59, en el *case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. Aunque en su reciente fallo de 31 de marzo de 2014 en el caso *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, no aparece ninguna mención expresa a dicho principio, el modo en que la Corte entra a valorar la controversia entre las partes aplicando el significado y alcance de la frase “for purposes of scientific research” como estándar de revisión de las obligaciones en el artículo VIII, párrafo 1 de la ICRW, el objeto y fin de dicho Tratado –una cuestión de interés general para las generaciones presentes y futuras–, en mi opinión supone más una confirmación que una discrepancia con este principio. *Vid.* Parágrafos 44-47, 56-58 y 67-69 de la sentencia.

globales como es el cambio climático sólo puedan adoptarse aproximaciones multilaterales, entonces, la posición unilateral de un simple Estado o de un reducido grupo de Estados no puede ser un obstáculo para la solución. Esto implica la emergencia en Derecho Internacional del Medio Ambiente del principio de necesidad en conexión con la seguridad medioambiental –como un principio inferido al mismo nivel que otros principios del Derecho Internacional- que si bien se encontraba muy vinculado al principio precautorio -otro principio bien conocido en el Derecho Internacional del Medio Ambiente-, lo hacía preferible a aquél por tres razones:

(6)

- en primer lugar, el principio de necesidad ligado a la seguridad medioambiental reclamaría una aproximación multilateral mientras que el principio precautorio normalmente es invocado desde una posición unilateral;
- en segundo lugar, el principio precautorio es utilizado como una reacción preventiva de un daño cuando una amenaza es detectada y no existe una suficiente base científica, mientras que el principio de necesidad, estando estrechamente ligado a consideraciones de seguridad, sugeriría una aproximación más amplia, esto es, no sólo como reacción sino como una estrategia vista como un *continuum*: antes, durante y después de que la concreta amenaza es percibida.
- Finalmente, el principio de necesidad conectado con la seguridad medioambiental debería establecerse sobre la base de una nueva lectura de la soberanía en un sentido funcional, en virtud del cual, se toma en consideración los derechos pero especialmente los deberes de los Estados frente a otros Estados, sus propios ciudadanos y la Comunidad Internacional.

(7) En consecuencia, el principio de necesidad ligado a la seguridad medioambiental frente al principio precautorio como nuevo y emergente principio general del Derecho internacional podría y, de hecho debería, ser considerado como la piedra angular de un *corpus iuris* internacional –aún en formación- del que se derivasen obligaciones

jurídicas vinculantes para los Estados al margen de cualquier vínculo convencional en conexión a los dos grandes ejes –mitigación y adaptación- en los que la comunidad internacional trabaja en la actualidad en la lucha contra el cambio climático.

(8) El punto débil de este argumento defendido es, sin duda, que con carácter previo, debería resolverse cómo distinguir una situación real que requiere una aproximación multilateral de una situación que algunos pretenden considerar como tal. En otros términos, ¿es el cambio climático una de esas cuestiones que reclaman la aplicación del principio de necesidad en el sentido antes establecido? La doctrina autorizada entiende que sí. Si bien, esta visión no parece ser compartida por el conjunto de Estados –en especial, por algunos de los más concernidos- a la luz del limitado alcance de los compromisos internacionales asumidos sobre el cambio climático hasta la fecha. Creo, sin embargo, que el reciente *5th Report of Assessment* del Panel sobre Cambio Climático de Naciones Unidas aporta elementos de gran valor para defender el principio de necesidad en la estrategia multilateral de la Comunidad Internacional frente al cambio climático.

III. Eficacia del principio de necesidad en un escenario de inseguridad ante las consecuencias del cambio climático.

(9) Las decisiones que la Comunidad Internacional debe tomar en relación con el cambio climático no son muy diferentes a las que plantean otros riesgos con sus respectivas dosis de incertidumbre. Sin embargo, como se resalta en el informe elaborado por el Grupo de Trabajo II del Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático para el 5th Assessment Report, el cambio climático incluye un horizonte en el tiempo (largo, medio y corto plazo) y un abanico más amplio de efectos (prácticamente todos los previsibles a la luz del estado de los conocimientos científicos) sobre los sistemas humanos y terrestres en comparación con los que puedan considerarse en relación con cualquier otra fuente de riesgo. Eso es lo que hace especialmente significativo el cambio climático como una cuestión de interés general y no sólo como una cuestión de interés común para los Estados.

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

(10) La naturaleza esencialmente deslocalizada y atemporal del cambio climático, así como por el hecho de que sus efectos se manifiesten de manera aleatoria sin que pueda precisarse –a la luz de los conocimientos científicos existentes- la localización de sus efectos más dramáticos, siguen lastrando una respuesta coordinada de la Comunidad Internacional frente a los desafíos del cambio climático, si bien, gracias al *5th Assessment Report* preparado en 2014 por el Panel sobre el Cambio Climático de Naciones Unidas, su importancia ha quedado relativizada.

En efecto, frente a los anteriores informes elaborados por este órgano, en su quinto informe se ha querido incluir un sistema de porcentajes que permite dotar de concreción la incertidumbre que rodea la aproximación científica a las causas y efectos del cambio climático.

Se trata de un claro ejemplo de “buenas prácticas” en Derecho Internacional consistentes en un perfeccionado sistema, similar al modelo “doble ciego”, por medio del cual se informa del porcentaje de probabilidad de un hecho –estrictamente sobre la base de datos científicos- así como del grado de consenso de la comunidad científica internacional a la hora de interpretar esos datos. Así, el grado de certeza de las afirmaciones recogidas en el *5th Assessment Report* está fundamentado en la interpretación de los autores que contribuyen a dicho *Assessment Report* de los trabajos de la doctrina científica relevante y en la confianza que dichos trabajos les merece (en una escala de muy baja a muy alta) por una parte. Cuando es posible –con carácter complementario a lo anterior- se incluye además un índice cuantitativo de probabilidad (igualmente en una escala de muy improbable a muy probable) de que suceda el hecho o predicción extrapolable de dichos trabajos científicos. De este modo, en el primer nivel de evaluación, se utilizan los términos de *limitados*, *medios* y *robustos* para calificarlos medios de prueba de los datos científicos y, ya en el segundo nivel de evaluación, se asumen los calificativos de *muy bajo*, *medio*, *alto* y *muy alto* para calificar el grado de acuerdo o consenso entre los científicos sobre las consecuencias y predicciones que pueden inferirse de tales datos.

(11) En consecuencia, es posible -y así se hace en el *5th Assessment Report* como novedad frente a anteriores informes presentados por

el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático de Naciones Unidas- añadir un análisis cuantitativo en términos de porcentaje, con carácter complementario al análisis cualitativo: virtualmente cierto (99-100% de probabilidad de que un hecho o predicción conectada con el cambio climático a partir de los datos científicos manejados se materialice); muy probable (90-100%); probable (66-100%); posible tanto de que ocurra como de que no sea así (33-66%); improbable (0-33%); muy improbable (0-10%); excepcionalmente improbable (0-1%).

(12) El escenario resultante sería el siguiente:

↑	Elevado grado de acuerdo Evidencias de discutible valor	Elevado grado de acuerdo Evidencias de cierto valor	Elevado grado de acuerdo Evidencias de gran valor 90-100%
	Medio grado de acuerdo Evidencias de discutible valor	Medio grado de acuerdo Evidencias de cierto valor 66-100%	Medio grado de acuerdo Evidencias de gran valor
	Bajo grado de acuerdo Evidencias de discutible valor 0-10%	Bajo grado de acuerdo Evidencias de cierto valor	Bajo grado de acuerdo Evidencias de gran valor

→

Pág. 36 del Technical Summary en Working Group II Contribution to the IPCC 5th Assessment Report (disponible en internet <http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg2>).

IV. Buenas prácticas de la comunidad internacional institucionalizada frente a los bioriesgos transfronterizos.

(13) Desde hace años creo que es posible identificar la presencia de una incipiente comunidad mundial que reivindica un paradigma de Derecho internacional post contemporáneo integrado por el conjunto de obligaciones asumidas por los sujetos y actores internacionales en virtud de su consentimiento o al margen del mismo. Un paradigma de Derecho internacional postcontemporáneo que, conforme a sus valores universales expresados en la Carta de las Naciones Unidas, aspira a regular las relaciones de coexistencia, cooperación e interdependencia de los integrantes de esa incipiente comunidad global, junto al bien común de la propia comunidad en su conjunto a través de una gestión responsable, y por ello solidaria, de las competencias reconocidas a cada integrante de la misma.

(14) Este paradigma de Derecho internacional pos contemporáneo de la solidaridad como gestión responsable de las competencias soberanas de cada Estado, siguiendo al profesor PUREZA DA SILVA, habría de estar caracterizado por tres rasgos principales: el ser un Derecho trans-espacial, materialmente justo y revalorizador de la soberanía.

Un *Derecho trans-espacial*, en primer lugar, en el sentido de que asume la condición planetaria de la persona y de los pueblos, trascendiendo la mera agregación de regulaciones bilaterales o multilaterales. De este modo, en opinión de este autor, el Derecho Internacional de hoy no es una mera suma de ajustes de la “soberanía externa” de los Estados, sino que se constituye en Derecho de la Comunidad universal, ordenado también a la consecución de un interés público universal común a la multiplicidad de experiencias locales-nacionales. Un *Derecho materialmente justo*, en segundo lugar, que tomando la solidaridad como su valor guía, responde a la universalidad de la sociedad internacional con una “horizontalidad real”; esto es, neutralizando la diferencia de poder de los participantes en la misma que desvirtúa la igualdad soberana y, consiguientemente, niega la propia horizontalidad. En tercer y último lugar, un *Derecho revalorizador de la soberanía*, que es posible,

en opinión de este autor, gracias a la relación circular -y no sólo de co-existencia- que se establece entre soberanía y comunidad internacional. La universalización de la Sociedad Internacional, lejos de debilitar la soberanía constituye un proceso de su relectura reconstituyente y, en este sentido, “como revalorizador del Estado en tanto que elemento nuclear del cumplimiento de la tarea transformadora que recae sobre el Derecho internacional.”

(15) La idea de la soberanía responsable parece estar en los últimos años presente en el Derecho internacional post contemporáneo como muestra la labor codificadora de la Comisión de Derecho Internacional en 2001 en relación con el principio de prevención al imponer al Estado en cuyo territorio, o bajo cuya jurisdicción o control en otros lugares, se planifican o realizan actividades no prohibidas por el Derecho Internacional, que entrañen el riesgo de causar, por sus consecuencias físicas, un daño transfronterizo sensible, dos obligaciones complementarias aunque diferentes: la obligación genérica de la debida diligencia *ex ante* (anterior al daño y que se traduce en la obligación de gestionar el riesgo de una manera apropiada) y *ex post facto* (una vez causado éste, minimizando sus efectos, esto es, la obligación de conducir estas actividades peligrosas de una forma respetuosa con los derechos de otros Estados.

En efecto, el *Proyecto de artículos sobre prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas*, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º Período de sesiones (2001)² ha establecido en su artículo 3 que: “El Estado de origen adoptará todas las medidas apropiadas para prevenir un daño transfronterizo sensible o, en todo caso, minimizar el riesgo de causarlo”. De este modo, se estaría contemplando una obligación de comportamiento junto a la de resultado. Debe reconocerse, sin embargo, que pese a la insistencia

2 *Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en su 53º Período de sesiones (2001), párrafo 76, pp. 21 a 38 del Informe de la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones (de 23 de abril a 1 de junio y de 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Asamblea General, Documentos Oficiales, 56º Período de sesiones, Suplemento nº 10 (A/56/19).

de la Asamblea General³, dicho proyecto de artículos no ha dejado de ser eso, un proyecto de codificación, a la espera de que se celebre una conferencia multilateral de la que emane un texto convencional cuya obligatoriedad alcance el mayor ámbito geográfico posible.

(16) En este paradigma de Derecho internacional, la base consensual estatal como fuente de obligaciones internacionales parece ser considerada cada vez con más fuerza no sólo desde una perspectiva individual –como lo ha sido tradicionalmente– sino también sobre una base colectiva consensual, frente a amenazas globales que son de interés general más que de interés común. Esto es, frente a cuestiones que tienen mayor relevancia para la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto que para los Estados que integran tal Comunidad Internacional.

V. La seguridad humana como catalizador de las buenas prácticas de la comunidad internacional institucionalizada sobre una base consensual colectiva.

El punto débil de la defensa del principio de necesidad ligado a la seguridad medioambiental frente al principio precautorio como nuevo y emergente principio general del Derecho internacional radica –como se ha señalado páginas atrás– radica en que, con carácter previo, debía resolverse cómo distinguir una situación real que requiere una aproximación multilateral de una situación que algunos pretenden considerar como tal.

En otros términos, ¿puede sostenerse la necesidad de un *corpus iuris* internacional –aún en formación– del que se derivasen obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados al margen de cualquier vínculo convencional en conexión a los dos grandes ejes –mitigación y adaptación– en los que la comunidad internacional trabaja en la actualidad en la lucha contra el cambio climático?

(17) La respuesta a esta cuestión puede proceder desde múltiples planos pero creo que uno de ellos, el de la seguridad humana, es una cues-

3 Resolución 62/68, de 6 de diciembre de 2007; Resolución 65/28, de 6 de diciembre de 2010; Resolución 68/114, de 16 de diciembre de 2013.

ción universal dado que en cada país del mundo, con independencia de su grado de desarrollo y riqueza, es posible hallar grupos de personas vulnerables y, por tanto, inseguros. Existe un elevado porcentaje de probabilidad (90-100%) -al coincidir un elevado grado de acuerdo y evidencias de gran valor- respecto del hecho de que la seguridad humana estará progresivamente amenazada a consecuencia del cambio climático. Igualmente, existe un porcentaje de probabilidad medio (66-100%) -medio grado de acuerdo sobre la base de evidencias de cierto valor- de que el cambio climático incremente el riesgo de conflictos en y entre Estados. Idéntico porcentaje de probabilidad (66-100%) es predicable respecto del progresivo condicionamiento de las políticas nacionales de seguridad nacional de los Estados a consecuencia del cambio climático.

(18) Se identifican ocho riesgos clave (*key risks*) –según la definición incluida en el artículo 2 del Convenio Marco sobre Cambio Climático- y a la luz del nuevo modelo cuantitativo y cualitativo de tratamiento del principio de incertidumbre antes descrito (riesgos respecto de los que hay un elevado acuerdo respecto de la alta probabilidad de sus consecuencias o de la limitada capacidad de adaptación a los mismos:

- i. Riesgo de muertes, daños, irrupción en las condiciones de vida, en el abastecimiento de comida y el suministro de agua, además de la pérdida del recursos comunes, sentido de lugar e identidad, debido al aumento del nivel del mar, a la inundación de zonas costeras y a las tormentas, con especial efecto sobre elevadas concentraciones de gente en cuanto a la actividad económica, biodiversidad e infraestructuras esenciales en zonas costeras sin altitud y en pequeñas islas en Estados en desarrollo.
- ii. Riesgo de inseguridad en cuanto a los alimentos y de quiebra en el suministro de éstos ligado al calentamiento, la sequía y a la variabilidad en las precipitaciones, particularmente en regiones con poblaciones más pobres.
- iii. Riesgo de sufrir graves daños debido a inundaciones y a la limitada capacidad de adaptación en las grandes poblaciones urbanas.
- iv. Riesgo de pérdida de la vida rural y de ingresos de los agricul-

- tores debido al insuficiente acceso al agua –tanto para consumo humano como para riego de cultivos- y la consiguiente reducción de la productividad agrícola.
- v. Riesgos sistémicos debido a la interacción de múltiples peligros que afectan a redes de infraestructuras en combinación con un alto grado de dependencia de la población con respecto a servicios esenciales (suministro de agua y de electricidad, servicios sociales y de salud) que pueden colapsarse durante situaciones extremas.
 - vi. Riesgo de pérdida de ecosistemas marinos y de los servicios que ofrecen para la vida de las poblaciones costeras. En particular, la biodiversidad y los servicios de los ecosistemas costeros de importancia para las comunidades de pescadores en los Trópicos y el Ártico afrontan un riesgo especial debido al aumento de la temperatura del agua y la progresiva acidificación de los océanos.
 - vii. Riesgo de pérdida de los ecosistemas terrestres y de los servicios que ofrecen para la vida de las poblaciones que de ellos dependen. Esos servicios están en riesgo debido al aumento de las temperaturas, cambios en los patrones de lluvia y fenómenos atmosféricos extremos. Los riesgos son elevados para las comunidades cuyas condiciones de vida dependen de servicios externos de suministro.
 - viii. Riesgo de mortandad y de sufrir daños durante períodos extremos de calor, particularmente tratándose de poblaciones urbanas de personas mayores, niños o personas con enfermedades respiratorias crónicas, así como de mujeres embarazadas. El incremento en la frecuencia e intensidad de las olas de calor extremo, ligado a la contaminación del aire en las grandes ciudades, interactúa con una incapacidad de algunas organizaciones locales que proporcionan servicios sociales, de salud y de emergencia, para adaptarse a los nuevos niveles de riesgo para los grupos vulnerables.

(19) Como se pone de manifiesto en el Technical Summary preparado por el Working Group II para el 5th Assessment Report, el *iterative risk management* es el marco idóneo de respuesta frente a los riesgos re-

lacionados con el cambio climático en la medida en que las respuestas sociales, particularmente las medidas de adaptación tomadas a corto plazo, influirán en las consecuencias que para esas poblaciones a largo plazo conlleva el cambio climático. En otras palabras, las decisiones actuales afectarán a los riesgos del cambio climático a lo largo del siglo XXI. El *iterative risk management* se encuentra más próximo al principio de necesidad –por cuanto a través del mismo se reclama una respuesta multilateral de la comunidad global sobre una base consensual colectiva- que al principio de precaución clásico, más centrado en el resultado que en el proceso y por ello, más permeable a una aproximación bilateral entre Estado responsable del daño y Estado que lo sufre.

VI. Conclusiones

(20) El principal obstáculo que el Derecho Internacional ha encontrado a la hora de dar una respuesta válida para hacer frente a escala global a los desafíos del cambio climático para la seguridad humana ha sido la controversia que ha rodeado a los datos científicos sobre cuya base los Estados debían adoptar las decisiones políticas pertinentes. Esa situación parece haber perdido relevancia en el Quinto Informe de Valoración preparado por el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático de Naciones Unidas gracias al novedoso sistema cualitativo y cuantitativo (el valor material de las pruebas junto con el grado de consenso entre la comunidad científica sobre dichas pruebas) aplicado a la incertidumbre sobre las causas y los efectos a corto, medio y largo plazo del cambio climático sobre los grupos humanos y los distintos ecosistemas. Llegados a este punto se abren dos escenarios posibles: el primero, bien conocido, es pragmático y no se hace demasiadas ilusiones pues se basa en el acervo popular de que una cosa es conocer el camino y otra el recorrerlo. El segundo escenario es utópico pero también más bello: puede ser que ahora, por fin, haya llegado el tiempo de actuar para nuestro bien y el de las generaciones futuras. Quizás todos tomemos, al fin, la salida correcta de la autopista y alcancemos nuestro destino.

La gestión del riesgo derivado de las consecuencias del cambio climático se ha venido haciendo en los últimos años –si se permite la me-

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

táfora visual- sobre la base de una autopista con múltiples salidas -cada una de ellas representando una probabilidad de que se materialicen determinados hechos peligrosos para las personas y los distintos ecosistemas-. Por esa autopista circula una caravana de vehículos con un destino común pero, por desgracia, cada conductor maneja un mapa de carreteras distinto. La consecuencia previsible es que -asumiendo que todos ellos comparten el deseo de alcanzar su objetivo de la manera más fácil y rápida posible- el modo de realizar este fin depende de la interpretación que cada cual hace del mapa de carreteras que maneja. Esta metáfora pone de manifiesto que no se trataría tanto de una cuestión de buena o de mala fe de cada conductor de un vehículo -Estado- como de la necesidad de contar con una guía de carretera común a todos ellos -este instrumento es el incipiente Derecho Internacional de la Comunidad Global, aún en formación sobre la base del ejercicio responsable de las competencias soberanas tal como se ha señalado al comienzo de estas páginas-.

El enfoque holandés para reducir la demanda de prestaciones a la Seguridad Social

FRANS PENNINGNS*

I. Introducción. II. Protección en caso de enfermedad. III. La Nueva Ley de Prestaciones por Incapacidad de 2004. IV. Prestaciones por desempleo en Países Bajos. V. Sistema de protección de la salud. VI. Conclusiones sobre el sistema de beneficios holandés.

I. Introducción

En la década de los noventa, los responsables políticos holandeses observaron que las leyes de Seguridad Social permitían a empresarios y otros agentes sociales a usar estas normas también para fines imprevistos y no deseados, en ese momento, por el legislador.¹ Por ejemplo, si el empresario tenía un conflicto con un trabajador, resultaba más barato que permaneciese en casa como enfermo, y que los costes salariales fueran reembolsados por el fondo de prestación por enfermedad. Hasta

* Frans Pennings, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Utrecht.

Este trabajo se inserta dentro de las actividades del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

1 WRR-rapport *Belang en Beleid. Naar een verantwoordelijke uitvoering van de werknemersverzekeringen*, (Scientific Council for Government Policy, Interest and policy, towards a responsible administration of the employees insurance schemes). Den Haag: SDU-uitgeverij, 1994.

cierto punto, es normal que un trabajador en esta circunstancia se sienta enfermo (es decir, estresado), pero esa situación puede, en principio, resolverse dando al trabajador otra tarea o que compañeros de trabajo adicionales le ayuden.² Sin embargo, dado que la Ley de Beneficio por Enfermedad estaba asumiendo los costes, no existía ningún incentivo financiero para el empresario para encontrar una solución. Así, el trabajador permanecía por un periodo largo en esta situación, llegando a creer que de verdad estaba muy enfermo y, finalmente, incluso podría ser declarado como incapacitado. Por este motivo, la “activación” se convirtió en un nuevo término: los afectados deben “activarse” para hacer el menor uso de las prestaciones posible, y asumir la responsabilidad por sí mismos.³

Además, las prestaciones por incapacidad estaban siendo pagadas más generosamente de lo previsto.⁴ Con el fin de encontrar una solución para los despidos masivos en los centros de trabajo holandeses en los años 70 y 80, en un número considerable de casos las prestaciones por incapacidad fueron concedidas a trabajadores que, de otro modo, habrían sido despedidos.⁵ Por supuesto, tales trabajadores tenían que ser inhabilitados de alguna manera, pero en la práctica recibieron los beneficios sociales incluso en caso de un grado menor de incapacidad. Usualmente, los médicos que evaluaron la gestión de las prestaciones, se basaron en su decisión sólo sobre el expediente del trabajador, por lo que se facilitó el acceso.⁶

Estos ejemplos muestran que a veces los costes de algunas decisiones particulares repercutieron en el sistema de prestaciones. Como consecuencia, se llevaron a cabo cambios en las reglas: prestaciones económicas más bajas, imposición de multas ante los abusos, etcétera. Pero

2 *Kamerstukken II 1992/93, 22 730* (Parliamentary Report of a Parliamentary Investigation Committee).

3 Parliamentary papers proposing the obligation of the employer to pay wages during sickness, *Papers 1992/93, 22899*, no 3..

4 L.J.M. Aarts & R.V. Burkhauser, *Curing the Dutch disease: an international perspective on disability policy reform*. Avebury: Aldershot, 1996.

5 *Kamerstukken II 1992/93, 22 730* (Parliamentary Report of a Parliamentary Investigation Committee).

6 *Kamerstukken II 1992/93, 22 730* (Parliamentary Report of a Parliamentary Investigation Committee).

las exigencias de prestaciones hacia el sistema seguían aumentando de manera continuada.

Por lo tanto, se concluye que el problema debía abordarse de manera diferente: era preferible volver a organizar las responsabilidades en todo el sistema⁷ y ofrecer incentivos a aquellos sobre los que recae el riesgo de enfermar o de quedar incapacitados para reducir ese riesgo.⁸ Las asociaciones de empresarios y los trabajadores carecían de incentivos necesarios para reducir los recursos al sistema de prestaciones. Con respecto a la administración y gestión de las prestaciones eran completamente ajenos a ella.⁹

Después de un periodo de tiempo en el que se pensaba que el sistema debía ser privatizado, mediante compañías de seguros privados que asumiesen la tarea de administrar algunos actos (por ejemplo, incapacidad, enfermedad común), el Gobierno decide que el sistema debía seguir siendo público, con la supervisión y el control estricto por el Ministerio competente en materia de Seguridad Social.¹⁰ Una de las principales razones para llegar a esta conclusión fue que la evaluación de la incapacidad para el trabajo es un elemento tan esencial del sistema de prestaciones, que la responsabilidad pública debe ser mantenida,¹¹ no puede dejarse en manos de empresas privadas, dado que las mismas tienen un conflicto de intereses al desear reducir los costes de las pres-

7 See Social Economic Council, *Verantwoordelijkheidsverdeling sociale zekerheid (Distribution of Responsibilities in Social Security)*, The Hague: SER, 1994. The Social Economic Council is a tripartite (i.e. consisting of representatives of employers and employees organizations and independent experts appointed by the minister of social affairs) with the task (inter alia) to advise the government on socio-economic issues.

8 WRR-rapport *Belang en Beleid. Naar een verantwoordelijke uitvoering van de werknemersverzekeringen*, (Scientific Council for Government Policy, Interest and policy, towards a responsible administration of the employees insurance schemes). Den Haag: SDU-uitgeverij, 1994.

9 Act Suwi (Act on the administration of work and income), OJ 2001, 264.

10 R.J. van der Veen, 'L'histoire se répète? Honderd jaar uitvoeringsorganisatie sociale verzekeringen', (The history is repeated? 100 years of administration of social insurance schemes), in: A. Jaspers et al (ed.), *'De Gemeenschap is aansprakelijk...'. 100 jaar sociale verzekering 1901-2001*, Den Haag: Koninklijke vermande, 2001.

11 Idem, p. 78 P. Fluit, *Verzekeringen van solidariteit*. (Insurances of solidarity). Deventer: Kluwer, 2001. See for a general overview of the system also F. Pennings, *Dutch Social Security Law in an International Context*. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

taciones.¹² Finalmente, a tal fin, se instituye el UMV (Uitvoeringsinstituut Werknemers verzekeringen); ésta es una organización nacional, encargada de los Programas de administración de prestaciones, y que actualmente administra la incapacidad, la enfermedad y los regímenes de prestaciones de desempleo, así como otras pequeñas coberturas.¹³ Así, las condiciones para el acceso a las prestaciones se establecen por la ley y los derechos de los beneficiarios no varían en comparación con el sistema anterior. En cambio, la forma en que las responsabilidades se organizan varía según el tipo de prestación.

II. Protección en caso de enfermedad

En la prestación por enfermedad, el nuevo sistema se materializa en la introducción de la obligación legal de los empresarios de seguir abonando el salario al empleado cuando éste enferma. En el año 1994 se introduce la regla de que los empresarios debían seguir pagando los salarios durante las primeras seis semanas de la incapacidad por enfermedad (para las pequeñas empresas, que según la definición legal eran las que contaban con menos de 15 trabajadores, el período se reduce a dos semanas).¹⁴ El supuesto que subyace en el planteamiento de la Ley era que, si los empresarios se tenían que responsabilizar de la provisión de ingresos en caso de enfermedad, comprobarían cuidadosamente si el trabajador se ausentaba del trabajo legítimamente.¹⁵ El efecto que se esperaba de la nueva Ley era que si los empresarios eran responsables de abonar el salario del trabajador durante la enfermedad de éste, controlarían a éste para reducir el absentismo que no procediera. Otro efecto esperado de esta Ley era que los empresarios tomaran medidas para reducir el riesgo de riesgo o enfermedad causada por condiciones peligrosas.¹⁶ El sector de la construcción en particular, era un sector donde se podrían tomar muchas medidas para reducir el número y los

12 Idem.e.

13 It is regulated by a new Act, Structuur uitvoeringsorganisatie werk en uitkomen (Suwi).

14 Sickness Absence (Reduction) Act, Law of 22 Dec. 1993, *Stb.* 750.

15 B. Hofman and F. Pennings, *Privatisering en activering in de Nederlandse sociale zekerheid en solidariteit – een internationaal perspectief*, Deventer, 2013, p. 37 ff.

16 Idem.

efectos de los accidentes.¹⁷ Aunque había una Ley propia en materia de seguridad y salud laboral, las nuevas disposiciones de enfermedad animaron a realizar esfuerzos adicionales para prevenir accidentes y enfermedades.

Aunque no estaba claro si las normas sobre prestaciones de enfermedad tuvieron, efectivamente, el efecto deseado, dos años más tarde la responsabilidad del empresario de pagar los salarios a sus trabajadores enfermos se extendió hasta un período de cincuenta y dos semanas.¹⁸ Esta ampliación se efectuó a través de una ley que modificó, entre otras normas, el Código Civil, con el fin de dar a los trabajadores enfermos el derecho legal de percibir el 70% de su salario durante un máximo de cincuenta y dos semanas.¹⁹ En los convenios colectivos, las partes acordaron, a menudo, que este mínimo legal debía complementarse para alcanzar el salario completo.²⁰ El modo en el que esto fue hecho varió de Convenio a Convenio.²¹

Este proceso de sustitución del derecho al subsidio por enfermedad con la obligación por parte del empresario de pagar los salarios a los trabajadores enfermos (prestación por enfermedad) a veces se llama la privatización de la Ley de prestaciones de enfermedad, aunque no se trata de una verdadera privatización, ya que la Ley define claramente las obligaciones del empresario y los derechos de los trabajadores.²² Aún así, el empresario es el único responsable de los costes y, si bien el Código Civil establece normas estrictas, el empresario puede ampliar estas normas con otras complementarias con el fin de cumplir

17 For instance by stronger enforcing the rules, such as wearing helmet, enforced shoes and protection barriers when they were working on high level sites. Also a policy to avoid sickness due to stress or conflicts at work could contribute to lower costs.

18 Continued Payment of Salary (Sickness) Act, Law of 8 Feb. 1996, *Stb.* 134.

19 Cite.

20 See also W. Fase et al, *Sociale zekerheid: privaat of publiek?* (social security: private or public?) Deventer: Kluwer, 1994.

21 Because of these variations it is difficult to say how many workers were thus guaranteed 100% of their former wage.

22 See on the concept of privatization also U. Becker, and F. Pennings, 'Privatization and Activation: Introduction', in: U. Becker, F. Pennings and T. Dijkhoff, *International Standard-Setting and Innovations in Social Security*, Alphen a/d Rijn: Wolters Kluwer, 2013, p. 381.

con sus responsabilidades.²³ No obstante, estas reglas deberán encajar en el marco de las obligaciones legales, y pueden ser puestas a prueba ante los tribunales.

Los empresarios pueden suscribir un seguro privado para cubrir este riesgo, pero no están obligados a hacerlo. A fin de facilitar la implantación de la Ley y para ganar un mercado nuevo y amplio, las compañías de seguros colectivos decidieron no hacer una evaluación del estado de salud de los trabajadores, cuando un empresario toma un seguro (estos seguros cubren a todos los trabajadores, por lo que el empresario no puede elegir a quién desea tener asegurado).²⁴ Cuando la cobertura era de sólo seis semanas, los empresarios, a menudo, asumían ellos los propios riesgos, pero cuando se introdujo el período de cincuenta y dos semanas, empezaron a suscribir seguros a mayor escala.²⁵ En las condiciones de los seguros todavía hay un periodo de riesgo cubierto por el empresario, por ejemplo, para las primeras seis semanas, o cuando la ausencia por permiso es superior a un período determinado (“seguro limitativo de exceso de pérdidas”).

La Ley de Beneficio por Enfermedad no ha sido abolida y todavía se aplica a aquellos que no tienen, o han dejado de tener un empleador. Un ejemplo del primer grupo son los trabajadores “flexibles”, el otro grupo es el de los desempleados.²⁶ Para ellos, la Ley sirve como una red de seguridad. Como estas nuevas normas pueden tener el efecto de que los empresarios no estén dispuestos a emplear a personas que puedan tener un mayor riesgo de enfermar, la Ley de Exámenes Médicos aprobada en 1997, restringe los exámenes médicos en los procedimientos de contratación. Se prohíben los exámenes médicos como una rutina estándar; sólo si el trabajo tiene requisitos específicos en cuanto a la sa-

23 See article 7:629 of the Civil Code.

24 Appendix to advice of Social Economic Council, *Advies kabinetsvoornemens ZW, AAW en WAO*, The Hague, 1995, p. 267.

25 T. Veerman and J. Besseling, *Prikkels en privatisering*. Den Haag: Elsevier, 2001, p. 27.

26 Unemployed persons are also covered for sickness, even though that may not lead to a different income, since they may be disqualified for unemployment benefit during sickness. In addition, in case of long-term sickness, when they are not be able to work again full-time, these persons may qualify for disability benefits. These benefits are financed by contributions paid to the sickness and disability funds.

lud (por ejemplo, pilotos), se permite un examen médico.²⁷ El propósito de esta ley era reducir el riesgo de que las personas con enfermedades crónicas se vieran desplazadas del mercado laboral y no consiguieran un trabajo nunca.

Además de este cambio en las reglas de prestaciones, la Ley de Condiciones en el lugar de trabajo se modificó con el fin de incluir obligaciones más rigurosas para el empresario, y mejorar las condiciones laborales.²⁸ Estas mejoras de las condiciones de trabajo estaban destinadas a reducir el número de accidentes. Además, el empresario tenía que desarrollar una política con el objetivo de reducir la enfermedad en el puesto de trabajo.²⁹ Con este fin, los empresarios se ven obligados a hacer un inventario de todas las situaciones que podían potencialmente poner en peligro la salud y la seguridad de sus empleados.³⁰

La simple obligación del empresario de seguir pagando los salarios de sus trabajadores enfermos, a juicio del gobierno, no resultó un suficiente esfuerzo de reintegración por parte de los empresarios.³¹ Un motivo era que el seguro privado compensaba los efectos financieros de la obligación del empleador de pagar el salario. Otro motivo era que los empresarios a veces consideraban que las medidas de reintegración laboral más gravosas o molestas que tener que continuar pagando el salario de un empleado enfermo. Esta situación llevó a la aprobación de la Ley de “Controladores de acceso”³²

El propósito de esta Ley era reducir el acceso a la Ley de prestaciones por incapacidad.³³ Esta ley requiere que los empresarios y trabajadores enfermos se comprometan a llevar a cabo esfuerzos de reintegro si se espera que la enfermedad dure un largo período de tiempo (por supuesto, en la mayoría de los casos de la enfermedad, tales como resfriados, estas medidas no son necesarias).³⁴ Por lo tanto, si se espera que

27 See E. de Vos and others, *Evaluatie wet op de medische keuringen*, (Assessment of the Act on medical examinations), Den Haag: Zon, 2001.

28 Article 685 of the Civil Code..

29 Health and Safety Act. .

30 Health and Safety Act, Article 5.

31 . Memorandum to *Wet Verbetering poortwachter*, (Gate keepers Act).

32 OJ 2001, 628.

33 Memorandum of the Act, see previous note.

34 . Article 658a Civil Code.

un empleado esté enfermo por más de seis semanas, empleado y empresario están obligados a hacer un plan de reintegración.³⁵ El plan puede implicar, por ejemplo, que el lugar de trabajo del empleado sea ajustado a sus limitaciones, y/o tiene que intentar llevarse a cabo formación o un cambio en su puesto de trabajo. Posteriormente, el empresario y el empleado tienen que reunirse regularmente para comprobar cómo los esfuerzos de reintegración están progresando y si el plan precisa de algún ajuste.³⁶ Cada parte puede obligar a la otra a cooperar en esta tarea, y, si es necesario, la cooperación también se puede hacer cumplir por medios legales.³⁷

Tres meses antes de que el empleado solicite la prestación por incapacidad, la Administración gestora de las prestaciones, es decir, el UWV mencionado anteriormente, evaluará si las actividades de reintegración han sido suficientes.³⁸ Para esta evaluación, el empleado tiene que elaborar un informe sobre las actividades adoptadas con el fin de la reincorporación al trabajo.³⁹ Si las acciones del empresario se consideran insuficientes por la Administración de gestión de las prestaciones, se extenderá la obligación del empresario de pagar los salarios del trabajador enfermo por un máximo de doce meses.⁴⁰ Así, en total, el empresario puede llegar a verse obligado al abono de los salarios durante tres años. Si el empleado no ha cooperado satisfactoriamente, se le puede negar la prestación por incapacidad durante un período determinado, que se regula en la Ley de Prestaciones por Incapacidad.⁴¹

Una desventaja de la organización de la protección social en un nivel inferior y en varios lugares (empresario) es que es difícil tener buenos resultados de investigación sobre la situación real. Sin embargo, en general, se presentan pocos problemas respecto del pago efectivo del subsidio de enfermedad por parte de los empresarios. Las posibilida-

35 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar (rules on the requirements in the first and second year of sickness), Stcrt. 2002, nr. 60, as amended.

36 . Idem.

37 Article 658a Civil Code.

38 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar (rules on the requirements in the first and second year of sickness), Stcrt. 2002, nr. 60, as amended.

39 Idem.

40 Article 7:629(11) Civil Code.

41 Article 30 of Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, (the Disability Act).

des de evitar las obligaciones son reducidas a un mínimo por medio de Leyes laborales y de despido bastantes estrictas al respecto. Hemos mencionado ya la Ley relativa a la evaluación médica durante la contratación de trabajadores que tiene por objeto reducir la selección de riesgos. Otro ejemplo es que la ley de despido, la cual incluye la regla de que no se puede notificar el mismo durante los dos primeros años de enfermedad.⁴² Los empresarios pueden tratar de reducir sus riesgos mediante un cuidadoso seguimiento de los trabajadores y la posibilidad de despido de los trabajadores que están a menudo enfermos en un período en el que, supuestamente, ya se han recuperado; sin embargo, es difícil decir e investigar en qué medida ocurre esta situación. Si tal comportamiento constituye una discriminación, esto está prohibido por las disposiciones que restringen el tratamiento discriminatorio del incapacitado.⁴³ Sin embargo, en la práctica es difícil probar que en una situación particular, el trato discriminatorio se ha basado en la situación de incapacidad. Además, el riesgo de tener que seguir pagando salarios a trabajadores enfermos a menudo ha llevado a los empresarios a ofrecer contratos de duración determinada, en lugar de hacerlo por un período indefinido, o a hacer uso de las agencias de contratación para trabajo temporal.⁴⁴

Como resultado de la Ley de controladores de acceso, las compañías más grandes desarrollaron políticas integrales para los trabajadores enfermos con objeto de emplearlos en otras tareas o puestos.⁴⁵ Pese a ello, siguen siendo muchos los empresarios que son obligados por la UWV a hacer frente al pago de la prestación por baja laboral durante un período extendido, pasados los dos primeros años, dado que se con-

42 Article 7:670 Civil Code..

43 *Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte* (Act on equal treatment on ground of disability or chronical disease), OJ 2003, 206..

44 A new law since 2014 requires employers whose former employees become ill or disabled to pay a contribution that is based on the costs of the benefits for these employees. This was introduced to make it less attractive to make use of flexible workers (see Parliamentary Papers, *Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnet* (Act to restrict sick leave and disability of persons in the Sickness Benefits Act), TK 2011-2012 33.241, nr 3..

45 F.A. Reijnga and others, *Evaluatie wet verbetering poortwachter* (Onderzoek evaluatie wet verbetering poortwachter assessment research of gate keepers act), The Hague: Astri, 2006.

sideraba que no habían acometido suficientes tareas para reintegrar a un trabajador enfermo al trabajo.⁴⁶

En cualquier caso, este nuevo sistema fomenta que empresarios y trabajadores enfermos acometan su reincorporación al trabajo, y en casos de negligencia, las sanciones suelen ser severas. En este sentido, el éxito de la reintegración es mayor cuando un trabajador vuelve a ser empleado por el empresario, lo cual ocurre durante los dos primeros años de enfermedad, durante los cuales la Ley laboral prohíbe despido. Esta es la piedra angular de la política de seguridad Social holandesa en la actualidad.⁴⁷ En ésta, la idea de “activación” (antes mencionada) se ha tornado mucho más importante; los empresarios han sido hecho responsables de la paga por enfermedad por un periodo de dos años.

Los mínimos legales se establecen en el Código Civil, sin que se admita ninguna excepción.

III. La Nueva Ley de Prestaciones por Incapacidad de 2004

Dado que la WAO (la Ley de Prestaciones por Incapacidad) continuó teniendo problemas con un alto número de nuevos demandantes y sólo pocos beneficiarios que abandonan el régimen de prestaciones, un nuevo enfoque estructural se adopta en la nueva Ley de Prestaciones por Incapacidad de 2004.⁴⁸ En este nuevo planteamiento, se hace hincapié en la prioridad de los trabajos por encima de las prestaciones, y para este propósito, la Ley introdujo varios nuevos instrumentos.⁴⁹

La ley hace una distinción entre los grupos de demandantes: (A) que

⁴⁶ See previous note.

⁴⁷ We can describe the main lines only, and cannot describe all dimensions of this new approach. It should only be noted here that committees supervising international instruments (like ILO convention 121 and the European Social Charter) have been very critical of this paradigm shift from general solidarity to the individual responsibility of the employer, see F. Pennings, ‘Privatization and Activation in the Netherlands’, in U. Becker, F. Pennings and T. Dijkhoff (ed), *International Standard-Setting and Innovations in Social Security*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International, p. 443-456.

⁴⁸ This Act was preceded by a report by a parliamentary committee, Adviescommissie arbeidsongeschiktheid (CommissionDonner), *Werk maken van arbeidsgeschiktheid*. Den Haag: SDU, 2001.

⁴⁹ See on the Act also B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid: aansprakelijkheid, bescherming en compensatie*. Kluwer: Kluwer, 2003.

tienen al menos un 80% de incapacidad permanente; y (B) que, o bien no tienen una incapacidad permanente o que tienen una incapacidad permanente inferior al 80%.⁵⁰

El primer grupo (Grupo A), merece, en opinión del legislador, una prestación por invalidez generosa; las medidas para ayudarles a volver al trabajo no se consideran relevantes para este grupo.⁵¹ Las personas que pertenecen a este grupo reciben una prestación del 75% de su salario anterior.⁵² Por tanto, aquellos que están permanentemente incapacitados por lo menos en un 80% (tasa de incapacidad) tienen derecho a percibir la prestación por incapacidad permanente.

El segundo grupo (Grupo B) está sujeto a condiciones y normas destinadas a reforzar la “activación” de vuelta al trabajo del empleado.⁵³ Para ser demandante de estas prestaciones por incapacidad, el trabajador tiene que tener una discapacidad mayor al 35%.⁵⁴ Estas personas reciben un subsidio relacionado a su salario si cumplen ciertas condiciones relativas a su vida laboral y la duración de la prestación dependerá de esta última.⁵⁵ Las normas para el derecho y la duración de esta prestación siguen a las establecidas en la Ley de Desempleo, que se analizan con más detalle posteriormente.

El importe de la prestación para los demandantes del Grupo B es el 70% del último salario.⁵⁶ Después de que el derecho a esta prestación haya concluido, o si el demandante no tiene derecho a esta prestación debido a un historial de trabajo insuficiente, el trabajador puede percibir el llamado “complemento a las prestaciones de salario”, a condición de que el demandante tenga unos ingresos de por lo menos la mitad de

50 The assessment is done by a comparison of the physical and psychological deficiencies due to medical reasons and a database of jobs descriptions (irrelevant is whether there are vacancies) with the purpose to determine how much a person can still earn, see *Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten* (Assessment decree for disability benefit acts). The more a person can earn, the lower the disability rate.

51 These are often called re-integration measures.

52 Up to a ceiling, currently 4137 euro a month. The maximum benefit is 75% of this amount (which is gross income), Article 17 of the *Wet financiering sociale verzekeringen* (Act on financing of social insurance).

53 *Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen*, (the Disability Act).

54 *Idem*.

55 *Idem*.

56 Again, up to the ceiling mentioned in the previous note.

la “capacidad de generar ingresos residuales”.⁵⁷ Esta es una disposición que hasta este momento no había sido implantada en los sistemas de prestaciones por incapacidad. Por lo tanto, se supone que si el demandante de la prestación tiene una capacidad de ganancia de 1.000 euros al mes, el mismo debe tener una renta de trabajo de al menos 500 euros al mes con el fin de tener derecho al suplemento salarial. La idea que subyace de esta regla, es que sea atractivo para que la persona en cuestión el retorno al trabajo o la permanencia en el mismo.⁵⁸

El nivel del suplemento salarial es del 70% de la diferencia entre las ganancias anteriores de la persona y su capacidad de generar ingresos.⁵⁹ Si una persona ganó 2.000 euros al mes y es ahora capaz de ganar ahora 1000 euros, el suplemento salarial es de 700 euros. Esto es pagadero independientemente de la cantidad que perciba (por lo menos hasta la suma de la cantidad de 1000 euros, la capacidad de ingresos residuales),⁶⁰ haciendo, una vez más, que resulte de interés para el trabajador la conservación del mayor tiempo de trabajo posible. En otras palabras, le resulta atractivo todo lo posible, dado que los ingresos no se deducen de la prestación recibida.

El demandante que, al finalizar su prestación en función del salario, no satisface la condición de alcanzar el 50% restante de su capacidad de ingresos, tiene derecho a una prestación baja, que, en el caso de incapacidad absoluta, es del 70% del salario mínimamente legalmente establecido.⁶¹ En los casos de incapacidad parcial, el nivel depende de que la tasa de incapacidad; si es inferior al 35%,⁶² no pueden ser perceptores de esta prestación,⁶³ ya que en opinión del legislador, esta tasa de incapacidad debe permitir el desarrollo de un trabajo.⁶⁴

57 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, (the Disability Act), article 59 and following.

58 Memorandum to Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, (the Disability Act).

59 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, (the Disability Act), Article 59..

60 If one earns more than this amount for more than a year, the assessment of disability will be adjusted, and thus also the benefit will be adjusted, Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, (the Disability Act), Article 56(3)..

61 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, (the Disability Act), Article 62..

62 Idem. .

63 Article 61(6) Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen, (the Disability Act)..

64 See on the Act also B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid: aansprakelijkheid, bescherming en compensatie*. Kluwer: Kluwer, 2003.

Por lo tanto, ahora hay un enfoque coherente y elaborado específicamente para cada tipo de prestación, con nuevas reglas tendentes a la reducción de las pretensiones de enfermedad e incapacidad. Bajo este enfoque, durante el período de enfermedad, tanto el empresario como el empleado deben hacer todo lo posible para que el trabajador permanezca o retorne al puesto de trabajo. La intención es que la mayor parte de los trabajadores pueden realizar un trabajo adaptado u otro tipo de trabajo en un espacio laboral modificado, en caso de que sea necesario.

Si después de dos años el trabajador no es capaz de generar al menos el 65% de los ingresos que percibía antes de la enfermedad, el régimen de prestaciones de incapacidad fomenta el mantenimiento del trabajo y/o la búsqueda de uno nuevo, en función de lo que conlleve un mayor beneficio para él. Según evaluaciones de este programa,⁶⁵ parece que el número de nuevos solicitantes de la prestación ha sido significativamente menor que con la antigua Ley de Incapacidad, aunque tampoco queda claro si aquéllos que no son considerados aptos para obtener la prestación, son capaces de encontrar un trabajo adecuado a sus circunstancias. La ley es reciente, y, por tanto, todavía no se dispone de resultados definitivos de investigación.

Los empresarios tienen la posibilidad de excluirse del sistema de incapacidad establecido, pero no están obligados a hacerlo.⁶⁶ “Excluirse del sistema” quizás no sea un buen término, ya que la exclusión voluntaria aquí se limita a no tener que pagar las cotizaciones al programa (público) de incapacidad. Por lo tanto, es más correcto decir que el empresario pasa a ser el “propio portador de riesgo”. En lugar de pagar la mayor parte de las contribuciones, el empresario asume los riesgos financieros de las prestaciones por incapacidad, tanto por la incapacidad parcial y como por la incapacidad no permanente total, o grupo B mencionado anteriormente, para los primeros diez años de incapacidad.⁶⁷ La decisión de conceder o de retirar el derecho a beneficiarse de las prestaciones corresponde a la Administración de prestaciones públicas,

65 B. Cuelenaere and others, *Onderzoek evaluatie Wia* (Assesment of the Wia Act), Leiden: Astri, 2011.

66 Chapter 9 of *Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen*, (the Disability Act)..

67 Article 82 WIA.

y las normas legales sobre las prestaciones también son de aplicación.⁶⁸ El empresario paga la prestación con la ventaja para él de abonar contribuciones más bajas. Después de los primeros diez años de pago de la prestación a un trabajador, la gestión (pública) de las prestaciones asume los costes de la prestación para esa persona.⁶⁹ Un empresario puede contratar un seguro privado para los gastos de los primeros diez años de prestación. Por lo general, los empresarios suscriben seguros privados cuando asumen el riesgo en solitario. Estas pólizas de seguro, a menudo se ajustan, a las características de la empresa de que se trate, y los datos de las condiciones, precio y uso no pueden conocerse por terceros. Los empresarios que asumen por su cuenta riesgo son responsables de las actividades de reintegración laboral de las personas bajo la cobertura del propio riesgo.⁷⁰ Por lo tanto, pueden influir en la cobertura económica si tienen éxito en la reincorporación al trabajo de una persona perceptora de prestaciones, tienen el “beneficio” de este trabajo.

De manera sorprendente, los portadores de riesgo propios tienen la facultad legal de imponer una sanción, por ejemplo, pueden reducir el nivel de la prestación durante un cierto período de tiempo, si el beneficiario no coopera suficientemente en la actividad de reincorporación al trabajo.⁷¹ Dado que esta medida es un elemento de derecho público, el empresario recibe, para este propósito, el tratamiento de organismo de derecho público con sujeción a la Ley general que regula la prestación.⁷² Esto ocasiona un efecto bastante extraño, pero estos poderes encajan en un sistema en el que el empresario administra o ejecuta, en parte, un acto de derecho administrativo. Esto significa que se mantiene el carácter público de la toma de decisiones y la posibilidad de revisión y apelación ante un tribunal administrativo, a pesar de que sea una ley

68 See F. Pennings, ‘Kunnen eigenrisicodragers wel hun eigen risico beïnvloeden?’, (Can own risk bearers really bear their risk?), *Tijdschrift recht en arbeid*, 2014, nr. 52.

69 Article 82 WIA.

70 Article 27(6) WIA.

71 Article 89 WIA..

72 This follows from the fact that the power is given by an Act and that the own risk bearer in fact replaces the Uww. .

El enfoque holandés para reducir la demanda de prestaciones a la...

general de Derecho privado, el Derecho del Trabajo, el que se aplique en la relación entre empresario y empleado.⁷³

En conclusión, las prestaciones por incapacidad dan grandes incentivos financieros para que los beneficiarios se reincorporen al trabajo. Los empresarios no están directamente involucrados, excepto cuando se realiza una demanda, pero pueden involucrarse en el sistema si toman la decisión de asumir su propio riesgo en los términos expuestos. En este caso, las decisiones sobre las prestaciones todavía se adoptan por la Administración Pública.

IV. Prestaciones por desempleo en Países Bajos

Las actuales prestaciones por desempleo fueron aprobadas por Ley de 1986.⁷⁴ Se otorga la prestación por desempleo, a los trabajadores que hayan perdido, al menos, cinco horas de trabajo a la semana.⁷⁵ En otras palabras, los demandantes de la prestación no tienen que estar fuera del mercado de trabajo para ser considerados desempleados.⁷⁶

Para tener derecho a esta prestación, el solicitante tiene que cumplir con las siguientes condiciones habilitadoras: tiene que ser un empleado; tiene que justificar que ha trabajado durante cierto período de tiempo; tiene que estar “desempleado” en el sentido de que ha sufrido una pérdida en cuestión de horas de trabajo/semana determinadas; no debe estar percibiendo un salario por las horas que no trabaja; debe estar disponible para trabajar; y no debe haber motivo para su exclusión.⁷⁷

Respecto a las condiciones del previo trabajo, el demandante debe haber trabajado como empleado, por lo menos, una hora a la semana en, al menos, veintiséis de las treinta y seis semanas inmediatamente

73 Idem. .

74 See for the history also F. Pennings, *Benefits of Doubt. A comparative study of the legal aspects of employment and unemployment schemes in Great-Britain, Germany, France and the Netherlands*, Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1990, Thesis university of Utrecht.

75 Art. 16 *Werkloosheidswet* (Unemployment Benefits Act).

76 See for all details F. Pennings, *Dutch Social Security Law in an International Context*. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

77 Articles 16 – 20 *Werkloosheidswet*..

precedentes al primer día de desempleo.⁷⁸ Si el solicitante estaba enfermo durante este período de referencia, el plazo se prolongará por la duración del período de enfermedad.⁷⁹

Si uno cumple esta condición, la duración de la prestación es de tres meses.⁸⁰ Para recibir el subsidio por un período más largo de tiempo, se han de satisfacer condiciones adicionales. Estas condiciones adicionales requieren que en cada uno de los cuatro años naturales dentro de los cinco años naturales inmediatamente anteriores al inicio del período de desempleo, el demandante haya percibido salarios durante al menos 208 horas/año.⁸¹ Si este es el caso, cualquier año en que se trabajara 208 horas conduce a un mes de prestación adicional, siendo el número máximo de meses adicionales de prestación de treinta y ocho meses.⁸² Básicamente, esto significa un año de trabajo, equivale a un mes de prestación, pero la Ley cambió en junio de 2014 y el período máximo será reducido a veinticuatro meses a partir de 2015, dado que el Gobierno quiere fomentar la búsqueda de empleo y reducir gastos.⁸³

La Ley establece la capacidad de la Administración de la Seguridad Social, mediante poderes no meramente discrecionales, de imponer sanciones en este ámbito si el beneficiario no cumple con sus obligaciones en los términos establecidos en la Ley.⁸⁴ Hasta que esta ley entró en vigor en 2006, la Administración tenía facultades discrecionales para imponer sanciones en esta materia.⁸⁵

Durante los dos primeros meses, la prestación, en caso de desempleo total, es del 75% del salario diario.⁸⁶ Después de este período, el nivel es del 70%.⁸⁷ Una persona cuya prestación esté por debajo de los ingresos de subsistencia aplicable,⁸⁸ pueden ser receptor de un suplemento

78 Article 17 *Werkloosheidswet*.

79 Article 17a *Werkloosheidswet*.

80 Article 42 *Werkloosheidswet*.

81 Article 42 *Werkloosheidswet*.

82 *Idem*.

83 During the first 10 years, one still acquires one month per year; after the 10 years, it is half a month per year.

84 Article 27 *Werkloosheidswet*.

85 See also F. Pennings and A. Damsteegt, *De Werkloosheidswet*, Deventer: Kluwer, 2009.

86 Article 45 *Werkloosheidswet*.

87 The same ceilings apply as mentioned in note * *supra*.

88 Subsistence income is closely related to the amounts mentioned for the old age benefits,

sobre la base de Ley que regula dichos suplementos.⁸⁹ Cuando el derecho a las prestaciones concluye, los trabajadores que hayan perdido su empleo después de haber cumplido 50 años (junto con su cónyuge, si lo hay) pueden, bajo determinadas condiciones,⁹⁰ reclamar una prestación en virtud de la provisión de ingresos para empleados mayores y con incapacidad parcial. Una de esas condiciones es que el ingreso familiar esté por debajo del mínimo de subsistencia.⁹¹ Los empleados que en el momento de pasar a la situación de desempleo sean menores de 50 años, pueden solicitar una prestación en virtud de los términos de la Ley de Asistencia Pública Ley, en cuyo caso se tienen que acreditar los medios económicos, mediante justificación de los niveles de renta y capital.⁹²

El demandante de la prestación por desempleo está obligado a notificar a la UWV, en su solicitud o a iniciativa propia de inmediato, todos los hechos y circunstancias que, en justicia, pudieran afectar a su derecho a la prestación como la justificación de su derecho a la prestación, el nivel o la duración de la misma o la cantidad que haya percibido.⁹³ La violación de esta obligación general es punible con una multa administrativa de hasta 2.269 euros como máximo.⁹⁴

Las prestaciones por desempleo pueden verse reducidas o ser retiradas si el trabajador es considerado culpable de su situación de desempleo debido a una motivo apremiante.⁹⁵ Los motivos que permiten tales despidos incluyen el robo al empresario y la violencia contra el empresario y/o sus compañeros de trabajo.⁹⁶ La lista no es exhaustiva pero, en todo caso, es evidente que el comportamiento debe ser grave.

Además, el empleado es considerado responsable de su situación de desempleo si la relación laboral se ha extinguido a petición propia. Al

mentioned in note * supra.

89 Subsistence income is closely related to the amounts mentioned for the old age benefits, mentioned in note * supra.

90 Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemers.

91 Idem.

92 Idem.

93 Article 25 Werkloosheidswet.

94 Article 27a Werkloosheidswet.

95 Article 27 Werkloosheidswet.

96 Article 24 Werkloosheidswet.

mismo tiempo, se exige que la continuidad en el trabajo no suponga dificultades para el empleado, y dicha continuidad era, con toda justicia, exigible al trabajador.⁹⁷ Esta situación deja claro que, en caso de que el empleado tome la iniciativa para finalizar la relación laboral, él es considerado responsable de su situación de desempleo y se deniega la percepción de la prestación.

Para concluir, si es el empresario el que toma la iniciativa de terminar con la relación laboral, el trabajador queda protegido, es decir, no tiene efectos sobre su derecho a la prestación. Este enfoque fue adoptado en 2006 con el fin de no obstaculizar la movilidad de los trabajadores antes de tener que luchar contra su despido, ya que se consideró que de otro modo hubieran causado más costos para los fondos de los necesarios, lo cual era un motivo de denegación o reducción de las prestaciones. Si un empleado es culpable de su situación de desempleo, la UWV tiene que negarse a conceder la prestación por desempleo.

No sólo en caso de desempleo culpable la UWV ha de decidir qué medidas han de adoptarse; lo mismo se aplica si el demandante no impide quedarse o permanecer desempleado como consecuencia de su “irresponsabilidad” derivada de su falta al no aceptar un trabajo adecuado o de no obtener o mantener un empleo adecuado.⁹⁸ Se considera trabajo adecuado todo aquel trabajo que sea apropiado atendiendo a la capacidad del empleado y a su competencia, a menos que la aceptación no puede ser exigida al mismo por razones físicas, mentales o de naturaleza social.⁹⁹

Si un empleado se niega a aceptar un trabajo adecuado o si no puede obtener un trabajo adecuado por causa a él imputable y, como consecuencia, permanece en situación de desempleo, el derecho a la prestación debe denegarse permanentemente sobre el número de horas por las cuales el derecho al subsidio hubiera concluido si el empleado hubiera aceptado u obtenido el trabajo adecuado.¹⁰⁰ La Ley también obliga al demandante en esta situación a solicitar empleo activamente y no imponer requisitos en el trabajo que puedan dificultar que obtenga el

97 Article 24 Werkloosheidswet.

98 Idem.

99 Idem.

100 Article 27 Werkloosheidswet.

mismo.¹⁰¹ El empleado está además obligado a cooperar en la obtención de educación o formación que sea considerada necesaria para su empleo o en otra actividad que beneficie su reincorporación laboral.¹⁰²

Además de las obligaciones antes mencionadas, la UWV establece otras para el trabajador con el fin de hacer que la gestión de las prestaciones por desempleo sea más sencilla. Estas obligaciones inciden en las acciones u omisiones del empleado que provoquen el retraso, entorpecimiento u obstrucción del trabajo de la UWV.¹⁰³ Algunas obligaciones administrativas deben cumplirse dentro de un periodo específico de tiempo. Éstas se refieren, entre otras cosas, a la notificación de la situación de desempleo, la presentación de una solicitud demandando la prestación, la inscripción como demandante de empleo, la extensión de dicho registro periódicamente, la concesión de la inspección del pasaporte o licencia de conducir, y la presentación de las hojas laborales.¹⁰⁴ Una hoja de trabajo o laboral es un documento del trabajador en el que se enumera la lista, entre otras cosas, de los trabajos realizados y de los ingresos percibidos.

La Ley de Prestaciones de Desempleo busca promover la reincorporación de los desempleados al trabajo, prevenir las solicitudes de subsidio, incrementar requisitos para las cotas más altas y reducir tanto el nivel como la duración de la prestación. Esto significa que es posible recibir las prestaciones por desempleo en caso de desempleo parcial, para conseguir estos fines.

En este momento el gobierno ha pedido asesoramiento al Consejo Económico y Social sobre la manera de implicar a los empresarios y a los sindicatos en la administración y gestión de las prestaciones por desempleo. Esta implicación posible si fueran completamente responsables de la financiación del sistema. En ese caso, los empresarios recibirían, de modo consecutivo, todas las ventajas de una política activa de prevención del desempleo y de la ayuda a los empleados. Estos objetivos son más difíciles de alcanzar que en el caso de la prestación

101 Article 24 *Werkloosheidswet*.

102 Article 26 *Werkloosheidswet*.

103 *Idem*.

104 *Idem*.

por enfermedad, ya que el desempleo puede ocurrir por oleadas y por lo tanto es difícil de financiar y gestionar.

Aún así, se espera que también aquí la solución se encuentre en el propio mercado de trabajo.

V. Sistema de protección de la salud

Hasta 2006, el sistema de salud era un sistema dual: sólo los trabajadores tenían cobertura, si se obtenía un salario por debajo de cierto nivel, por la Ley de obligatoriedad en la Atención de la Salud;¹⁰⁵ los otros trabajadores podían suscribir un seguro voluntario. Este doble sistema fue criticado, por un lado, debido a las diferencias entre los dos regímenes de protección, a menudo resultaba que el seguro privado tenía en condiciones más ventajosas y, por otro lado, por la falta de seguro obligatorio para todo el mundo.¹⁰⁶ Este viejo sistema fue reemplazado en 2005 por la Ley de Seguro de Asistencia¹⁰⁷; en resumen, la nueva Ley obliga a todo residente en Países Bajos a suscribir un seguro médico privado.¹⁰⁸

La razón principal de la aplicación de la nueva Ley es que se considera necesario la implantación de nuevos mecanismos para recuperar el control sobre los costes médicos de la atención de la salud.¹⁰⁹ Los costes de la atención médica han ido en aumento desde hace varios años, debido al envejecimiento de la población y a los rápidos avances médico-tecnológicos, que trajeron nuevas herramientas, máquinas y métodos de tratamiento, más costosas y, además, se preveía un crecimiento de estos costes en el futuro.¹¹⁰

Los enfoques económicos han tenido mucha influencia en el sistema holandés de atención a la salud holandés. La idea principal detrás de la nueva ley era tener un sistema de competencia regulada entre las com-

105 Ziekenfondswet.

106 B. Hofman en F.J.L. Pennings, *Privatisering en activering in de Nederlandse sociale zekerheid en solidariteit – een internationaal perspectief*, Deventer: Kluwer 2013.

107 Zorgverzekeringswet. See also literature mentioned in the previous note.

108 Idem.

109 As was discussed in Parliamentary Papers, Second Chamber 2003/04, 29763, no. 3, 2.

110 As was discussed in Parliamentary Papers, Second Chamber 2003/04, 29763.

pañías de seguros médicos. A este respecto, hay una gran diferencia con la Ley anterior de protección a la salud, que establecía una regulación muy centralizada por el Estado.¹¹¹

El objetivo de la nueva ley es garantizar que las compañías de seguros médicos, los cuidadores y proveedores de atención, y el asegurado, se organicen y hagan uso de la asistencia sanitaria de un modo más eficiente.¹¹² Para este fin, la Ley obliga a cada persona asegurada, es decir, a cada residente, a elegir una compañía de seguros de atención médica con la cual suscribe el seguro.¹¹³ Esto lleva a la competencia entre las compañías de seguros médico, y, como resultado, las compañías de seguros se centran más en las preferencias de los asegurados.¹¹⁴ Del mismo modo, también tendrán que hacer arreglos para la adquisición de una atención más eficiente por parte de los proveedores de cuidados, dado que de otro modo las contribuciones por las cuales tendrán que pagar serán demasiado altas, o las pérdidas serán demasiado elevadas. Además de este elemento de la competencia, la ley también prevé importantes elementos de solidaridad. Todos los residentes estarán asegurados de forma obligatoria, y las compañías de seguros tienen que proporcionar a todos los solicitantes un seguro, independientemente de sus características personales y de las situaciones, que se suscribirá en las mismas condiciones del seguro que ofrecen.¹¹⁵

La ley también garantiza que una compañía de seguros médicos sólo puede establecer una misma contribución para el seguro básico, es decir, el seguro mínimo regulado por ley.¹¹⁶ En la Ley, el contenido del seguro básico está definido, es decir, qué tipo de atención está disponible y en qué condiciones. Ejemplos de ello son: la atención médica por médicos generales, especialistas médicos y matronas; estancia en el hospital; medicamentos; cuidado médico especialista de salud mental, incluyendo el tratamiento por un psiquiatra; atención de salud mental básica, incluyendo el psicólogo de atención primaria y un proceso de

111 Idem.

112 Idem.

113 Zorgverzekeringswet, Article 2.

114 As was discussed in Parliamentary Papers, Second Chamber 2003/04, 29763.

115 Zorgverzekeringswet Articles 2-4.

116 Zorgverzekeringswet, Article 17.

tratamiento por Internet; herramientas para el tratamiento, la atención, la rehabilitación y la enfermería ante una limitación específica; fisioterapia hasta los dieciocho años; terapia física limitada y terapia de ejercicio, hasta el vigésimo primer tratamiento, para ciertas enfermedades crónicas; fisioterapia pélvica para la incontinencia urinaria hasta que el noveno tratamiento; terapia del habla y terapia ocupacional; cuidado dental, control y tratamiento, para menores hasta los dieciocho años; cuidado dental quirúrgico (cirugía) y prótesis; transporte de pacientes; atención a la maternidad; hasta tres horas de tratamiento y asesoramiento dietético; cuota de tres tratamientos de fecundación in vitro; seguimiento de la dislexia; programa para dejar de fumar.¹¹⁷

Las compañías de seguros tienen opciones relativas a la aplicación del plan de seguro de salud. Por ejemplo, pueden decidir si los gastos son reembolsados o si los proveedores de cuidados son pagados directamente por la empresa, y si un riesgo cubierto por el asegurado, además del riesgo legal, puede dar lugar a reducciones de la cotización o no. De esta manera, pueden competir con otras empresas de aseguramiento médico. A las compañías de seguros se les permite obtener beneficios de sus planes de seguro médico.

En sentido estricto, bajo la Ley no hay personas aseguradas sino personas obligadas a suscribir un seguro de una compañía de aseguramiento médico. Si una persona no suscribe este seguro, no se encuentra asegurado; además, en caso de no aseguramiento, se le puede imponer una multa. El seguro se inicia en la fecha en que la empresa recibe la solicitud de suscripción del seguro médico, y el seguro puede incluso tener efectos retroactivos, es decir, hasta un máximo de cuatro meses después de que surja la obligación de estar asegurado. El propósito de esta disposición (la cual es sumamente atípica en el ámbito de los seguros, dado que, en general, “las casas en llamas ya no pueden asegurarse”) es garantizar la integridad del sistema, de modo que haya una cobertura continua para aquellos que tardan en adoptar una elección o para aquellos que cambian las empresas al final del año natural.

¹¹⁷ <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/zorgverzekering/vraag-en-antwoord/wat-zit-er-in-het-basispakket-van-de-zorgverzekering.html>.

Sobre la base de la Ley, el asegurado podrá dar aviso de la terminación del contrato a la compañía de seguros cada año. El objetivo de esta disposición es hacer cambios en las compañías de seguros de forma más fácil. En el caso de un cambio de aseguradora, la nueva tiene la obligación de aceptar todas las solicitudes, independientemente del «perfil de riesgo» del solicitante. Por lo tanto, las personas con riesgos médicos pueden también cambiar de compañía de aseguramiento médico.

Además de los productos de seguros de pensiones, las compañías de cuidado de la salud pueden ofrecer seguros complementarios, como las provisiones y servicios no incluidos en el seguro básico. Estos seguros suplementarios no son obligatorios, pero para las empresas sí son atractivos, ya que a menudo son mucho más rentables que los seguros obligatorios. Las compañías de seguros pueden rechazar a los solicitantes de seguros complementarios. Para los seguros complementarios, muchas empresas exigen que también se suscriba el seguro básico de su empresa, por lo que la selección del régimen complementario de este modo puede influir en la posibilidad de trasladarse de una a otra compañía de seguros médicos.

Como ya hemos visto, el asegurado tiene que pagar la contribución del contrato de seguro que haya elegido; esta contribución es la misma para todas las personas que han comprado este seguro de esta compañía de seguros. Así que no se permite que haya diferencias, por ejemplo, de contribución para el mismo nivel de riesgo y edad. Entre las empresas, sin embargo, las tasas de contribución pueden variar.

La contribución es una tarifa plana que no depende de los ingresos. La contribución puede, sin embargo, ser inferior si se ha optado por un mayor riesgo que va a ser asumido por ellos mismos (hasta 500 euros al año), además de la propia responsabilidad legal obligatoria a cargo del asegurado (350 euros al año).

Algunas compañías de seguros ofrecen el llamado contrato colectivo; esta figura, que se aplica a los trabajadores de una empresa en particular, o a los miembros de un club deportivo o a los integrantes de un sindicato o de una asociación de pacientes, no hay límite en el tipo de producto con el que una compañía de seguros puede llegar a un acuer-

do. Sobre la base de este tipo de contrato colectivo, las reducciones de la contribución que se pueden ofrecer a los miembros de la colectividad son de un máximo del 10%.

Las personas de menos de dieciocho años no tienen que pagar contribuciones, y las personas con bajos ingresos pueden recibir una compensación por el pago de la contribución, pagado por la oficina de impuestos.

Además, una contribución determinada en función del salario del trabajador es aportada por el empresario a un fondo de compensación de riesgos. Este fondo compensa una cobertura de seguro si existen personas con riesgos más altos que la media. Se temía que de otro modo los fondos particulares trataran de disuadir a las personas de alto riesgo, como los enfermos crónicos, de suscribir un seguro. En 2012, el Gobierno anunció que reduciría de modo gradual las sumas pagaderas por el sistema, ya que parece que no se está fomentando lo suficiente a las compañías de seguros para ofrecer servicios de atención de manera más eficiente, ya que son compensados de todos modos. Por esta razón, el ajuste se llevará a cabo “ex ante” sólo, es decir, conforme a las características específicas de los clientes.

El contenido de la atención de salud que se debe proporcionar está todavía definido por normas legales, pero la gestión de las prestaciones relativas a la salud se lleva a cabo por organizaciones privadas. Por lo tanto, este sistema mantiene un ajustado equilibrio entre la solidaridad y la obtención de beneficios. El propósito de este sistema es introducir la eficiencia en el mismo, mediante instrumentos de mercado y el mantenimiento de un régimen adecuado y a la vez asequible para todos los residentes.

VI. Conclusiones sobre el sistema de beneficios holandés

En esta descripción del sistema holandés, no hemos descrito todas sus prestaciones (por ejemplo, no se han mencionado las prestaciones familiares y prestaciones de supervivencia), pero sí una parte importante de ellas. Enfermedad e incapacidad se han vuelto a regular en la última década para alentar a las personas a permanecer o reintegrarse

al trabajo. Para las prestaciones por enfermedad se ha ido dando la plena responsabilidad al empresario, aunque definiendo cuidadosamente el marco legal de las facultades y obligaciones del mismo. Aunque los trabajadores sienten los efectos de este cambio y tienen la clara obligación de cooperar en la reincorporación al mercado, la principal atención se focaliza en el empresario, que ya no se beneficia de la solidaridad de otros empresarios, tal como se organizaba con anterioridad en torno a la Ley de prestaciones por enfermedad.

En la prestación por incapacidad, la atención se centra más en los propios trabajadores; se les anima, después de un período y en función del salario, por instrumentos financieros, para que acepten un trabajo. Estas personas primero tienen un período durante el cual junto con sus empleadores han de llevar a cabo actividades de reinserción laboral. Después de esto, el empleado puede, siempre que haya una relación laboral, requerir que el empresario asuma las actividades de reintegración, y esto puede ser causa de que el empresario sienta los efectos de la Ley de incapacidad. Como resultado de este sistema, las personas con incapacidad, con mejores oportunidades de integración en el mercado de trabajo reciben una mayor prestación. Así, el sistema no se limita a responder a las diferencias en la incapacidad, sino que otros factores, tales como tener un empresario cooperativo, tener una red, ser ‘empleables’, estar motivado y suficientemente cualificado, juegan un papel relevante.

Las prestaciones por desempleo también han sufrido un cambio importante en términos de prevención. Desde el año 2006, tras la decisión del empresario de despedir a un empleado, éste es admitido en el sistema de prestaciones si se cumplen las restantes condiciones establecidas. En este caso, el sistema de prestaciones es empleado para servir como “lubricante para el mercado laboral”, los trabajadores deben ser alentados a ir a donde más se necesitan, y pueden hacer uso de la prestación en el período intermedio. Actualmente, el Gobierno ha solicitado al Consejo Económico Social que investigue si los incentivos, al igual que para el subsidio de enfermedad, se pueden introducir también para que los empresarios puedan mantener a sus empleados aptos para trabajar (‘empleables’) durante su relación laboral, y para que puedan encontrar

más fácilmente un trabajo cuando son despedidos. En caso de desempleo, es más difícil de imponer medidas a los empresarios que despiden a los empleados, dado que éstos incluyen también a las empresas con problemas económicos.

Con respecto a la Ley del Seguro de Salud, hay que reconocer que, en primer lugar, la solidaridad ha aumentado, ya que hasta la presente Ley, sólo los trabajadores con cierto nivel de salario estaban asegurados obligatoriamente. El sistema actual ofrece cobertura a todos los residentes. Dado que las empresas aseguradoras compiten entre sí, no es un sistema de solidaridad como tal. Sin embargo, el gobierno mantiene un férreo control sobre las contribuciones máximas y aumentos en las contribuciones. Las compañías de seguros intentan seleccionar a los clientes más atractivos por los siguientes medios: ofrecer contribuciones más bajas para aquéllos que aceptan sus propios riesgos altos, hacer productos especiales de seguros para las personas con alta titulación académica, y por medio de los seguros complementarios especiales.

La prohibición de la selección de riesgos (incluso en el caso de cambio de empresa) y la obligación de proponer las mismas aportaciones a todos los suscriptores de un mismo producto de seguro, son elementos importantes de solidaridad también. Por otra parte, la obligación del empresario de pagar una contribución en función del salario y el fondo de compensación de riesgos, logran la solidaridad, esta vez entre las propias empresas, ya que comparten la responsabilidad ante los riesgos más gravosos. Aquí vemos una tensión, sin embargo, dado que la pregunta es si entorpece el funcionamiento efectivo de mercado de seguros, ya que un fondo de este tipo no encaja bien con las empresas con ánimo de lucro.

Entonces, el enfoque no radica en cambiar las reglas una y otra vez, o en aplicar las normas de manera más o menos estricta con el fin de ser más eficientes y ahorrar dinero, ya que los actores en la sociedad intentarán trasladar sus costos a los fondos colectivos si hay tal responsabilidad. Esto no debe ser visto un comportamiento inmoral, sino como un enfoque racional, al menos a un nivel individual, por lo que también se requiere una respuesta racional.

Tal respuesta racional puede encontrarse en poner las responsabi-

lidades al nivel más bajo, con aquéllos que están directamente implicados; así, organizarán un enfoque adecuado. Esto puede variar de prestación a prestación; por ejemplo, el enfoque en caso de enfermedad difiere del de desempleo, de la incapacidad y de la atención de la salud. Es importante que los trabajadores no se vean afectados negativamente y que por lo tanto, por ejemplo, en el caso de enfermedad, la forma de evaluarla, el nivel y la duración de las ayudas por enfermedad, las bases para la exclusión y sanción y las excepciones a la obligatoriedad de abonar el subsidio de enfermedad estén estrictamente definidas. Además, en la legislación laboral, no debe permitir que las vías de escape, como ocurre con el despido, y tiene que haber un sistema judicial rápido y accesible. Si esto existe, el sistema no priva a los trabajadores de sus derechos, sino que anima a los empresarios a hacer mucho más para prevenir la enfermedad y ayudar a que el trabajador se reincorpore al trabajo. En este sentido el resultado es positivo en general: no depende de la financiación pública y el trabajador todavía encuentra trabajo adecuado. Todavía encontramos problemas en algunas áreas, especialmente en el caso de trabajadores que están a menudo enfermos y que pueden ser, incluso, despedidos en los períodos de recuperación. También hay una tendencia a que los empresarios eludan los contratos de trabajo fijos, y prefieren contratos temporales o acudir a las empresas de trabajo temporal. El Gobierno ha introducido un sistema en el que los empresarios tienen que pagar una contribución mayor para la prestación por enfermedad si sus antiguos trabajadores se convierten en enfermos o incapacitados. De esta manera se espera que la proporción de trabajo “flexible” se reduzca.

El último ejemplo muestra que el sistema nunca será perfecto. También es bastante incierto si puede ser exportado a otros países, dado que los sistemas varían enormemente de un lugar a otro y también el sistema de la legislación laboral es decisivo para el éxito. La última cuestión es que faltan datos detallados sobre los efectos de los ingresos en los trabajadores reincorporados al trabajo, en la calidad del mismo, etcétera.

No obstante, espero que el desarrollo en los Países Bajos sea útil para el debate sobre cómo un sistema puede ser moldeado en términos de la

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

distribución de responsabilidades entre los actores y por lo tanto influir en los costes, a la par que, básicamente, se mantienen intactos los derechos de los demandantes.

La legislación búlgara sobre el trabajo y la Seguridad Social, ¿ayuda a combatir la crisis económica?

PROF. DR. KRASSIMIRA SREDKOVA*

1. El desarrollo de la ley como un regulador de las relaciones sociales es un fenómeno dinámico, determinado por los cambios en las relaciones socio-económicas, sociales y políticas. La reforma legal es un proceso continuo dirigido principalmente a los cambios en el marco jurídico, en las instituciones que lo llevan a la práctica y en las autoridades, a la interacción entre ellos, a la provisión de recursos para la aplicación de la ley y a la cualificación profesional del personal.

La legislación laboral de Bulgaria tiene más de un siglo de historia. Más reciente es la historia de la legislación de Seguridad Social. Durante este tiempo, hubo momentos tanto de avance, como de retroceso.

Las nuevas condiciones económicas y sociales en Bulgaria, la globalización, la pertenencia a la UE establecen nuevos requisitos normativos, principalmente, en las relaciones laborales. Estos requisitos deben ser cumplidos por un procedimiento legislativo moderno. Lamentablemente en los últimos años, se han puesto de manifiesto una serie de problemas, tanto en el contenido de la legislación laboral, como en los

* Prof. Dr. Krassimira Sredkova, Sofia University “St. Kliment Ohridski” – Bulgaria. Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario Para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

instrumentos jurídicos. Por otra parte, lo que es particularmente preocupante es que, en lugar de ser abordados estos problemas, se agravan. A la tradicional explicación de estos problemas con la adhesión a la UE¹, se añade una explicación actual: la crisis económica. En efecto, ésta tiene graves consecuencias en el derecho laboral también. Entre ellas se encuentran la disminución sustancial del empleo, niveles de vida más bajos, aumento de la inflación, aumento de la pobreza y el agravamiento de la desigualdad social en la sociedad entre un pequeño grupo de muy ricos y la mayoría de los muy pobres.²

Naturalmente, la solución de los problemas económicos debe hacerse con el propio desarrollo de la economía. Sin embargo, la ley debe encontrar su lugar también. Ésto es especialmente relevante para el derecho laboral³. Regula las relaciones de trabajo, que son los medios de ejecución del proceso de producción. Por eso su importancia para superar los efectos negativos de la crisis tiene un valor incalculable. Sin embargo, la legislación laboral debe ser equilibrada - tener en cuenta los intereses de ambas partes en la relación laboral-, para buscar la combinación más eficiente entre la función protectora y la económica.

2. Desafortunadamente, la legislación laboral en Bulgaria en los últimos años ha mostrado cada vez menos éxito en este sentido. Es, ante todo, **inestable** – periódicamente se adoptan nuevas regulaciones, y aquellas que están vigentes están en constante cambio y esto crea dificultades en su aplicación. Un ejemplo de ello es que desde los cambios democráticos a finales de 1989, el Código de Trabajo (LC) ha sido modificado 79 veces, y ¡el Código de Seguridad Social, adoptado en 1999, 105 veces! Se está creando una legislación miope e inestable, lo que

1 See on these issues Средкова, Кр. Поредни недоразумения в трудовото законодателство с европейско оправдание. – Съвременно право, 2006, № 2, 7–21; Средкова, Кр. Икономическата криза ли е причина за кризата в трудовото законодателство? – In: *Съвременното право: проблеми и тенденции*. Ред. Кр. Средкова. С.: Сиби, 2011, 330–346.

2 See Хесел, Ст. Възмутете се. С.: Колибри, 2011, 12–24; Мръчков, В. Трудово право. 8. изд. С.: Сиби, 2012, 30–31.

3 See in particular Simitis, S. Is there still a Future for Employment Law? – In: *5th European Regional Congress for Labour Law and Social Security. General Reports*. Leiden, 1996, 1–24.

desestabiliza su aplicación. Ésto amplía las colisiones en el acto jurídico pertinente, ya que con demasiada frecuencia los legisladores no tienen en cuenta la afectación de las modificaciones sobre otras normas, o el impacto de las modificaciones propuestas en el marco jurídico general. Este enfoque, además del daño que causa, sugiere que sólo hay una búsqueda de implantar medidas populistas en lugar de trazar el camino para un proceso legislativo serio, profesional y con una estrategia clara a largo plazo. La falta de una debida consideración del proyecto de ley genera cambios frecuentes y apresurados de las leyes recientemente adoptadas, que a su vez provoca serias dificultades para las autoridades que intentan que se cumpla la ley, la incertidumbre en el cambio, y la inestabilidad en el ordenamiento jurídico en la práctica. Esto da lugar a la desconfianza en el sistema legal búlgaro entre las personas físicas y las personas jurídicas.

3. Uno de los mayores problemas del proceso legislativo búlgaro en general, y de la regulación jurídica de las relaciones laborales y de seguridad social, en particular, es la **transposición de la legislación comunitaria**.⁴

Las *traducciones* de las directivas de la UE son una continua copia infundada de *palabra por palabra* (muy a menudo inexactas). Esta transposición literal subestima la tradición jurídica nacional y sus logros. Lo que, a menudo, lleva a una inversión de las soluciones jurídicas búlgaras tradicionales que no es requerida por la legislación de la UE. No toma en cuenta el hecho de que cada directiva de la UE establece que las disposiciones de esta Ley no afectarán a las decisiones legislativas nacionales, a los contratos colectivos, a la práctica nacional y otros, como la aplicación de las decisiones jurídicas más favorables.

Por otro lado, el hecho de que la transposición de un acto de la legislación de la UE en el sistema jurídico interno no requiere, necesariamente, un *acto nacional separado y específico* no se tiene suficientemente en cuenta. Por ejemplo, la transposición de la Directiva 94/45/ CE del

4 See Средкова, Кр. Поредни недоразумения, 7—21; Средкова, Кр. Трудовото право на Европейския съюз и българската правна система. – In: *Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право*. Т. III. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2009, 11—37.

Consejo, de 22 de septiembre de 1994 sobre el establecimiento de un comité de empresa europeo y un procedimiento a efectos de información y consulta en las empresas de dimensión comunitaria y grupos de empresas con ámbito comunitario podría haberse hecho con la enmienda al Ley general sobre la regulación de las relaciones laborales - el Código del Trabajo-, en lugar de con la adopción de un Ley independiente y prolija: la Ley sobre Información y consulta en las empresas y grupos de empresas comunitarias transfronterizas.

Otra cosa. A menudo, debido a la falta de otros argumentos serios, los promotores de los proyectos de ley utilizan un *argumento circular*: “Viene exigido por la legislación de la UE”, sin especificar lo que se requiere por tal norma de la UE. Un ejemplo típico es una serie de enmiendas al Código de Seguridad Social, dado que la legislación de la UE sólo se ocupa de la coordinación de los sistemas de planes sociales, y no establece normas obligatorias que afecten en el contenido del marco jurídico nacional.

No obstante, uno debe dar cuenta de los esfuerzos – más o menos exitosos-, que la legislación búlgara está haciendo para conciliar los intereses de las partes en las relaciones laborales dentro del proceso de superación de los efectos adversos de la crisis económica.

4. La legislación laboral búlgara regula principalmente el trabajo bajo las **relaciones de empleo clásicas** – por un tiempo indefinido, o durante un periodo definido. La regla es el trabajo bajo contrato laboral *por tiempo indefinido*. Se deriva de la disposición del artículo 67, párr. 2 LC, donde “se considerará contrato de trabajo el celebrado por tiempo indefinido, salvo que se acuerde expresamente otra cosa.” Además, el artículo 327, párr. 1, sub-párrafo 7 LC, da derecho al empleado que trabaja bajo contrato de trabajo temporal por un período determinado o una sustitución, darlo por terminado sin previo aviso, en caso de aceptar un empleo en otro lugar en virtud de un contrato de trabajo por tiempo indefinido. No es necesario señalar los beneficios de esta forma de empleo.

Se permite la celebración de *contratos laborales de duración determinada*. Conforme a lo mencionado en el artículo 68, párr. 1 LC, éstos pueden ser: por un período determinado, que no podrá ser superior a

3 años, en la medida que en una ley o en un acto del Consejo de Ministros no se disponga otra cosa; hasta la finalización de algunos *trabajos específicos*; para la *sustitución* de un empleado que se ausente de su trabajo; para trabajar en un *empleo, al que se accede a través de un concurso*, por el momento, hasta que se obtenga por oposición; para un *determinado mandato*, cuando el mismo se ha especificado para el cuerpo respectivo. Esta variedad de opciones para los contratos de trabajo de duración determinada permite tanto la satisfacción de las necesidades específicas del empresario, así como el empleo (aunque temporal) de más ciudadanos. Sin embargo, debido a que los contratos de trabajo de duración determinada, a menudo se utilizan para burlar la ley (sobre todo para facilitar la terminación de los mismos), se han introducido algunas restricciones desde 2001, por ejemplo, el artículo 67, párr. 3 LC establece que un contrato de trabajo celebrado por tiempo indefinido no puede transformarse en un contrato de trabajo de duración determinada, salvo que se desee de forma explícita por el empleado, y lo declare por escrito. El ámbito de aplicación de los contratos de trabajo de duración determinada por un período definido también fue limitado.

Conforme a lo mencionado en el artículo 68, párr. 3 LC, dichos contratos podrán celebrarse por la ejecución de obras y actividades temporales, estacionales o de corta duración, así como con los empleados recién contratados en las empresas que han sido declaradas en quiebra o en liquidación. Sólo como excepción, pueden celebrarse por las obras y actividades que no son temporales, estacionales o de corta duración, por no menos de un año (artículo 68, párr. 4 LC). La excepción, según lo dispuesto en el § 1, p. 8 SP LC debe estar vinculada a motivos objetivos económicos, tecnológicos, financieros y de otra índole que existen en el momento de celebración del contrato de trabajo. Estas circunstancias se harán constar en el contrato.

Estos cambios en la regulación estatutaria laboral han dado buenos resultados.

5. Las nuevas condiciones económicas imponen un marco que permita una **mayor flexibilidad** y tenga en cuenta los intereses de ambas partes en la relación laboral. En este sentido, se actualizó el marco ju-

rido actual de las relaciones de trabajo estándar y se estableció uno nuevo. He aquí algunos ejemplos:

a. empleo a tiempo parcial⁵.

La opción de celebrar un *contrato de trabajo a tiempo parcial* ha existido desde la adopción del Código de Trabajo en 1986; sin embargo, no estaba tan extendido como en los últimos años. Ambas partes conocen las ventajas y las desventajas de este acuerdo de trabajo. Por desgracia, en nuestro país se utiliza no sólo para satisfacer las necesidades objetivas del trabajador y del empleador, sino también para eludir la legislación laboral - sobre todo para reducir las cotizaciones sociales. Por otra parte, la Inspección General de Trabajo ha revelado casos de trabajo a tiempo completo, mientras que lo que se declara es un contrato a tiempo parcial, en estos casos la remuneración económica no es la fijada en el contrato sino la basada en un acuerdo verbal entre ambas partes; y en el peor de los casos, el contrato aparece como de trabajo a tiempo parcial, mientras que en la realidad el trabajo se realiza por la jornada normal de trabajo, e incluso sin la remuneración debida en estos casos. Para combatir este tipo de delitos en 2012 se introdujo una nueva medida administrativa de carácter obligatorio (artículo 404, párr. 1 sub-párrafo. 9 LC). Cuando se identifica una violación de estas normas, las autoridades que controlan el cumplimiento de la legislación laboral expiden un mandato obligatorio a los empresarios para rectificar el contrato de trabajo celebrado a tiempo parcial por un contrato de trabajo a jornada completa. El incumplimiento de dicha prescripción obligatoria está vinculada a la exigencia de responsabilidad administrativa del empresario o del funcionario de que se trate (artículo 415, párr. 1 LC).

5 See Банова, Ем. Трудов договор при непълно работно време. –Труд и право, 2000, № 7; Микова, В. Може ли работодателяят едностранно със заповед да въведе шестчасов работен ден. – Труд и право, 2001, № 2; Средкова, Кр. Трудово право. Специална част. Дял II. Индивидуално трудово право. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2011, 173--174; Средкова, Кр. – In: Мръчков, В., Кр. Средкова, Ат. Василев. Коментар на Кодекса на труда. 11. изд. С.: Сиби, 2013, 463--476; Мръчков, В. Op. cit., 331--337; Sredkova, Kr. Working time and the principle of flexicurity in Bulgarian Labour Law. – In: Current issues of business law, 2011, 6(2); Нинева, См. Правна регламентация на възможностите за гъвкава организация на работното време в българското трудово законодателство – предимства и недостатъци. – Информационен бюлетин по труда, 2013, № 4.

La opción para el *establecimiento unilateral de trabajo a tiempo parcial por el empleador* se introdujo en 2006 (artículo 138 bis LC). Esto es posible en caso de reducción del volumen de trabajo. Así, cuando la reducción del volumen de trabajo es temporal y se espera que se supere, el empresario puede mantener relaciones de empleo, pero, temporalmente, reducir las horas de trabajo recogidas en el contrato. Por lo tanto, su obligación de pagar la remuneración por el tiempo de inactividad y las contribuciones de seguridad social pertinentes se ve disminuida.

Sin embargo, la libertad del empleador no es completa. La introducción unilateral de trabajo a tiempo parcial está sujeta a varios requisitos importantes:

En primer lugar, *la duración del tiempo de trabajo* no puede ser inferior a la mitad de la duración legal del trabajo a jornada completa. Esto garantiza que el trabajo realizado se considerará como un día completo en términos de vida laboral.

En segundo lugar, el derecho del empresario a introducir el trabajo a tiempo parcial de manera unilateral se limita a *tres meses en un año natural*. Esto puede hacerse por simple introducción de ese régimen para el período máximo permitido, así como mediante la introducción repetida durante períodos más cortos cuya duración total no exceda del máximo señalado.

En tercer lugar, el empresario puede introducir de manera unilateral el trabajo a tiempo parcial para los empleados *en toda la empresa o en una parte concreta de la misma*. No está permitida la aplicación a un contrato individual de trabajo en particular.

En cuarto lugar, la introducción del trabajo a tiempo parcial por el empleador requiere una *negociación previa* con los representantes de los trabajadores y de los sindicatos.

Esta opción se utiliza con relativa poca frecuencia. Desafortunadamente, algunos empresarios sin escrúpulos abusan de esta opción también por el ahorro de dinero en los salarios y las cotizaciones de Seguridad Social, mientras que los trabajadores realmente trabajan más tiempo por el salario (pero no se abonan las cotizaciones sociales por jornada completa);

b. ampliación de la jornada de trabajo.⁶

Las enmiendas al Código del Trabajo de 2001 y 2006 permitieron la posibilidad de ampliar las horas de trabajo por parte del empresario (artículo 136 letra A). Se permite por razones relativas a la producción. La posibilidad de ampliar la jornada de trabajo refleja el interés económico del empresario en ejecutar las operaciones de la empresa de un modo más rítmico y efectivo. La ampliación consiste en el establecimiento de un tiempo de duración de trabajo mayor de lo usual (normal o reducida). En estos casos, la ley establece ciertos requisitos para evitar la violación indebida de los derechos al trabajo y al tiempo libre por parte de los trabajadores. Estos requisitos se refieren a:

En primer lugar, *la duración de la jornada de trabajo*. No puede ser ésta de más de 10 horas en los casos de jornada normal de ocho horas, y en casos de jornada de trabajo reducida (por ejemplo, trabajo en condiciones de vida difíciles), la ampliación podrá ser de una hora.

En segundo lugar, *el período de prórroga*. No puede ampliarse en más de 60 días de trabajo dentro del periodo de un año. Con el fin de evitar una excesiva presión sobre el empleado y violación del ritmo habitual no sólo de su empleo, sino también de su vida personal, familiar y social, la extensión no puede ser por más de 20 días laborables consecutivos.

En tercer lugar, *la introducción de más horas de trabajo*. Se puede permitir sólo previa consulta con los representantes de los trabajadores y de los sindicatos y la notificación previa a la inspección del trabajo.

En cuarto lugar, *la compensación por la ampliación de la jornada laboral*. La compensación procede con la respectiva reducción proporcionada de las horas de trabajo en otros días laborables. La compensación debe hacerse dentro de los cuatro meses siguientes al día de trabajo. Cuando el empleador no fije la compensación a la ampliación de las horas de trabajo, los trabajadores tendrán derecho a determinar por sí mismos el momento para compensar dicha ampliación con la reducción correspondiente, mientras que lo notifiquen por escrito al

6 See Средкова, Кр. Трудово право, 142--147; Средкова, Кр. – In: *Коментар*, 447--458; Мръчков, В. Ор. cit., 326--331; Банова, Ем. Правна възможност за удължаване на работното време. – Труд и право, 2013, № 3; Нинева, См. Ор. cit.

empresario en ese sentido, al menos, con dos semanas de anticipación. Si la relación laboral concluye antes de la compensación, la diferencia de horas con la jornada normal de trabajo se abonará como horas extraordinarias.

Esa opción no estaba muy extendida. Esto es principalmente debido a la caída general de la producción, lo que a veces no permite una carga de trabajo para la jornada laboral normal y, mucho menos, como para exigir su extensión;

c. el cómputo de tiempo de trabajo.⁷

Esta es una buena oportunidad para facilitar las actividades del empresario, siempre y cuando no haya violación de los derechos de los trabajadores. La **contabilización de tiempo de trabajo** está determinada, no por un día de trabajo, sino por períodos más largos: semana, mes u otro, pero no por más de seis meses. Hasta la modificación del artículo 142 LC en 2006 tal oportunidad existía solamente para trabajo en una producción continua u organización de trabajo no interrumpible. Después de las modificaciones legales no hay tales restricciones – el cómputo del tiempo de trabajo se permite, a discreción del empresario. Esto tiene sus ventajas para la organización racional del trabajo - la oportunidad de trabajar todos los días de la semana como los fines de semana, que no son días de descanso en el cómputo de horas de trabajo; evitando las horas extras cuando hay trabajo estacional intensivo; reducir el número de la mano de obra requerida, etc.

Desafortunadamente, estos casos también permiten una serie de infracciones. De acuerdo con la Inspección General de Trabajo, las cuentas de tiempo de trabajo, a menudo ocultan las horas extraordinarias, y no siempre en la determinación de los cambios el mínimo de descanso diario, etc está garantizado. Los sindicatos reaccionan muy fuertemente en contra de tales infracciones.⁸

7 See Анчев, Д. Трудът над 8 часа в работни дни при сумирано изчисляване на работното време не е извънреден труд. – Труд и право, 2000, № 8; Средкова, Кр. Развитие на производствената функция на трудовото право чрез правната уредба на работното време. – Юридически свят, 2001, № 2; Средкова, Кр. Трудово право, с. 159; Средкова, Кр. – In: Коментар, 498--500; Нинева, См. Op. cit.

8 See КНСБ. Сумирано изчисляване/отчитане на работното време. С.: 2014, 12—24.

6. Los ejemplos anteriores (hay otros también) demuestran que la **legislación laboral** de Bulgaria ofrecen medidas adecuadas para un uso más eficiente de la mano de obra. El problema está en su **uso en la práctica**. Depende de la voluntad y la buena fe de las dos partes en la relación laboral. Obligados por la necesidad (aunque de naturaleza diferente) los empresarios y los trabajadores se toman la libertad de eludir, e incluso violar directamente la ley en nombre de la ganancia económica – beneficio, por un lado y remuneración, por otro.

7. Junto con las relaciones laborales habituales en los últimos años la legislación búlgara ha empezado a introducir algunas **nuevas formas de empleo atípicas** a la realidad social búlgara. Estas formas eran ya conocidas en los países europeos más desarrollados (Reino Unido, Alemania, Francia y otros), sin embargo, para nuestro país este es un fenómeno nuevo, y su aplicación sigue siendo insuficiente en la práctica.⁹ Éstas incluyen:

a. trabajo desde casa.¹⁰

Esta forma de empleo ^{era} conocida para la ley laboral de Bulgaria hasta 2011 sólo **para las madres con hijos menores de seis años** (artículo 312 LC)¹¹. Sin embargo, no se utilizaba casi nunca en la práctica.

Inicialmente con un acuerdo entre los sindicatos más representativos y las organizaciones de empresarios, y más tarde con la introducción de los nuevos artículos 107 ter – 107 letra G, en el Código del Trabajo en 2011, se establece una **oportunidad general para trabajar**

9 See Средкова, Кр. Нетипичните форми на трудова заетост се нуждаят от правна уредба. – In: *Правната наука. Традиции и актуалност*. Пловдив: ПУ „П. Хилендарски“, 2012, 446–452; Средкова, Кр. За „специфичното“ в правната уредба на специфичните трудови правоотношения. – In: *Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право*. Т. VI. С.: УИ „Св. Кл. Охридски“, 2013, 26–39.

10 See Мръчков, В. Работно време и почивки при извършване на надомна работа. – In: *Трудови отношения 2012*. С.: Труд и право, 2012, 367–385; Мръчков, В. Трудово право, 247–248; Мръчков, В. – In: *Коментар*, 316–323; Сербезова, Ст. Задължения на работника или служителя при извършване на надомна работа. – In: *Трудови отношения 2012*, 352–354; Симеонова, Ст. Определение за надомна работа. – In: *Трудови отношения 2012*, 345–347; Симеонова, Ст. Трудов договор за надомна работа. – In: *Трудови отношения 2012*, 347–349.

11 See Средкова, Кр. – In: *Коментар*, 921–924.

desde casa, junto con las reglas generales de su régimen jurídico. Está regulado como un contrato de trabajo para la producción de bienes o prestación de servicios en el hogar del empleado, o en otros locales de su elección fuera del centro de trabajo de la empresa a cambio de remuneración, mediante el uso de sus propios equipos, materiales y otras ayudas o los del empresario. Basado en datos de la Inspección General del Trabajo esta fórmula es todavía utilizada rara vez;

b. teletrabajo¹².

Al igual que el trabajo a domicilio, el teletrabajo también se reguló inicialmente con un acuerdo entre las organizaciones representativas de trabajadores y de empresarios¹³. Después, fue incluida en el marco legal a través de la modificación del Código del Trabajo en 2011 (nuevos artículos 107 letra H - 107 letra O). Está regulado como una forma de organizar el trabajo bajo relación laboral fuera del centro de trabajo de la empresa, por medio de tecnología de la información, que antes de su mudanza haya sido o podía haber sido empleada en los locales del empleador. Esta forma de trabajo está cada vez más generalizada.

Lamentablemente, en el trabajo a domicilio y en el teletrabajo, junto con algunas debilidades en la regulación legal, también hay algunas dificultades con la implantación del control en relación con la necesidad de visitar el hogar del empleado, donde se realiza el trabajo;

c. agencias de trabajo temporal¹⁴.

Esta es la nueva forma de empleo más problemática y discutida en la literatura jurídica y entre los interlocutores sociales. En nuestro país,

12 See Нинева, См. Промените в Кодекса на труда относно дистанционната работа (работата от разстояние). – Информационен бюлетин по труда, 2011, № 12; Мръчков, В. Допълнение на Кодекса на труда: работа от разстояние. – In: *Трудови отношения 2012*, 354—367; Мръчков, В. Трудово право, 249--255; Мръчков, В. – In: *Коментар*, 323--338; Симеонова, Ст. Работата от разстояние – нова форма на трудова заетост. – Информационен бюлетин по труда, 2013, № 2.

13 See for details Микова, В. Ново споразумение за организацията и прилагането на дистанционната работа. – Информационен бюлетин по труда, 2011, № 1; Генова, Яр. Националното споразумение за организацията и прилагането на дистанционната работа в Република България -- прецедент в българското колективно преговаряне. – In: *Правната наука. Традиции и актуалност*, 462—468.

14 See Мръчков, В. Договорът в трудовото право. С.: Сиби, 2010, 182–206; Мръчков,

se presentó con muchas dificultades debido a la vigorosa resistencia de los sindicatos. Fue introducida con la reforma del Código de Trabajo en 2012 (artículos 107 letra P – 107 letra W). De conformidad con el artículo 107 letra P, párr. 1 LC lo que es diferente en esta forma de empleo es que en el contrato con la empresa que ofrece el trabajo temporal se acuerda que el trabajador será enviado para trabajos temporales de la empresa usuaria, y bajo su dirección y control.

La relación jurídica con agencias de trabajo temporal es la que más difiere de la relación de trabajo tradicional. Mientras que en el trabajo a domicilio y el teletrabajo la diferencia está sólo en el lugar de trabajo y en algunas características relacionadas de las condiciones laborales, aquí estamos frente a la separación de los derechos de los empresarios y las obligaciones entre dos entidades legales; el empresario-agencia que proporciona el trabajo temporal y el usuario que lo asume. La empresa usuaria no entra en una relación laboral con el empleado, pero todavía hay derechos y obligaciones mutuas entre ellos con respecto a la prestación del trabajo. A través de este contrato, la empresa-usuaria reduce sus costes relacionados con la gestión y el mantenimiento de la fuerza de trabajo. La principal ventaja de esta relación es la capacidad de responder rápidamente a las fluctuaciones en la demanda de mano de obra (por ejemplo, se necesitan más trabajadores, pero sólo durante

В. Трудово право, 259–268; Мръчков, В. Допълнения в Кодекса на труда и в Закона за насърчаване на заетостта относно временната работа. – Труд и право, 2012, № 1, Приложение; Мръчков, В. Допълнение в Кодекса на труда за временната работа. – In: *Трудови отношения 2012*, 367–385; Мръчков, В. – In: *Коментар*, 338–357; Мръчков, В. Солидарна отговорност на предприятието, което осигурява временна работа и предприятието ползвател. – In: *Трудови отношения 2014*. С.: Труд и право, 2014, 387–388; Нинева, См. Промените в Кодекса на труда относно предприятията, които осигуряват временна работа. – Информационен бюлетин по труда, 2012, № 3; Нинева, См. Допълнителни условия за извършване на работа чрез предприятие, което осигурява временна работа. – Информационен бюлетин по труда, 2012, № 4; Нинева, См. Подбор и масово уволнение на работници и служители, изпратени в предприятие ползвател от предприятие, което осигурява временна работа. – Информационен бюлетин по труда, 2013, № 8; Димитрова, Е. Оценка на въвеждането на регулаторен режим при регистрацията на предприятия, които осигуряват временна работа. – Информационен бюлетин по труда, 2012, № 3; Мингов, Ем. Особености на трудовите правоотношения на работодателите и служителите с работодател, осигуряващ временна заетост. – Норма, 2012, № 2.

un determinado período de tiempo, para reemplazar a un empleado ausente, hasta que se complete el proyecto, o en caso de aumento temporal de la carga de trabajo debido a un mayor número de pedidos, etc). Ahorra costes para la búsqueda y contratación de los solicitantes de empleo. Para la empresa- usuaria es muy atractiva la oportunidad de facilitar la terminación de la relación laboral, cuando ya no se necesita la fuerza de trabajo del trabajador temporal, en comparación con la terminación del empleo de sus trabajadores en plantilla. El uso de este tipo de empleo sería muy conveniente para el trabajador también, ya que le ahorraría esfuerzos para buscar un trabajo e ir a una entrevista de trabajo. Proporciona al trabajador, al menos, una alternativa temporal al desempleo y le permite ganar experiencia y especializarse en una ocupación o actividad específica. A veces, el trabajo temporal es un paso hacia el empleo permanente con el mismo empresario.

Por desgracia, trabajar bajo este tipo de relación muestra, a pesar del corto período de tiempo desde que se ha introducido en Bulgaria, una serie de debilidades. Casi todos los investigadores de este tipo de relaciones están de acuerdo en que las personas que trabajan bajo las mismas disfrutan de un menor nivel de protección social que los que trabajan en relación laboral convencional. Sin embargo, estas deficiencias no son sólo conocidas en la literatura jurídica búlgara.¹⁵ La debilidad principal es la del salario más bajo en comparación con el del trabajador de plantilla. Algunos de los problemas asociados a esta forma de empleo son: la falta de un trabajo fijo que proporciona al trabajador la seguridad de disponer el trabajador de renta del trabajo, la oportunidad para la actualizarse dentro de la profesión, y la promoción vinculada al aumento de sueldo, etc, y además requiere cambios frecuentes del entorno de trabajo, lo que dificulta la integración en la plantilla. Por lo

15 See for example Нуртдинова А. Заемный труд: особенности организации и возможности правового регулирования. – Хозяйство и право, 2004, № 9; Злобин, Р. Гибкий рынок труда: стандартные и нестандартные формы занятости. – Вестник Саратовского государственного социально-экономического университета, 2011, № 4; Davidov, G. Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships. -- British Journal of Industrial Relations, 2004, № 1; Mitlacher, L. Temporary agency work and the blurring of the traditional employment relationship in multi-party arrangements – the case of Germany and the United States. -- International Journal of Employment Studies, 2007, Vol. 15, № 2.

tanto, es muy importante buscar el equilibrio óptimo entre la eficiencia económica y la protección de los derechos laborales fundamentales de los trabajadores, ya que muy a menudo la eficiencia económica está reñida con la seguridad social. En otras palabras, en la regulación de estas relaciones de trabajo, es necesario buscar un compromiso entre las dos funciones de la legislación laboral, la económica y la protectora.

8. Un problema importante de la legislación laboral de Bulgaria es el trabajo sin una relación laboral. A pesar de la exigencia imperativa del artículo 1, párr. 2 LC de que las relaciones para proporcionar mano de obra están regulados sólo como relaciones laborales, en nuestro país se sigue produciendo el encubrimiento de éstas mediante la celebración de los llamados „contratos civiles“ e, incluso, la existencia de trabajo sin ninguna base legal. Las razones son claras. Para el empresario ésto se relaciona con la facilidad de las medidas de protección para los empleados, y para el segundo - la necesidad de una remuneración. Para superar este fenómeno Código del Trabajo (artículo 405 letra A) proporciona un remedio específico. Se expresa en el hecho de que la Inspección de Trabajo tendrá derecho a anunciar la existencia de relación laboral, en caso de determinar la provisión de mano de obra en violación del artículo 1, párr. 2. En estos casos, la existencia de una relación laboral podrá establecerse por cualquier medio de prueba.

La regla mencionada anteriormente es un recurso legal no contra el uso de los contratos civiles en general, sino contra su uso ilegal, que esconde las relaciones laborales, y perjudica los intereses de los trabajadores.¹⁶ Entre otras cosas, esto ahorra las cuotas patronales al régimen de Seguridad Social, no tiene problemas con la terminación de las relaciones laborales, el trabajador no tiene derecho a las prestaciones por desempleo. Incluso hay fenómenos tales como la petición del mismo trabajador de trabajar sin un contrato, por lo que durante el período correspondiente puede seguir recibiendo, en su caso, las prestaciones por desempleo si el empleo anterior se dio por terminado.

La medida de LC artículo 405 letra A ha dado ciertos resultados. Por

¹⁶ See for more details Мръчков, В. Трудово право, 968—972; Мръчков, В. – In: *Коментар*, 1166—1174.

ejemplo, en el año 2013 la Inspección General del Trabajo estableció 2.993 infracciones, que con 1.182 menos en comparación con las detectadas en el año 2012.

9. Uno de los muchos problemas de la **Ley de Seguridad Social búlgara** está relacionado con el pago de las cotizaciones sociales adeudadas por los empresarios. Por un lado, la retribución fija de los contratos de trabajo es baja, y se utiliza como base para la determinación de las contribuciones a la seguridad social, y el otro está en el pago retrasado de las cuotas. Son la principal fuente de ingresos de los fondos de seguros sociales. Desafortunadamente, su participación en este presupuesto en los últimos años sigue disminuyendo. Según el Instituto Nacional de la Seguridad Social, su participación desde 2010 ha disminuido en un 15%. Una de las medidas para remediar la situación fue el establecimiento de un nivel mínimo asegurado de retribuciones a partir del cual se determinan las cuotas a pagar (artículo 6, párr. 2 del Código de la Seguridad Social). Se determina anualmente en la Ley de Presupuesto de la Seguridad Social del Estado a través de los llamados **umbrales mínimos** de Seguridad Social introducidas en 2003.¹⁷ Estos umbrales establecen los niveles mínimos de remuneración (que es el ingreso asegurado a los trabajadores) a partir del que se determinan las contribuciones patronales de seguridad social, con independencia de si exactamente la misma remuneración se fija, y si se le paga al trabajador. El significado de estos umbrales es para detener la práctica común a la que algunos empleadores recurrieron, de establecer en los contratos salarios mínimos en el que las contribuciones mínimas de seguridad social se encuentran, y al pago real de los sueldos en metálico. Estos umbrales asegurados se determinan sobre la base del sector de la actividad económica del empresario, y en el grupo de clasificación de las profesiones a las que pertenezcan las personas aseguradas. Su introducción está empezando a dar los resultados esperados.

10. En el presente informe, no es ni necesario ni posible analizar todo el Derecho del Trabajo, ni toda la legislación de Seguridad Social

¹⁷ See Мръчков, В. Осигурително право. 6. изд. С.: Сиби, 2014, 145—146.

Buenas prácticas jurídico procesales para reducir el gasto social (II)

en Bulgaria, en vista de su contribución a la superación de los efectos adversos de la crisis económica. Resulta que en nuestro país el problema no es tanto el contenido de la ley, como su aplicación. Por supuesto, la situación económica, objetivamente muy difícil, y la continua inestabilidad política que ya dura dos años, no motivan el estricto cumplimiento de las leyes y debilitan la fe en ellas.

“La reducción de los costes sociales” por el sistema de rehabilitación en Alemania: Rehabilitación, Prevención y el papel de los empresarios

STAMATIA DEVETZI*

1. Introducción

“La reducción de los costes sociales” puede ser un objetivo legítimo y atractivo en el campo de la Seguridad Social. Sin embargo, es una expresión muy amplia y vaga que ha de ser concretada.

Una forma de reducir los costes “es conservar o restaurar la empleabilidad y la salud de los trabajadores”, para que puedan permanecer activos durante más tiempo en el mercado laboral. De esta manera, el pago de las prestaciones sustitutorias de ingresos puede verse reducido o aplazado; y, por otra parte, las cotizaciones sociales se pagan durante más tiempo, de manera que se preserva la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social.

La restauración de la salud y el mantenimiento del empleo de los trabajadores que han enfermado o corren el riesgo de convertirse en personas con incapacidad, siempre ha sido un objetivo central del sis-

* Stamatia Devetzi, Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Fulda (Alemania).

El presente trabajo se inserta dentro de las actividades del Proyecto I+D <<Buenas Prácticas Jurídico Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social con Coste Cero>>. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

tema de rehabilitación alemán. Las disposiciones legales para la rehabilitación se han incorporado como libro IX en el Código Social alemán. El Libro IX tiene el título “Rehabilitación e Integración de las personas con incapacidad”, es decir, que regula no sólo cuestiones de rehabilitación, sino que incluye todas las disposiciones pertinentes que faciliten la participación y la integración en la sociedad de personas con discapacidad y también de las personas que se encuentren “en riesgo de convertirse en personas con discapacidad”. Las disposiciones legales establecen prestaciones médicas, laborales y de bienestar social, con el fin de lograr el objetivo de la participación y la integración en la sociedad de forma rápida, eficaz y económica. Estas prestaciones se agrupan bajo el epígrafe “Asistencia para la integración”.

En este trabajo se describe, en primer lugar, el sistema de rehabilitación alemán. En segundo lugar, se pone de relieve la cuestión de la prevención y el papel de los empresarios.

2. El “lema” del sistema de rehabilitación: “Rehabilitación antes que las prestaciones económicas (en metálico)”

La característica principal del sistema de rehabilitación alemán es “rehabilitación antes que pensiones” o - más concreto - rehabilitación antes de cualquier tipo de prestación económica. Todos los tipos de asistencia médica y de rehabilitación ocupacional tienen prioridad sobre los pagos de prestaciones o subsidios de enfermedad o de pensiones. Lo mismo se aplica si la asistencia para la integración ayuda a evitar, resolver o aliviar la necesidad de atención a largo plazo o prevenir su agravamiento - bajo el principio de “asistencia para la integración antes que atención a largo plazo”. En este sentido, deben agotarse todas las posibilidades de restaurar la salud y la capacidad de una persona para el trabajo antes de abonar cualquier tipo de prestación.

3. Evolución histórica

Cuando se establecieron las primeras disposiciones legales de Seguridad Social alemana a finales del siglo XIX, no había llegado la era de las re-

gulaciones codificadas¹ e integrales conocidas hoy. Más bien, se establecieron regulaciones para los grupos individuales de personas y sus problemas específicos². Sin embargo, se puede decir que la seguridad social moderna en Alemania todavía se basa en las reformas de Bismarck³ comenzó en 1881, con la creación de un seguro social para los trabajadores en las áreas de actividad industrial, de pensiones de vejez y de atención médica.⁴

La primera ley de Seguridad Social fue la Ley del Seguro de Accidentes del Trabajo de 1884. Los fondos competentes pronto comenzaron, sobre la base de esta ley, a proporcionar servicios médicos tan pronto como era posible - a partir de 1890 en los hospitales de accidentes - con el objetivo de limitar de manera efectiva las consecuencias de los accidentes de trabajo y la reducción del volumen de pensiones que hubieran sido pagaderas de otra manera. En lo que respecta a los seguros de pensiones, ya era legalmente posible en el año 1889 que los fondos asumiesen los costes de la atención médica en caso de enfermedad o accidente que amenazaran con causar incapacidad laboral y la necesidad subsiguiente de una pensión de invalidez. El principio de “rehabilitación antes que pensiones” se empieza a aplicar entonces. Los reglamentos uniformes sobre el bienestar de las víctimas de la guerra (publicado por primera vez en 1919) también tenían la intención de reintegrar a las víctimas de guerra en un empleo remunerado, siempre que fuese posible. Estos reglamentos se complementan con disposiciones, que también se remontan a 1919, que requerían a los empresarios a contratar a personas con discapacidad grave que fueron víctimas de la guerra y de accidentes. Para la integración de las personas con discapacidad que no pertenecen a los grupos mencionados anteriormente, las primeras regulaciones especiales uniformes se introdujeron en 1924, mediante las cuales las personas con discapacidad fueron considerados como

1 Particularly Section 4 of Book IX and Section 10 of Book I of the Social Code.

2 *BMAS (Federal Ministry for Work and Social Security)*, Rehabilitation and Integration of People with Disabilities, 2014, p. 169.

3 Kaiserliche Botschaft, 17 Nov. 1881, Reichstag V.1, 1.

4 *M. Stolleis*, Origins of the German Welfare State – Social Policy in Germany to 1945 (Springer 2013); *F. Kaufmann*, Thinking About Social Policy – The German Tradition (Springer 2013); *A. Hänlein & F. Tennstedt*, Geschichte des Sozialrechts in: *B. von Meydell, F. Ruland & U. Becker (eds.)*, Sozialrechtshandbuch (SRH), 55 (4th ed., Nomos 2008).

“pobres que podían ser curados”. Del mismo modo, desde el principio, las funciones de colocación en un empleo y la prestación de seguro por desempleo, reguladas por ley del año 1927, incluyen los servicios de orientación y de colocación para personas con discapacidad. Estos servicios se complementan a finales de 1960 por tareas más amplias dirigidas a la rehabilitación vocacional como parte de una “política proactiva del mercado de trabajo”.

En las décadas siguientes al establecimiento de las primeras normas en la materia, se persigue más activamente el objetivo de la integración de personas con discapacidad, o en riesgo de quedar discapacitadas, en la vida laboral y en la sociedad en su conjunto, antes y después del nacionalsocialismo. Así, se refuerza el principio de “una intervención lo más temprana posible”.

En 2001, las diferentes disposiciones jurídicas relativas a la integración de las personas con discapacidad o en riesgo de quedar discapacitado se consolidaron y se incorporan como parte del libro IX en el Código Social alemán. El objetivo era lograr una mayor cooperación, coordinación y convergencia de los diferentes organismos que participan en el sistema de rehabilitación. Por primera vez, las obligaciones de todas las autoridades de la Seguridad Social en el campo de la rehabilitación - y también de los empresarios - fueron reguladas en una ley. De esta manera, el sistema de rehabilitación, más bien complejo hasta entonces, se ha simplificado mediante la armonización de la base jurídica de la prestación de servicios.⁵

4. Objetivos, principios y beneficios del sistema de rehabilitación

En virtud del artículo 4 (1) del libro IX del Código Social, la asistencia para la integración incluye todas las prestaciones de Seguridad Social que, independientemente de la causa de la discapacidad de una persona son necesarias:

- Para evitar, eliminar o aliviar una discapacidad, para prevenir su empeoramiento o para reducir sus efectos;

5 OECD, *Sickness, Disability and Work: Breaking the Barriers*, 2010, p. 149.

“La reducción de los costes sociales” por el sistema de...

- Para evitar, superar o paliar las reducciones en la capacidad laboral o la necesidad de atención a largo plazo o prevenir un agravamiento, así como para evitar la temprana recepción de otras prestaciones sociales o reducciones en los subsidios sociales ya abonados;
- Para garantizar la participación permanente en la vida laboral de acuerdo con las tendencias y capacidades de una persona;
- Promover el desarrollo personal de un individuo en un enfoque holístico, que puedan participar en la vida social y facilitar una vida lo más autónoma y autodeterminada como sea posible.

Los principios más importantes del sistema de rehabilitación alemán son:

- La prioridad de la prevención.
- El derecho de los beneficiarios para expresar deseos y para elegir.
- La prestación económica rápida y eficiente para la asistencia en la integración.
- La cooperación entre los distintos fondos de rehabilitación.

El Sistema de Rehabilitación proporciona las diferentes prestaciones y servicios de Seguridad social en su ámbito. Estos se pueden clasificar de la siguiente manera:

- Asistencia para la rehabilitación médica.
- Asistencia para la integración laboral.
- Ayuda para cubrir los gastos de manutención y otras ayudas complementarias.
- Asistencia para la integración social.

5. El deber de cooperación entre los fondos de rehabilitación

Debido al sistema diferenciado de Seguridad Social en Alemania, la asistencia a la integración no está proporcionada por un sistema de Seguridad Social, pero puede proporcionarse por diferentes sistemas o fondos.⁶ El sistema de rehabilitación médica, ocupacional y social es una responsabilidad conjunta del seguro de pensiones, del seguro de

⁶ Section 7, Clause 2, of Book IX of the Social Code.

salud, del seguro de accidentes, de la Agencia Federal para el Empleo y de los organismos de asistencia social.

La cuestión sobre qué tipo de asistencia a la integración debe ser prestada por cada fondo de rehabilitación y bajo qué condiciones, depende de las leyes aplicables a los fondos de rehabilitación individual; éstos toman en cuenta el hecho de que el sistema establecido consta de varias ramas. Así, la asistencia al seguro de pensión sólo se podrá conceder a las personas que están cubiertas por dicho régimen y la asistencia social sólo a aquellos que cumplen con los requisitos de este régimen especial; las regulaciones pertinentes están recogidas en los respectivos Libros del Código Social y en las demás leyes relativas a la prestaciones de asistencia. Por el contrario, las regulaciones sobre la naturaleza y los objetivos de asistencia para la integración se encuentran en una sola pieza de legislación, en el Libro IX del Código Social. Esto muestra que el objetivo común de la mayor integración posible en la sociedad de las personas con discapacidad y en riesgo de quedar discapacitado, es perseguido, en general, de manera análoga por los diferentes fondos de rehabilitación responsables de los casos individuales.⁷

Los fondos de rehabilitación tienen la obligación de cooperar. Bajo la Sección 13 del libro IX del Código Social los supuestos de ambigüedad en la responsabilidad entre los diversos fondos de rehabilitación deben ser resueltas de común acuerdo, y siempre que sea posible, en forma de recomendaciones conjuntas. El órgano de coordinación es el Comité Federal de Rehabilitación, el cual no sólo se compone de los distintos fondos (públicos) de rehabilitación, sino también de los sindicatos, organizaciones de empresarios, y organizaciones que representan a los proveedores de servicios de discapacidad y rehabilitación. En un nivel regional, los fondos de rehabilitación públicos están obligados a tener unidades de servicios comunes⁸ para los trabajadores y los empresarios. Implican a las organizaciones de discapacitados en la asistencia o asesoramiento⁹.

Cuando es necesaria la ayuda de los diferentes fondos de rehabilita-

7 *BMAS, Rehabilitation and Integration of People with Disabilities*, 2014, p. 41.

8 "Gemeinsame Servicestellen": *R.F. Shafaei*, *Die gemeinsamen Servicestellen für Rehabilitation* (Nomos 2008).

9 *F. Welts/H. Groskreutz*, *The Role of Non-Public Actors in Social Security in Germany*,

ción, la sección 10 del libro IX del Código Social dispone que, en consulta con los afectados, los fondos de rehabilitación involucrados están obligados a combinar las prestaciones que probablemente sean precisas, a fin de que se cubran las necesidades del individuo de tal manera que se garantice un proceso sin contratiempos. De hecho, los fondos de rehabilitación tienen que garantizar un proceso continuo en línea con las necesidades respectivas de gestión (integración).

El fondo de rehabilitación responsable valora, al inicio de la rehabilitación médica, si la capacidad de generar ingresos del trabajador se puede mantener, mejorar o restaurar por medio de una adecuada asistencia a la integración. Si se hace evidente durante la prestación de la asistencia para la rehabilitación médica que puede ser difícil para el trabajador mantener su actual trabajo, la cuestión de si es necesaria la ayuda para la integración laboral debe aclararse sin demora, tanto en consultas con el propio trabajador afectado, como con el fondo de rehabilitación responsable¹⁰.

6. Prevención, intervención temprana y el papel de los empresarios

Un paso previo a la rehabilitación es la prevención: De acuerdo con el principio consagrado en la Sección 3 del Libro IX del Código Social, el objetivo principal es evitar en lo posible la manifestación de las enfermedades crónicas y discapacidades mediante la puesta en práctica de medidas específicas de prevención en todos los grupos de edad y ámbitos de la vida laboral. Las áreas clave incluyen la salud y seguridad en el trabajo, la prevención de accidentes, la gestión de la integración laboral, la protección del medio ambiente y de la salud, especialmente en lo que respecta a enfermedades degenerativas crónicas.

En virtud del artículo 23 del libro V del Código Social, los miembros de los seguros de enfermedad tienen derecho a los servicios de prevención médica. Las regulaciones relativas a la prevención de accidentes

in: F. Pennings/Th. Erhag/ S. Stendahl (Eds.), *Non-public Actors in Social Security Administration* (Wolters Kluwer 2013), p. 16.

10 *BMAS, Rehabilitation and Integration of People with Disabilities*, 2014, p. 51.

de trabajo y enfermedades profesionales (Libro VII del Código Social), así como las numerosas disposiciones legales, adoptadas de forma colectiva, en materia de salud y seguridad en el trabajo, tienen también relevancia para la prevención.

En la Sección 84 del libro IX del Código Social se han establecido nuevos enfoques para la prevención a nivel de empresa. Desde el año 2004, se requiere que todos los empresarios introduzcan medidas de gestión de la integración en su política empresarial, es decir, deben proporcionar servicios de asistencia y apoyo específico a los empleados que enferman durante un periodo de tiempo largo. Esto se llama “proceso de gestión de la integración laboral dentro de la empresa (in-company)” (Betriebliches Eingliederungsmanagement)¹¹. A través de la “intervención temprana”, los objetivos de prevención y rehabilitación tienen como resultado empleados que conservan su empleo en vez de enfrentar el despido o jubilación anticipada. Si los empleados no son aptos para el trabajo durante más de seis semanas en un año determinado, ya sea de forma continua o repetida, los empresarios deben evaluar cuál es la mejor manera de superar la incapacidad del empleado para trabajar aparte de identificar el tipo de ayuda o apoyo que se requiere para prevenir una recurrencia de modo que pueda mantener su puesto de trabajo. La Sección 84 del Libro IX, de manera intencionada, no prescribe en detalle cómo ha de lograrse ese objetivo. En cada centro de trabajo ha de encontrarse la solución adecuada para satisfacer las necesidades individuales. La ley sólo exige (con el acuerdo de la persona en cuestión) la participación del responsable de la representación de los trabajadores o miembro del comité de empresa y, si el individuo padece una discapacidad grave, el representante de los trabajadores con una discapacidad severa, en la identificación de la forma de superar la incapacidad para trabajar y el tipo de asistencia o ayudas necesarias para llevarlo a cabo.

Cuando las ayudas orientadas a la participación o al apoyo al empleo se consideran medio para la superación de una incapacidad para

¹¹ K. Nebe, Prävention und Rehabilitation - Erhaltung und Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit als Schnittstellenproblem, in: *Deutscher Sozialrechtsverband (Ed.), Das Sozialrecht für ein längeres Leben* (Erich Schmitt 2013), p. 57 f., 63.

trabajar y la prevención de episodios recurrentes de enfermedad, debe involucrarse a la oficina local de los servicios de rehabilitación conjunta o en caso de las personas con discapacidad grave, a la oficina de integración. Su experiencia y apoyo es, a menudo, muy útil y constructiva, sobre todo para las empresas más pequeñas.

Los empresarios que introducen medidas de gestión de la integración en el lugar de trabajo pueden recibir incentivos de los fondos de rehabilitación, ya sea en forma de premios o de subvenciones, para la financiación de las ayudas técnicas o de asistencia al trabajo establecidas. Además de estos incentivos, la gestión en la integración en el lugar de trabajo también puede ser apoyado por la “reintegración gradual” (“stufenweise Wiedereingliederung”). Los trabajadores que están reintegrándose gradualmente todavía mantienen la condición de incapacitados para el trabajo, pero, sin embargo, pueden empezar a realizar un nuevo trabajo, a menudo a tiempo parcial o con una carga de trabajo reducida. Estos trabajadores están apoyados por la rehabilitación médica y todavía mantienen derecho a prestaciones temporales por incapacidad por parte del seguro médico de salud o del seguro de pensiones.¹²

Si bien el fracaso en la introducción de medidas de gestión de la integración no está sujeto a sanciones, a los empresarios que no cumplan con este requisito les resultará mucho más difícil proceder al despido relacionado con la enfermedad del trabajador en contra de la voluntad del mismo. El Tribunal Federal del Trabajo ha declarado que si los empresarios no logran completar una gestión adecuada de la integración, su derecho de despedir al empleado en este caso particular se ve limitado¹³, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia sobre la discriminación del trabajador por discapacidad¹⁴.

La gestión de la integración en el lugar de trabajo puede ser descrita como un enfoque de cooperación para movilizar el conocimiento interno y externo. El objetivo es prevenir la pérdida del empleo mediante la restauración de la capacidad laboral de los empleados que han caído

12 K. Nebe, (Re-)Integration von Arbeitnehmern: Stufenweise Wiedereingliederung und Betriebliches Eingliederungsmanagement - ein neues Kooperationsverhältnis, DB 2008, p 1801 f.

13 Bundesarbeitsgericht, 12.7.2007, 2 AZR 716/06, BAGE 123, 134.

14 ECJ C-13/05 (Chacón Navas), ECR 2006, I-06467.

enfermos y salvaguardar sus posibilidades de empleo a largo plazo. Se ha convertido en una herramienta importante de la responsabilidad social en las empresas alemanas, siendo objeto de muchos acuerdos entre la dirección y los comités de empresa. Políticamente, no sólo tiene la intención de ayudar a los empleados con enfermedades a largo plazo, sino también aliviar la presión sobre los presupuestos de los seguros de asistencia sanitaria y de los seguros de pensiones, y no menos importante, para retener mano de obra cualificada en el mercado laboral que, a su vez, es cada vez más necesaria debido al cambio demográfico en Alemania¹⁵.

7. Conclusión

La retención y la restauración de la empleabilidad es un objetivo importante en el sistema de Seguridad Social alemán. La principal herramienta para lograr este objetivo es la rehabilitación. “Rehabilitación antes que prestaciones” es uno de los principios más importantes de la ley de Seguridad Social. Aunque no es nuevo, este principio ha ganado más importancia ya que la codificación de todas las disposiciones de rehabilitación en un solo capítulo del Código Social es del año 2001. En particular, la prevención y la intervención temprana se han fortalecido. Con este fin, el papel de los empresarios y sus responsabilidades son más claras. Con la “gestión de la integración laboral” se ha dado un paso importante hacia la retención y recuperación de la salud y la empleabilidad de los trabajadores. Al mantener la empleabilidad, la gestión de la integración se convierte en una parte clave de la mitigación de los efectos del cambio demográfico.

¹⁵ F. Welti/H. Groskreutz, The Role of Non-Public Actors in Social Security in Germany, in: F. Pennings/Th. Erhag/ S. Stendahl (Eds.), Non-public Actors in Social Security Administration (Wolters Kluwer 2013), p. 27.

Buenas prácticas en materia de grupos profesionales y clasificación profesional

EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA*

Uno de los grandes lemas de la reforma laboral era, sin duda, facilitar la movilidad interna en la empresa –como vía de profundizar en la necesidad de flexibilidad- y una de las vías para ese fin es la de eliminación de la clasificación profesional y acogida de los grupos profesionales.

Así, el art. 22.1 ET se establece que “...se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales”.

Y ese grupo es la base de “acuerdo de clasificación profesional que tiene lugar al principio de la relación laboral, en tanto que el p. 4º de este mismo artículo dispone que

“Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional o sólo a algunas de ellas”. Añadiendo que, cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñan durante mayor tiempo”.

* Eduardo González Biedma
Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D “Buenas Prácticas Jurídico-Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social con Coste Cero”. Proyecto DER 2012-32111 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

El grupo profesional, de esta manera, está llamado a sustituir a las antiguas categorías profesionales.

De hecho, en la EM de la ley 3/2012, de reforma laboral, se indica que *“La reforma apuesta por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa; entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo;”*

Y, mas específicamente en el apartado 4 de la exposición de motivos, se indica que *“Con este objetivo son varias las reformas que se abordan. En primer lugar, el sistema de clasificación profesional pasa a tener como única referencia el grupo profesional con el objetivo de sortear la rigidez de la noción de categoría profesional y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz*

Consideraba que el cambio iba a ser tan radical que en plazo de 1 año, a partir de la Ley, se tendrían que actualizar todos los convenios para adaptarlo a la nueva jerga:

“En el plazo de un año los convenios colectivos en vigor deberán adaptar su sistema de clasificación profesional al nuevo marco jurídico previsto en el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por esta Ley.”

Se era muy consciente, así pues, de que el nuevo sistema de clasificación, basado en grupos y no en categorías profesionales era una de las piezas claves de la reforma, laboral, de la flexibilidad, y ello era así de manera que con urgencia debía llevarse a los convenios colectivos.

Dejando claro este punto, debemos preguntarnos lo siguiente: ¿Ha cumplido en realidad sus fines en cuanto a flexibilidad esta división?

Y lo cierto es que no podemos tener una visión muy positiva al respecto. Es decir, no parece que esa omisión de las “categorías profesionales” a favor de los grupos profesionales, debido a distintas razones:

- La propia definición de los grupos profesionales: Es demasiado ambigua. En la misma –art. 22.1 ET- se entiende que el grupo profesional agrupe unitariamente las “aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación”. Asimismo in-

dica que podrá incluir (el grupo) distintas tareas, funciones, especialidades o responsabilidades asignadas al trabajador. Ante esa ambigüedad, cabe establecer grupos más reducidos, lo cual, de hecho, reduzca enormemente la flexibilidad. En otras palabras, no garantiza la mera existencia de “grupos” la gran amplitud del mismo de manera que el empresario pueda ordenar la movilidad dentro del propósito legal. En la definición de grupos profesionales que se contienen en la Ley admiten crear grupos limitados. Produciéndose la irónica consecuencia de que el salto de grupo estaría sujeto o al acuerdo con el trabajador, o al procedimiento del art. 41.1.e) ET.

- El propio Estatuto de los Trabajadores, tras la reforma de 2012, no abandona realmente la idea de categorías profesionales. La gran prueba de ello es el art. 24 (ascensos), coronado por el 25 (promoción económica). En efecto, habla de que “los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en el convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”. Pues bien, tanto en este texto que se acaba de transcribir, como en los siguientes apartándose este artículo, y el art. 25, dan a entender que, de hecho dentro de los grupos existe un “sistema de clasificación profesional”, donde se contempla la cuestión del ascenso como uno de los problemas que pueden surgir en su seno.
- El propósito de fijar como único referente de encuadramiento profesional el del “Grupo Profesional” (obviando por completo las anteriores “categorías”) no es muy realista. Está demasiado anclada en la propia tradición de la regulación de las condiciones laborales, la idea de las “jerarquías” o “categorías” profesionales. Los trabajadores y los empresarios tienen hondamente asumido que dentro de cada “grupo” profesional hay distintos niveles, distintas escalas, jerarquías. No es lo mismo un administrativo recién llegado que hace reservas de billetes de avión para los ejecutivos, que un experto contable que maneja las finanzas de la Compañía siendo ambos “administrativos”. Por lo demás, pretender borrar esa realidad, so pretexto de la necesidad de flexibilidad suena más

a voluntarismo que a algo fácilmente alterable por el efecto de una mera modificación legislativa –además parcial y ambigua.

- Pero, es más, el art. 137 LRJS mantiene la modalidad procesal de “Reclamación de *categoría* o grupo profesional”. Y en tal sentido se pide que el comité de empresa emita informe sobre “las funciones superiores alegadas” y a correspondencia de las mismas dentro del sistema de clasificación profesional.

Obviamente, este texto se refiere a la clasificación y retribución en una categoría superior, e incluye nociones como las de “funciones superiores”.

La conclusión que podemos advertir brevemente en relación a lo expuesto nodeja de ser grave: el propósito del legislador de permitir mayor flexibilidad funcional a través del establecimiento de grupos profesionales no es fácil de llevar a cabo precisamente a través de ese me. Es mas, es difícilmente realizable en la práctica, y además, no ha sido prácticamente seguido en la realidad.

Sólo a título de ejemplo, tomemos como referencia el “Acuerdo Estatal del Metal”, que traemos a colación puesto que es muy ejemplificativo de lo que sucede en los convenios colectivos de mayor relevancia: En el art. 10 de este convenio, (BOE 10 de mayo de 2013) vuelto a redactar tras la reforma laboral de 2012, bajo el título de “Clasificación profesional”, se establece lo siguiente:

1. La Clasificación Profesional se efectuará atendiendo fundamentalmente a los criterios que se fijan para la existencia del Grupo Profesional, es decir, aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, pudiendo incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador.

Hasta ahí, nada que objetar. Se observa claramente que existe una voluntad de adecuarse a los requisitos de la reforma laboral.

Sin embargo, se difumina tal propósito con el siguiente apartado:

2. La clasificación se realizará en Divisiones Funcionales y Grupos Profesionales por interpretación y aplicación de criterios generales objetivos y por las tareas y funciones básicasmás representativas que desarrollen los trabajadores

Buenas prácticas en materia de grupos profesionales y clasificación...

Pero, aún más, se añade lo siguiente:

3. *En caso de concurrencia en un puesto de trabajo de tareas básicas correspondientes a diferentes Grupos Profesionales, la clasificación se realizará en función de las actividades propias del Grupo Profesional superior.*

Y aún más:

4. *Dentro de cada empresa, de acuerdo con sus propios sistemas de organización, podrán establecerse las divisiones funcionales que se estimen convenientes o necesarias, dependiendo de su tamaño y actividad, pudiendo, por lo tanto, variar su denominación y aumentar o disminuir su número.*

Todos los trabajadores serán adscritos a una determinada División Funcional y a un Grupo Profesional. Ambas circunstancias definirán su posición en el esquema organizativo de cada empresa.

Lo que sí es cierto es que al final, si que se simplifican las “Divisiones funcionales”, puesto que se reenvían a sólo tres denominaciones:

- Técnicos.
- Empleados.
- Operarios

Esta práctica es una plasmación, en definitiva, de las propias ambigüedades y limitaciones de la reforma laboral en esta materia, según se ha expresado.

Como dato más claro a reseñar es que los “Grupos Profesionales”, se han visto continuados por las “Divisiones funcionales”. Estas divisiones, no son algo muy parecido, sino idéntico (mismas realidades, distintos nombres...) que las antiguas “categorías profesionales”?

Cada una de estas divisiones tienen, a la postre, distintos salarios, funciones, competencias... que a duras penas nublan la realidad de las antiguas “categorías profesionales”.

En definitiva, parece inevitable reconocer que, en el propósito de la reforma laboral de lograr mayor flexibilidad laboral interna, la nueva definición de “grupos” se está mostrando como un instrumento muy limitado, y que ha acaso ha sido sobrevalorado. No parece, en efecto, que su escaso recorrido e influencia y llegara a justificar el haber obligado a modificar los convenios en el plazo de un año.

Está muy asentado el criterio –que viene avalado por una prolongada tradición normativa y por una práctica empresarial y convencional indiscutible– de que existen y deben existir promociones y ascensos. De que debe haber una “carrera profesional” en el sentido de logros profesionales individualizados alcanzados por mérito, conocimiento o antigüedad o un cúmulo de todo ello, acaso inspirado en la llamada “carrera administrativa”. Y, correlativamente, la expectativa de que una vez alcanzado un “escalón”, el trabajador que lo logra no puede ser desposeído del mismo sin más.

La disposición de la reforma laboral de que el diseño de los grupos profesionales fuera la base de la clasificación laboral moderna, omitiendo alusiones a las categorías, no ha tenido éxito real, y acaso no lo pueda tener. Y, en todo caso, para alcanzar un fin tan atrevido, la reforma hubiese tenido que ser más explícita y contundente: prohibir la mención a categorías o análogos, permitir expresamente la posibilidad de “descensos” con la correspondiente disminución de emolumentos (o manteniéndolos, aunque si ese fuera el caso, sería de discutible atractivo y utilidad para el empresario).

De hecho, en el actual texto del ET se siguen manteniendo constantes menciones a los ascensos, (art. 24 ET) descensos y a las funciones “superiores (e) inferiores” (art. 39.2 ET), y en la LRJS (art. 137) se sigue reconociendo el derecho a reclamar una determinada “categoría profesional”(p. 3º)

En el caso de que la correspondiente movilidad no implique ascensos ni descensos, sino que se trate exclusivamente de alteraciones en sentido “horizontal”, tampoco a ese nivel parece que la reforma laboral haya venido a ser muy enriquecedora: Ello era factible también antes, con ciertas limitaciones que hoy permanecen, con la mención al grupo profesional.

Ya hemos podido observar, así pues, las limitaciones reales de esta iniciativa del legislador pero también somos conscientes de que la flexibilidad interna, sobre todo en los casos en los que la alternativa es el despido, resulta deseable.

Ahora bien, hemos de cuestionar seriamente hasta qué punto la mención en el convenio de “grupos”, en lugar de “categorías”, es un

instrumento realmente útil en la práctica para esta función. Su inclusión, parece haber creado más que nada una cierta confusión en sentido técnico-jurídico y poco más.

Sin embargo, a partir de estas imprecisiones del legislador, sí cabe concluir la posibilidad de fijar determinadas “buenas prácticas” por parte de los actores de la negociación colectiva. Éstas no pueden ser otras que la de fijar un sistema de clasificación profesional que, dentro de los mismos niveles retributivos, establezcan las menores trabas para las alteraciones profesionales. Dentro, naturalmente, de cada grupo profesional, porque alterarlos sí que supondría entrar en el terreno que reclama para sí la institución de la modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41.1.f)

