



e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)

Vol. VI ► N^o 1 ► 2021

ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

© Editorial Universidad de Sevilla 2021

 CC BY-NC-ND 4.0.



EQUIPO EDITORIAL

DIRECTORA

DRA. CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

SECRETARIA GENERAL

DRA. ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ, UNIVERSIDAD DE SEVILLA, ESPAÑA

VICESECRETARIA GENERAL

DRA. CARMEN SOLÍS PRIETO, UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA, ESPAÑA

COMITE ASESOR

Dr. José María Miranda Boto, Universidad de Santiago de Compostela, España

Dr. Djamil Tony Kahale Carrillo, Universidad Politécnica de Cartagena, España

Dr. Leopoldo Gamarra Vilchez, Universidad nacional Mayor de San Marcos, Perú

Dr. Juan Antonio Maldonado Molina, Universidad de Granada, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dra. Lourdes Mella Méndez, Universidad de Santiago de Compostela, España

Dr. Pablo Arellano Ortiz, Especialista en Legislación Laboral. Unidad de D^o Laboral y Reforma/GOVERNANCE (OIT), Suiza

Dr. Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Universidad Carlos III de Madrid, España

Dr. Rob Cornelissen, Universidad Vrije de Bruselas, Bélgica

Dr. Ángel Luis De Val Tena, Universidad de Zaragoza, España

Dra. Carolina Gala Durán, Universidad Autónoma Barcelona, España

Dr. José Ignacio García Ninet, Universidad de Barcelona, España

Dr. Daniel Ignacio García San José, Universidad de Sevilla, España

Dr. Juan Gorelli Hernández, Universidad de Huelva, España

Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España

Dra. Gabriela Mendizábal Bermúdez, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

Dr. José Luis Monereo Pérez, Universidad de Granada, España

Dr. Marius Olivier, Northwest University, Sudáfrica; y Universidad de Western, Australia

Dr. Frans Pennings, Universidad de Utrecht, Países Bajos

D. José Joaquín Pérez-Beneyto Abad, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, España

Dr. Danny Pieters, Universidad de Lovaina, Bélgica

Dr. Borja Suárez Corujo, Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. Rodrigo Alejandro Sandoval, Abogado, Chile

Dra. Krassimira Sredkova, Universidad de Sofia, Bulgaria

Dr. Hans-Joachim Reinhard, Universidad de Fulda, Alemania

Dr. Gijbert Vonk, Universidad de Groningen, Países Bajos

CONSEJO DE REDACCIÓN

Dr. Miguel Ángel Gómez Salado, Universidad de Málaga, España

D. Manuel de Armas Cejas, Colegio de Graduados Sociales de Tenerife, España

Dra. María Teresa Igartua Miró, Universidad de Sevilla, España

Dra. Yolanda Maneiro Vázquez, Universidad de Santiago de Compostela, España

Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España

D^a. María Dolores Ramírez Bendala, Universidad de Sevilla, España

Dra. Esperanza Roales Paniagua, Universidad de Sevilla, España

Dra. María Carmen Giménez Muñoz, Universidad de Sevilla, España

Dr. Francisco Rubio Sánchez, Universidad de Extremadura, España

Dr. Mohamed Saad Bentaouet, Universidad de Sevilla, España

D. Luis Jurado Cano

Dr. Julio Alberto Ramírez Barrios, Universidad de Sevilla, España

COMITÉ EJECUTIVO

Dra. Ana María Chocrón Giráldez, Universidad de Sevilla, España

Dr. Marcelo Fernando Borsio, Conselho de Recursos da Previdência Social do Brasil - CRPS, Brasil

Dr. Fco. Javier Fernandez Orrico, Universidad Miguel Hernández, España

Dra. María Teresa Igartua Miró, Universidad de Sevilla, España

Dra. Inmaculada Marín Alonso, Universidad de Sevilla, España

Dr. José María Miranda Boto, Universidad de Santiago de Compostela, España

Dra. Carmen Moreno de Toro, Universidad de Córdoba, España

Dr. Francisco Ortiz Castillo, Universidad de Murcia, España

Dr. Guillermo Rodríguez Iñiesta, Universidad de Murcia, España

D. Andrés Ramón Trillo García, Instituto Nacional de la Seguridad Social, España

Dra. María Teresa Velasco Portero, Universidad Loyola Andalucía, España

COMITÉ DE EVALUADORES EXTERNOS

Dr. Guillermo Leandro Barrios Baudor, Universidad Rey Juan Carlos, España

Dra. Pepa Burriel Rodríguez, Universidad de Barcelona, España

Dra. Dolores Carrascosa Bermejo, Universidad Pontificia Comillas - ICADE- Ediciones Lefebvre-El Derecho Red de expertos de la Comisión Europea FreSsco, España

Dr. David Carvalho Martins, Universidad de Lisboa, Portugal

Dra. Esther Carrizosa Prieto, Universidad Pablo de Olavide, España

Dra. María José Cervilla Garzón, Universidad de Cádiz, España

Dr. Miguel Gutierrez Pérez, Universidad de Extremadura, España

Dr. Fernando M. Jimeno Jiménez, Profesor Tutor UNED Ceuta Coordinador Unidad de Dependencia IMSERSO Ceuta, España

Dra. Julia Muñoz Molina, Universidad de Córdoba, España

Dra. Thereza Christina Nahas, Escuela Judicial de Sao Paulo y Paraná Centro de Postgrado de la PUC/SP, Brasil

Dra. Elaine Noronha Nassif, Ministério Público do Trabalho Escola Superior do Ministério Público da Uniao, Brasil

Dra. Belén López Insua, Universidad de Granada, España

Dra. Natalia Ordoñez Pascua, Universidad de León, España

Dra. Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo - Brasil), Brasil

Dra. María Isabel Ribes Moreno, Universidad de Cádiz, España

Dr. Iván Rodríguez Cardo, Universidad de Oviedo, España

Dra. Sarai Rodríguez González, Universidad de La Laguna, España

Dra. Josefa Romeral Hernández, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España

Dra. Fuencisla Rubio Velasco, Universidad de Huelva, España

Dra. Alicia Villalba Sánchez, Universidad de Santiago de Compostela, España

D. Fabiano Zabanella, Director del Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas em Ciências Políticas e Jurídicas (IPOJUR), Brasil

Dr. Francisco Trujillo Pons, Universidad de Valencia, España



e-Revista Internacional de la Protección Social

(e-RIPS) ▶ 2021 ▶ Vol. VI ▶ N° 1 ▶ ISSN 2445-3269

<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS> ▶ © Editorial Universidad de Sevilla 2021



CC BY-NC-ND 4.0.

Copyright: Los trabajos publicados en las ediciones impresa y electrónica de E-Rips son propiedad de la Editorial Universidad de Sevilla. Para cualquier reproducción parcial o total será necesario citar expresamente la procedencia. La Editorial Universidad de Sevilla autoriza a los autores de los trabajos publicados en la revista a ofrecerlos en sus webs (personales o corporativos) o en cualquier repositorio de acceso abierto (Open Access) pero exclusivamente en forma de copia de la versión post-print del manuscrito original una vez revisado y maquetado, que será remitida al autor principal o corresponsal. Es obligatorio hacer mención específica de la publicación en la que ha aparecido el texto, añadiendo además un enlace a la Editorial Universidad de Sevilla (<https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social>).

Dirección y contacto. Postal: c/ Enramadilla 18-20, CP 41018, Sevilla, España

Correo-e: csrodas@us.es, web: <https://editorial.us.es/es/revistas/e-revista-internacional-de-la-proteccion-social> <https://revistascientificas.us.es/index.php/erips>

Tf.: (34) 9+34 954 55 76 01

Maquetación. Referencias Cruzadas. Tf.: (34) 657 802 595. Correo-e: referencias.maquetacion@gmail.com

Identificación. ISSN 2445-3269

DOI: <https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS>

Título Clave: e-Revista Internacional de la Protección Social

Título abreviado: e-RIPS.



ÍNDICE

Vol. VI ▶ N° 1 ▶ 2021

TRIBUNA

Sinopsis del Convenio hispano-marroquí de Seguridad Social: desempleo, no contributivas, viudedad y poligamia

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.01>

Cristina Sánchez-Rodas Navarro 8-11

ARTÍCULOS DOCTRINALES:

Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el Reglamento 883/04.

Un ejemplo de coordinación mínima

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.02>

Carlos García de Cortázar Nebreda..... 13-51

La aplicación de las normas de coordinación a las prestaciones de prejubilación

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.03>

Juan Ignacio del Valle de Joz..... 52-78

La coordinación de las prestaciones de asistencia personal en el Derecho de la Unión Europea

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.04>

Fernando M. Jimeno Jiménez 79-95

The two German Agreements with Morocco on Social Security and child benefits

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.05>

Helmut Weber 96-106

Estado de Bienestar Social: características generales, obstáculos y desafíos en América Latina

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.06>

Mauricio Godinho Delgado y Lorena Vasconcelos Porto 107-140

The Welfare State: general characteristics, obstacles and challenges in Latin America

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.07>

Mauricio Godinho Delgado y Lorena Vasconcelos Porto 141-172

¿Quién vigila al algoritmo?: los derechos de información de los representantes de los repartidores en la empresa sobre los algoritmos de las plataformas de reparto

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.08>

Francisco Pérez Amorós 173-187

El contrato para la formación dual universitaria: una primera aproximación a la espera de su imprescindible desarrollo reglamentario

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.09>

Josep Moreno Gené 188-234

La respuesta del sistema prestacional frente al reto COVID-19 https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.10	
María Alexandra Díaz Mordillo	235-257
Impactos de la COVID-19: la busca por la igualdad de género como factor necesario para el desarrollo sostenible https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.11	
Thereza Christina Nahas	258-276
COVID-19 pandemic, censorship and Labour Law protection in Poland - selected issues https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.12	
Łucja Kobroń-Gąsiorowska	277-288
La afiliación al seguro social ecuatoriano como una obligación de los empleadores: hacia un pleno derecho a la seguridad social https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.13	
María Claudia Sánchez Vera	289-309
A expansão do teletrabalho: um olhar para o futuro das relações trabalhistas https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.14	
Michaela Fregapani Lanner	310-323
Criticità della normativa in tema di assistenza sociale per gli extracomunitari in Italy https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.15	
Salvatore Loria	324-342
El arduo camino hacia la universalidad de la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares en España https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.16	
María Fuencisla Rubio Velasco	343-369
Indemnización y trabajador en excedencia afectado en Expediente de Regulación de Empleo https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.17	
Raquel Poquet Catalá	370-393
El impacto de las tecnologías digitales sobre la organización del trabajo https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.18	
María Villa Fombuena	394-415
Configuración del daño al proyecto de vida en el Derecho del Trabajo: aportes desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina y jurisprudencia peruana https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.19	
Luis Alberto Quintana García	416-446

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

La “libre” circulación de los ciudadanos económicamente inactivos en la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2020, G.M.A, asunto C-710/19 https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.20	
José Manuel Pazó Argibay	448-462

RECENSIONES:

El estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de seguridad social, de Josep Moreno Gené, Atelier, Barcelona, 2020

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.21>

Óscar Requena Montes..... 464-467

La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea. Especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de José Manuel Pazó Argibay, Cinca, Madrid, 2021

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.22>

Cristina Sánchez-Rodas Navarro 468-470

VARIA

Luisa Carnés y su defensa de los derechos laborales de las mujeres

<https://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2021.i01.23>

María Dolores Rubio de Medina 472-481



Tribuna



TRIBUNA

Sinopsis del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social: desempleo, no contributivas, viudedad y poligamia

SYNOPSIS OF THE SPANISH-MOROCCAN SOCIAL SECURITY AGREEMENT: UNEMPLOYMENT, FAMILY BENEFITS, WIDOWHOOD AND POLYGAMY

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

csrodas@us.es  0000-0001-9780-7860

Recibido: 17.06.2021 | Aceptado: 17.06.2021

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PRESTACIONES EXCLUIDAS DE LAS COORDINACIÓN
 - A. Desempleo
 - B. Prestaciones no contributivas de seguridad social
- III. PENSIÓN DE VIUEDAD Y POLIGAMIA

I. INTRODUCCIÓN

El Convenio Hispano-Marroquí entró en vigor el 1 de octubre de 1982, siendo el más antiguo de los convenios bilaterales que España tiene actualmente en vigor. Dicho Convenio es aplicable al Régimen General de la Seguridad Social y a los siguientes regímenes especiales: Trabajadores del Mar, Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, Minería del Carbón y Seguro Escolar. No están incluidos los Regímenes Especiales de Funcionarios.

El Convenio Hispano-Marroquí sólo coordina prestaciones económicas contributivas de Seguridad Social.

II. PRESTACIONES EXCLUIDAS DE LAS COORDINACIÓN

A. Desempleo

A diferencia del Convenio Portugués-Marroquí que sí incluye dentro de su ámbito de aplicación material a las prestaciones por desempleo, el Convenio Hispano-Marroquí no las menciona por lo que hay que concluir que quedan excluidas tanto las contributivas como asistenciales. Tampoco el Acuerdo Euromediterráneo es aplicable a estas prestaciones. Entonces, ¿por qué cotizan por desempleo los trabajadores transfronterizos? Estos últimos son los que han sido autorizados “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” -artículo 182 Real Decreto 557/2011-. Consecuencia de residir en un Tercer Estado debiera ser la exclusión de los trabajadores transfronterizos de la obligación de cotizar por desempleo, tal y como establecía la Disposición Adicional 13ª del derogado Real Decreto 2393/2004. Exclusión que se justifica por el hecho de que, conforme a la legislación española, es causa de extinción del derecho a la prestación por desempleo el traslado de la residencia al extranjero. Y en caso de los trabajadores marroquíes transfronterizos estos residen, por definición legal, en el extranjero. A la vista de las consideraciones anteriores no se alcanza a comprender cómo el vigente Reglamento de Extranjería no excluye, como excluía el anterior Reglamento de Extranjería, a los trabajadores transfronterizos de la obligación de cotizar por desempleo.

B. Prestaciones no contributivas de Seguridad Social

Conforme al artículo 3 del Convenio Hispano-Marroquí para que el Convenio resulte aplicable a disposiciones “sobre una nueva rama de la Seguridad Social” las dos partes contratantes han de convenir en ello”, con mayor motivo se precisa un acuerdo expreso entre ambos Estados para incluir en el ámbito de aplicación material del convenio un nuevo nivel de Seguridad Social inexistente cuando el Convenio se negoció. Y, hasta la fecha, no consta acuerdo alguno entre ambos países respecto al nivel no contributivo de Seguridad Social español. Como el Tribunal Supremo reconoció en su sentencia de 1 de abril de 1998 (recurso 588/1997) para que una nueva rama de la Seguridad Social pueda incluirse en el Convenio Hispano-Marroquí es necesario un pacto bilateral expreso: “que la protección otorgada por las denominadas prestaciones no contributivas de la Seguridad Social constituye una nueva rama, debe deducirse con claridad, no tanto de la naturaleza de las propias prestaciones y contingencias protegidas, como de su fuente de financiación y, sobre todo, de su desvinculación como relación protectora, de la relación de prestación de servicios por cuenta ajena, en abierta diferenciación con el ámbito protector contributivo”.

A pesar de ello, al amparo de la Circular del INSS 4/2006 se abonan prestaciones familiares no contributivas aun cuando los hijos o acogidos no residan en territorio nacional. A mayor abundamiento, la citada Circular prevé también en el apartado 14.2.6 que “podrán ser beneficiarios de la prestación los trabajadores transfronterizos que residan en la zona fronteriza de Marruecos, respecto de los hijos que estén a su cargo y que residan también en Marruecos”. Tal previsión carece de cualquier fundamento legal ya que ni los transfronterizos, ni sus hijos o menores a cargo, residen en España por lo que no cumplen los requisitos del TRLGSS. Ni el Convenio-Hispano marroquí, ni el Acuerdo Administrativo, reconocen derecho a prestaciones familiares para los trabajadores transfronterizos. Tampoco el Reglamento 1231/2010 legitima el abono de prestaciones familiares fuera del territorio de la Unión Europea.

III. PENSIÓN DE VIUEDAD Y POLIGAMIA

Ni la legislación española ni la de ningún Estado de la Unión Europea permite la celebración de matrimonios polígamos. En palabras del Tribunal Supremo “la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero”. Los tribunales españoles no han mantenido una interpretación uniforme sobre la pensión de viudedad en caso de poligamia, siendo a estos efectos clave que existiera Convenio bilateral que reconociera el derecho a pensión, o no. Respecto a Marruecos los pronunciamientos han sido favorables, puesto que el Convenio bilateral de Seguridad Social en su artículo 23 prevé que la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación.

Cuando parecía pacífica la interpretación del artículo 23 del Convenio Hispano-Marroquí en España, la STS del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2018 (nº recurso 98/2017) ha dado un “giro de tuerca” al reconocer pensión de viudedad a la segunda esposa de un súbdito marroquí incluido en el Régimen de Clases Pasivas del Estado. Nada habría que objetar al fallo si no fuera porque la Sala de lo Contencioso-administrativo no se limita a interpretar y aplicar el Convenio, sino que procede a ampliar el ámbito de subjetivo de aplicación del mismo, y todo ello al margen de los mecanismos que el propio Convenio Hispano-Marroquí prevé para una medida de tal naturaleza.

En efecto, la piedra angular sobre la que la STS de 24 de enero 2018 pasa de “puntillas” –no así el acertadísimo voto particular– es que el sujeto causante no estaba protegido por ninguno de los regímenes de Seguridad Social coordinados por el Convenio Hispano-Marroquí. Resulta obvio que el paso previo y necesario antes de pronunciarse sobre si una persona tiene derecho a una prestación coordinada por el Convenio es comprobar si a esa persona le es aplicable el Convenio. Porque si no está incluida dentro de su ámbito de aplicación personal, huelga todo debate jurídico. Y sucede que los Regímenes Especiales de Funcionarios no están incluidos

en el Convenio Hispano-Marroquí. Por tanto, cuando a la primera esposa del sujeto causante polígamo se le reconoce pensión española de viudedad, ésta se le reconoce en base exclusivamente a la legislación de Clases Pasivas del Estado, no en virtud del Convenio Hispano-Marroquí y nada hay que objetar al respecto.

En cambio, la pretensión de la segunda esposa sólo puede pivotar sobre el artículo 23 del Convenio Hispano-Marroquí. Pero, al estar excluidos los Regímenes Especiales de Funcionarios del Convenio Hispano-Marroquí, no es aplicable el Convenio ni al sujeto causante ni a los miembros de su familia.

La exclusión de los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos del Convenio Hispano-Marroquí no es un “olvido” sino una expresa opción política del Estado español. A mayor abundamiento, al describir su ámbito de aplicación los Convenios bilaterales de Seguridad Social españoles especifican que se aplican a trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia. Y solo si un Convenio es aplicable a Clases Pasivas así se indica expresamente, tal y como hace el Convenio de Seguridad Social Hispano-Japonés (2008). Sin olvidar que los regímenes especiales de funcionarios también están excluidos del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

A la vista de las consideraciones expuestas se concluye que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 24.1.2018 (nº recurso 98/2017) no aplicó el Convenio Hispano-Marroquí (porque no está incluido dentro de su ámbito de aplicación personal el sujeto causante polígamo) ni la normativa sobre Clases Pasivas (que prohíbe el reparto de pensiones de viudedad en caso de matrimonios polígamos, contrario al orden público). Tampoco se fundamenta la sentencia específicamente en ningún Tratado internacional ratificado por España. Y por lo que respecta al Convenio Europeo de Derechos Humanos es significativo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no haya dictado hasta la fecha ninguna sentencia que considere infringido el CEDH si se deniega pensión de viudedad a más de un cónyuge superviviente en caso de poligamia.

A pesar de lo expuesto, la STS de 17 de diciembre de 2019 (recurso núm. 2679/2017) respecto a un supuesto de poligamia de un sujeto causante beneficiario de una pensión de Clases Pasivas concluye que “debemos llegar a la misma decisión que alcanzamos en aquella sentencia de 24 de enero de 2018, pues las razones jurídicas expuestas en el presente recurso no difieren, en lo esencial, de las que entonces valoramos”. Exactamente las mismas críticas merece esta sentencia que la precedente..



Artículos doctrinales



Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el Reglamento 883/04. Un ejemplo de coordinación mínima

ACCIDENTS AT WORK AND OCCUPATIONAL DISEASES IN REGULATION 883/04. AN EXAMPLE OF MINIMUM COORDINATION

Carlos García de Cortázar Nebreda

Vicepresidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

cortazarmillan@yahoo.es  0000-0001-8985-3891

Recibido: 15.03.2021 | Aceptado: 16.04.2021

RESUMEN

El autor examina la regulación del capítulo de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales contenida en el Reglamento 883/04. Incide en los aspectos más importantes de la coordinación de las prestaciones de estas ramas de seguro. Hace hincapié, fundamentalmente, en la problemática de los trabajadores desplazados que sufren un accidente de trabajo o contraen una enfermedad profesional en un Estado distinto del Estado de aseguramiento (Estado competente). Analiza el principio de asimilación de hechos y acontecimientos, contemplada en el artículo 5 del Reglamento 883/04, en relación con los accidentes de trabajo. Pone en duda la jurisprudencia española al respecto y cuestiona los argumentos jurídicos esgrimidos por el Tribunal Supremo. Ofrece una panorámica general de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como sobre el principio de asimilación de hechos y acontecimientos.

ABSTRACT

The author examines the chapter of Accidents at work and Occupational Diseases of Regulation 883/04. He points out the most important aspects of the coordination of the benefits of these branches of insurance. He emphasizes, fundamentally, the problem of posted workers who suffer an accident at work or contract an occupational disease in a State other than the State of insurance (competent State). He analyzes the principle of assimilation of facts and events, incorporated by article 5 of Regulation 883/04, in relation to accidents at work. He questions the Spanish jurisprudence in this regard and presents doubt on the legal arguments put forward by the Supreme Court. He provides an overview of the jurisprudence of the Court of Justice on accidents at work and occupational diseases and, also, on the principle of assimilation of facts and events.

PALABRAS CLAVE

Accidentes de trabajo
Enfermedades profesionales
Trabajadores desplazados
Asimilación
Hechos y acontecimientos

KEYWORDS

Accident at work
Occupational diseases
Posted workers
Assimilation
Facts and events

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. LAS NORMAS DE COORDINACIÓN
 - III. ARTICULADO DEL REGLAMENTO 883/04. ACCIDENTES DE TRABAJO
 - IV. LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES
 - V. ARTICULADO DEL REGLAMENTO 987/09
 - VI. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ASIMILACIÓN. ARTICULO 5 REGLAMENTO 883/04. LA DOCTRINA ESPAÑOLA
 - VII. LA SITUACION DE LOS INTERESADOS. LA RULETA RUSA
 - VIII. CONCLUSIONES. LUCES Y SOMBRAS
- Bibliografía

Ley de Accidentes de Trabajo de 1900: "Esta Ley sólo servirá para satisfacer el deseo bien justo del Sr. Dato, de que antes de dejar el Ministerio haya una ley que lleve su nombre; nadie la conocerá por el nombre de Ley Dato, puesto que no se practicará"¹.

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo de la coordinación de regímenes de Seguridad Social, el capítulo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es, probablemente para muchos expertos y funcionarios, el menos interesante desde la perspectiva teórico doctrinal y, también, el menos aplicado por las Instituciones competentes que gestionan los Reglamentos 883/04² y 987/09³. Realmente, esta materia es como ese tema maldito que ningún opositor quiere sacar del bombo porque no promete lucimiento alguno y, en el mejor de los supuestos, permite, como mucho, salir indemne, sin daños significativos. De hecho, a lo largo de mi larga vida laboral, poquísimas veces me he tenido que enfrentar con un problema práctico ni jamás he mantenido, al respecto, un debate a fondo en los foros comunitarios.

Con carácter general, en el ámbito europeo de la Seguridad Social, la coordinación gana por goleada a la armonización. No es este el caso aquí. Si analizamos los regímenes de accidentes de trabajo y enfermedad profesional de los distintos Estados podremos apreciar que ha existido una armonización espontánea y que, la mayoría de estos regímenes responden y cuentan con objetivos, medios, elementos e instrumentos cuasi idénticos. Quizás la razón esencial de este mimetismo es la influencia que en su día tuvo en Europa la Primera Ley de Accidentes de Trabajo de Bismarck (1884), de la que la mayoría de las legislaciones de los Estados Miembros son discípulas o legatarias.

1. Extracto del discurso del Conde de Romanones en el debate parlamentario sobre la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.

2. Reglamento (CE) Nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DO L 166 de 30.4.2004).

3. Reglamento (CE) Nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) Nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Diario Oficial de la Unión Europea L 284/1 de 30.10.2009).

Únicamente Países Bajos se desvía en su totalidad de la mayor parte de los países al no prever una regulación propia de esta contingencia, quedando incluidas las prestaciones correspondientes dentro de la rama general de enfermedad común y accidente no laboral, complementándose estas prestaciones con indemnizaciones por responsabilidad civil.

No obstante, y aunque el modelo holandés es muy sugestivo, y quizá marque la hoja de ruta del futuro para las demás legislaciones, no debe ser el objeto de este trabajo.

Debe reconocerse que en las restantes ramas de seguro (enfermedad, vejez) la evolución producida ha sido de tal magnitud que los legisladores de las primeras leyes de finales del siglo XIX y de los primeros años del siglo XX no se identificarían con los textos actuales. En cambio, los regímenes de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales han mantenido su núcleo básico y su concepción primigenia por lo que, todavía, la Ley Dato de accidentes de trabajo de 1900 y su Reglamento resultan reconocibles para los estudiosos en este campo y responderían, con ciertos ajustes, a la problemática actual. En este sentido, conviene recordar lo escrito por Danny Pieters: “los sistemas de seguros sociales de accidentes de trabajo han constituido una balsa de aceite en medio del oleaje de la reforma de la Seguridad Social y de los planes de reforma acometidos por muchos países de la UE en los últimos 10 o 15 años (...). Ninguno de los Estados Miembros que informaron al Consejo de Europa pareció opinar que se hubieran producido grandes cambios en este terreno (...). Sin embargo, no creo que esta situación pacífica deba ser valorada como completamente positiva”⁴.

Recomiendo a los voraces lectores que quieran profundizar en la armonización real de los regímenes de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en Europa, la lectura de los cuadros comparativos del MISSOC⁵. Podrán comprobar que, sin necesidad de un impulso activo de las Instituciones europeas, las legislaciones de los Estados Miembros se han desarrollado de manera muy similar, pudiendo ser en muchos casos difícil de distinguir. Quizás la mayor diferencia se encuentra en el campo de aplicación personal con la irrupción de los trabajadores por cuenta propia en algunos regímenes nacionales. Asimismo, la importancia que se da a las medidas de rehabilitación es un elemento que caracteriza a los ordenamientos jurídicos más evolucionados.

La política del legislador de la Unión ha sido respetar la idiosincrasia de los distintos sistemas europeos de Seguridad Social europeos que se caracterizan fundamentalmente, en principio, por su variedad y diversidad sin que, a día de hoy, pueda plantearse seriamente su armonización. A este respecto, resulta pertinente la afirmación de Ojeda Avilés cuando señala que “desde el principio el legislador comunitario renunció a la armonización de la Seguridad Social”⁶.

4. Pieters, D.: “El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea”, en AA.VV.: *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000.

5. <https://www.missoc.org>.

6. Ojeda Avilés, A. y García de Cortázar y Nebreda, C.: “La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, en AA.VV., *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de*

No obstante, si realmente se deseara buscar un primer experimento de aproximación o convergencia de las legislaciones nacionales, podría comenzarse con la rama de accidente de trabajo y enfermedades profesionales que presentan, en los ordenamientos internos, muchas más similitudes que discordancias. De hecho, el núcleo principal de todos ellos es muy homogéneo, existiendo únicamente ciertas peculiaridades que pueden considerarse como accesorias.

Como señala Ana González Gómez, "la regulación de los accidentes de trabajo en los distintos sistemas nacionales europeos presenta unas características comunes que permite hablar de homogeneidad dentro de la variedad"⁷.

A este respecto, nada mejor relacionar las similitudes y analogías:

- ▶ Su protección, cobertura y gestión, corre, por regla general, a cargo de Instituciones Privadas o parapúblicas, permitiéndose, en algunos casos, el auto-aseguramiento.
- ▶ La asistencia sanitaria es más amplia que la establecida para los riesgos comunes y suele ser totalmente gratuita, sin ticket moderador.
- ▶ En casi todas las legislaciones⁸ se prevé el accidente "*in itinere*".
- ▶ Las prestaciones en metálico se calculan sobre los salarios percibidos.
- ▶ No se exige período de carencia.
- ▶ El campo material de esta rama de seguro incluye, además de la asistencia sanitaria, las prestaciones de Incapacidad temporal, permanente y muerte y supervivencia. Su protección es más generosa que la que se reconoce para las contingencias comunes.
- ▶ Comienza a protegerse también a los trabajadores por cuenta propia.
- ▶ Se incluyen dentro del marco prestacional las medidas de rehabilitación y readaptación encaminadas a la reincorporación del accidentado al mercado de trabajo.
- ▶ Se reconocen competencias en materia de prevención y de Inspección laboral a las Entidades que gestionan estas prestaciones

II. LAS NORMAS DE COORDINACIÓN

Los dos centros de gravedad de los Instrumentos de Coordinación son la exportación de las prestaciones y la totalización de los períodos de seguro, empleo y residencia. Sin embargo, el requisito de haber cubierto un determinado período de carencia brilla por su ausencia en el escenario de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Por ello, si se contrae una enfermedad profesional o

trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad, Comares, Granada, 2006.

7. González Gómez, A.: "Regulación de los Accidentes de Trabajo y de las enfermedades profesionales en los países de la Unión Europea", *La Mutua, Revista Técnica de Seguridad Social y Prevención*, núm. 7, 2002.

8. No incluyen el accidente in "*itinere*", República Checa, Dinamarca, Estonia, Letonia, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia y Reino Unido.

se sufre un accidente de trabajo en un Estado, los períodos cubiertos en otros Estados son innecesarios con lo que, en la práctica, las normas de coordinación no se activan, frecuentemente, al no ser necesarias medidas de enlace ni de coordinación con otros Estados.

De este modo, y con el ánimo de acotar los supuestos de hecho en este campo del Reglamento 883/04 debería descartarse, de un plumazo, el escenario exclusivamente nacional en el que todas las circunstancias son meramente internas, por lo que corresponde a la legislación del Estado de que se trate, la regulación y tramitación del accidente o enfermedad que se haya producido u originado.

Ahora bien, no puede eliminarse la posibilidad de aplicación de los Reglamentos de coordinación cuando aparece el elemento transfronterizo y las legislaciones de dos Estados, aunque sea con distintas intensidades, actúen o puedan actuar simultánea o sucesivamente, para tratar un accidente laboral. Estos ejemplos, no exhaustivos, pueden proporcionar ayuda al lector:

- ▶ Accidentado o enfermo, perceptor de prestaciones de accidentes de trabajo o enfermedad profesional en virtud de la legislación de Estado A que parte de vacaciones a Estado B, donde necesita asistencia sanitaria para tratar su lesión laboral o enfermedad laboral.
- ▶ Accidentado laboral o enfermo profesional al que se le ha reconocido una Incapacidad permanente en Estado A y que traslada su residencia a un Estado B, en donde quiere percibir su indemnización o renta de accidentes de trabajo o enfermedad profesional.
- ▶ Trabajador asegurado en Estado A que es desplazado temporalmente por su empresa al Estado B, donde sufre un accidente laboral o contrae una enfermedad profesional.
- ▶ Trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo en Estado A por el que recibe una prestación y, posteriormente, sufre otro accidente de trabajo en Estado B que agrava su situación.
- ▶ Trabajador que ha contraído una enfermedad profesional en Estado A por el que recibe una prestación y, posteriormente, trabaja en Estado B en donde se agrava su situación.
- ▶ Trabajador que reside en Estado A y trabaja en Estado B y que tiene un accidente "*in itinere*" en el territorio del Estado A cuando se desplaza a su trabajo.
- ▶ Trabajador que está asegurado en Estado A y se encuentra temporalmente, para realizar una actividad esporádica, en Estado B donde se accidenta laboralmente y/o fallece. La legislación del Estado A prevé la repatriación del accidentado o del cadáver.

Desde otra perspectiva, conviene señalar que, aunque las disposiciones específicas del capítulo correspondiente de accidentes de trabajo y enfermedad profesional en el Reglamento 883/04 son mínimas, la mayor parte de los principios fundamentales

de las normas de coordinación son aplicables, con carácter general. Así, la igualdad de trato, la unicidad de la legislación, la conservación de los derechos adquiridos o la asimilación de hechos, acontecimientos, prestaciones o ingresos⁹ operan con la misma intensidad que en otras prestaciones.

Quizás por la existencia de una armonización *de facto* en las distintas legislaciones nacionales, y por la innecesaria totalización de períodos, el legislador europeo ha querido intervenir mínimamente, dejando, en esta rama de seguro, a las Administraciones nacionales la resolución de los problemas y controversias. Nos encontramos, pues, con una coordinación *light*, nada invasiva que pretende actuar con una injerencia mínima. A este respecto, podría afirmarse que este planteamiento ha sido todo un éxito, teniendo en cuenta la ausencia de conflictos a la hora de aplicar las normas de coordinación existentes.

Esta tesis de *laissez faire* ha sido contrastada y confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que apenas ha tenido que pronunciarse para resolver recursos o cuestiones prejudiciales¹⁰, limitándose a actuaciones meramente accesorias o secundarias.

Tampoco la Comisión Administrativa de coordinación de los sistemas de seguridad social (art. 71 del Reglamento 883/04), en donde se debaten las cuestiones más espinosas del Reglamento 883/04, se ha mostrado muy activa en el ámbito de los accidentes de trabajos y enfermedades profesionales, probablemente porque no ha resultado necesario. De hecho, esta Institución no ha aprobado, para el Reglamento 883/04, Decisión¹¹ o Recomendación de trascendencia *ad hoc* sobre esta materia, lo que implica una aceptación pacífica y consensuada por parte de los Estados Miembros de la interpretación y aplicación de los artículos 36 a 41 del Reglamento 883/04 y 33 a 41 del Reglamento 987/09.

En consecuencia, el Reglamento 883/04 se limita únicamente a aspectos concretos que, en muchos casos, hasta parecen superfluos, máxime teniendo en cuenta el nuevo principio de Asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimiento contenido en el artículo 5 del Reglamento 883/04. Por ello, la regulación de accidentes de trabajo puede considerarse una *rara avis* dentro del panorama de la coordinación de seguridad social.

9. A este respecto, Juzgado de lo Social Nº 2 de los de Vigo. Sentencia en fecha 22 de noviembre de 2012 Procedimiento nº 370/2012 sobre pensión de viudedad. Además, Recurso de Suplicación 763/2013 Sentencia de 25 de enero del 2015. Además, ATS, 10 de febrero de 2016 en el Recurso 1288/2015. Ver comentario en apartados siguientes.

10. La sentencia más interesante fue la que recayó en el Asunto C-290/00, Johann Franz Duchon y *Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten*, no tanto por la temática sino por la dialéctica retrospcción /retroactividad de los Reglamentos.

11. Solamente la Decisión Nº S5 de 2 de octubre de 2009 para la interpretación del concepto de "prestaciones en especie" hace mención, conjuntamente con otros preceptos, del artículo 36 del Reglamento 883/04.

III. ARTICULADO DEL REGLAMENTO 883/04. ACCIDENTES DE TRABAJO

Debe subrayarse que en relación con su antecesor –el Reglamento 1408/71¹²–, el Reglamento 883/04 supone una simplificación importante con reducción significativa del número de artículos a través de la eliminación de disposiciones superfluas. De hecho, todavía se hubiera podido actuar de una forma mucho más drástica, si bien se hubiera podido correr el riesgo de dejar cuasi vacío el capítulo relativo a estas prestaciones.

La primera gran novedad del Reglamento en el ámbito de los accidentes de trabajo es la definición de prestaciones en especie que se contiene en el artículo 1 letra v bis inciso ii de este Instrumento: “todas las prestaciones en especie por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los Estados miembros que estén destinadas a proveer, facilitar, abonar directamente o reembolsar los costes de la atención sanitaria y de los productos y servicios accesorios de dicha atención”¹³.

El objetivo de este nuevo precepto no parece, aparentemente, clara. Sin embargo, responde a los pocos contenciosos interpretativos entre los Estados Miembros en relación con el reembolso de gastos de las prestaciones en especie como consecuencia de accidente de trabajo. De hecho, no se introdujo en el propio Reglamento 883/04 sino 5 años después de con la adopción del Reglamento 988/09¹⁴.

Expongamos un supuesto de hecho para la mejor comprensión de la problemática: Trabajador desplazado que mantiene la afiliación en el Estado de origen (envío) y que sufre un accidente de trabajo en el Estado de empleo. Las prestaciones en metálico serán reconocidas y abonadas por el Estado competente. En cambio, las prestaciones en especie serán servidas en virtud de la legislación del Estado de empleo, que facturará el importe de dichas prestaciones al Estado de aseguramiento del trabajador. Ahora bien, el Estado de envío que tiene que reembolsar las prestaciones en especie podría considerar que las prestaciones que tiene derecho el accidentado son las correspondientes al seguro de enfermedad exclusivamente o solamente a las prestaciones en especie mínimas del seguro de accidentes de trabajo. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la cartera de prestaciones en especie en cada Estado es diferente, por lo que el trabajador recibirá las prestaciones de accidentes de trabajo en especie del Estado al que está desplazado. Así, un Estado donde es desplazado un trabajador puede cubrir en su legislación de accidentes de trabajo determinados prótesis (por ejemplo, silla de rueda eléctrica) o ayuda a domicilio, o prestaciones en especie de dependencia temporal o adaptación de vivienda o medidas de rehabilitación.

12. Reglamento (CEE) Nº 1408/71 del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (8) (9) (10) (11) (Versión consolidada—DO L 28 de 30.1.1997, p. 1 (*)) (DO L 149 de 5.7.1971, p. 2)

13. Inciso añadido por el Reglamento (CE) Nº 988/2009 de 16 de septiembre de 2009 por el que se modifica el Reglamento (CE) Nº 883/2004. DOUE L284/43 de 30 de octubre de 2009.

14. Reglamento (CE) Nº 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se modifica el Reglamento (CE) Nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y se determina el contenido de sus anexos (Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza) OJ L 284, 30.10.2009, pp. 43-72.

El interesado tendrá derecho a dichas prestaciones en especie, aunque la legislación del Estado en el que está asegurado no prevea dichas prestaciones.

Téngase en cuenta que el importe a reembolsar puede ser altísimo y que, por tanto, el Estado de envío puede mostrarse reticente a proceder al correspondiente reembolso. Por esa razón, el Reglamento 988/09 explicita, a mi entender con una generosidad excesiva, el posible contenido de las prestaciones en especie. Y como botón de muestra, la mención general a los “servicios accesorios” que puede ser una caja de pandora, máxime cuando en muchos casos la Institución competente del Estado que sirve las prestaciones puede ser una Entidad privada que dispara con pólvora del rey (el Ente pagador es el Estado de aseguramiento).

Algo de la intrahistoria de este precepto. Fue incluido en el Reglamento 988/09, que exigía para su adopción la unanimidad en el Consejo, por imposición de las Entidades Gestoras Alemanas (*Berufsgenossenschaften*), Instituciones similares a nuestras Mutuas.

Adentrémonos en el Capítulo 2 del Título III del Reglamento 883/04 Prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional.

El primer precepto del Reglamento 883/04 a analizar es el artículo 36 apartado 1 que opera como simple remisión a las normas correspondientes de prestaciones en especie de enfermedad y maternidad y que reza como sigue: “Sin perjuicio de las disposiciones más favorables previstas en los apartados 2 y 2 *bis* del presente artículo, el artículo 17¹⁵, el apartado 1 del artículo 18¹⁶, el apartado 1 del artículo 19¹⁷ y el apartado 1 del artículo 20¹⁸ se aplicarán, asimismo, a las prestaciones por accidente de trabajo y por enfermedad profesional”.

En resumen, este artículo, entre otros supuestos, viene a regular la situación de un trabajador asegurado en un Estado que sufre un accidente de trabajo en el territorio de otro Estado donde reside, o que necesita asistencia sanitaria como consecuencia de sus lesiones en dicho Estado de residencia. Asimismo, este precepto establece normas para cuando esa persona se desplace fuera del Estado de residencia o bien retorne temporalmente al Estado competente y necesite asistencia sanitaria.

Sorprende que este sea el primer artículo del capítulo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Quizás hubiera sido preferible repetir el artículo 52 del Reglamento 1408/¹⁹ con algunas modificaciones. Puede echarse de menos un

15. Artículo 17. Prestaciones en especie de enfermedad y maternidad. Residencia en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente.

16. Artículo 18. Estancia en el Estado miembro competente cuando la residencia se encuentra en otro Estado miembro.

17. Artículo 19. Estancia fuera del Estado miembro competente.

18. Artículo 20. Desplazamientos para recibir prestaciones en especie. Autorización para recibir un tratamiento adecuado fuera del Estado miembro de residencia.

19. Artículo 52 “Residencia en un Estado miembro distinto del Estado competente. Normas generales El trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que resida en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente y que sea víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, disfrutará en el Estado donde resida: a) de las prestaciones en especie servidas con cargo a la institución competente, por la institución de lugar de residencia con arreglo a lo dispuesto en la legislación aplicada por ésta, como si el trabajador estuviese afiliado a ella; b) de las prestaciones en metálico, abonadas por la institución competente con arreglo a la legislación aplicada por ella. No obstante, previo acuerdo entre la institución competente y la del lugar de residencia, dichas prestaciones podrán ser abonadas por esta última institución con cargo a la primera y de conformidad con lo dispuesto en la

precepto general que hubiera clarificado la situación específica de los trabajadores desplazados que sufren un accidente de trabajo en el Estado de empleo y que deben recibir prestaciones en especie y en metálico. A este respecto, se podría argumentar que la remisión que realiza el referido artículo 36 a los artículos 17, 18 y 19 del Reglamento 883/04 ya resuelven este problema. No comparto esta opinión.

La Comisión Europea estima, según datos de los A1 (formulario de aseguramiento en el Estado de origen) emitidos²⁰, que en 2018 se produjeron 3 millones de desplazamientos o situaciones en las que el Estado de empleo no coincide con el de aseguramiento. Consecuentemente, en esa magnitud de 3 millones se habrán originado múltiples accidentes laborales *stricto sensu* o *in itinere*. De hecho, según la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo, el 3.2% de los trabajadores europeos sufrieron un accidente de trabajo en los últimos 12 meses²¹. En consecuencia, aplicando los mismos parámetros numéricos y suponiendo que la duración media de un desplazamiento sea de 6 meses, aproximadamente 50.000 trabajadores desplazados sufren al año un accidente de trabajo fuera del Estado competente de aseguramiento.

Pues bien, imaginemos que un trabajador desplazado, asegurado en Estado A, sufre un accidente en el Estado de empleo B. Vayamos al artículo 36 apartado 1 y a las remisiones que realiza. En la mayoría de los casos el trabajador desplazado no reside en el Estado de empleo, así que el Artículo 17 (residencia en Estado distinto del competente) sobre prestaciones en especie, no se aplicará. Pasemos al 18 (Estancia en el Estado miembro competente cuando la residencia se encuentra en otro Estado miembro), que tampoco será de aplicación porque en la mayoría de los desplazamientos el Estado competente y el de residencia es el mismo. Por último, el único precepto que resta es el 19 (Estancia en Estado distinto del Estado competente), que establece “[s]alvo que en el apartado 2 se disponga lo contrario, la persona asegurada y los miembros de su familia que se hallen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente tendrán derecho a las prestaciones en especie necesarias, desde un punto de vista médico, durante su estancia, tomando en consideración la naturaleza de las prestaciones y la duración prevista de la estancia. La institución del lugar de estancia facilitará las prestaciones por cuenta de la institución competente, según las disposiciones de la legislación del lugar de estancia, como si los interesados estuvieran asegurados en virtud de dicha legislación”.

No es comprensible que un accidentado de trabajo tenga derecho a unas prestaciones en especie limitadas de la naturaleza de dichas prestaciones y a la duración prevista de la estancia como si se tratase de un turista en vacaciones.

Tampoco el apartado 2 del artículo 36 del Reglamento 883/04 nos soluciona la dificultad interpretativa descrita. Así, se señala en este precepto: “La persona que

legislación del Estado competente”.

20. *Posting of workers Report on A1 Portable Documents issued in 2018*, European Commission. Directorate-General for Employment Social Affairs and Inclusion Directorate D Labour Mobility, 2020.

21. <https://osha.europa.eu/en/themes/work-related-diseases>.

haya sufrido un accidente de trabajo o contraído una enfermedad profesional y que resida o efectúe una estancia en un Estado miembro que no sea el Estado miembro competente tendrá derecho a las prestaciones en especie específicas del régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, concedidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o de residencia, con arreglo a la legislación que ésta aplique, como si la persona estuviera asegurada en virtud de dicha legislación”.

En efecto, tanto los artículos 17, 18, 19 y 36.2 contemplan unas situaciones que podríamos denominar secundarias o adicionales.

En cambio, el supuesto realmente importante, el accidente laboral ocurrido en un Estado distinto del competente, no está expresamente regulado, por lo que es necesario trabajar con aproximaciones o asimilaciones que redundan, finalmente, en perjuicio del accidentado. Faltaría, por tanto, un precepto que simplemente estableciese “cuando un trabajador sufra un accidente de trabajo o contraiga una enfermedad profesional en Estado distinto del competente, tendrá derecho a las prestaciones en especie específicas del régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, concedidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o de residencia, con arreglo a la legislación que ésta aplique, como si la persona estuviera asegurada en virtud de dicha legislación. Asimismo, el accidentado o enfermo profesional tendrá derecho a las prestaciones en metálico de conformidad con la legislación del Estado competente”.

Otra posibilidad sería que la Comisión Administrativa adoptase una Decisión que estableciese, específicamente para los trabajadores desplazados, que el Estado de empleo donde se ha producido el accidente de trabajo sea considerado, aunque sea ficticiamente, a efectos del artículo 36.1 como el Estado de residencia.

El lector inquieto podrá preguntarse la razón de que exista esta laguna, cuando si por algo se caracteriza el legislador de la Unión es por su precisión y coherencia. Quizás la respuesta se encuentre en que la gestión de los accidentes de trabajo en los distintos Estados se ha transferido a Instituciones semipúblicas que apenas tienen contacto con los Reglamentos y que han optado por intentar al máximo una regulación cuasi nacional de estas prestaciones, evitando, en lo posible, entrar en el complejo mundo de la coordinación. Por eso, cuando se debatió en el Consejo el capítulo de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del Reglamento 883/04, los Estados a través de los correspondientes Ministerios optaron por aprobar, con pocas modificaciones, la propuesta originaria de la Comisión de 21 diciembre de 1998.

Concretamente en relación con España, a lo largo de mi larga vida laboral, solamente he tenido contacto con las Mutuas de Accidentes de Trabajo para reclamarles el reembolso de ciertas prestaciones en especie, servidas a sus asegurados por Instituciones de otros Estados. No recuerdo haber recibido propuesta alguna, por su parte, a la hora de debatir en el Consejo el articulado correspondiente al capítulo de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales de los Reglamentos 883/04 y 987/09.

Pienso que una coordinación de mínimos promueve indirectamente una aplicación no totalmente controlada de los Reglamentos por parte de las Entidades Gestoras de accidentes de trabajo, que se encontrarían con muchas dificultades si existiese una regulación más compleja. De hecho, y simplemente como botón de muestra, sorprende que en las informaciones que facilitan las Mutuas españolas de Accidentes de Trabajo en el supuesto de desplazamiento de trabajadores se mencione que, para recibir las prestaciones en especie, los accidentados deben presentar la Tarjeta Sanitaria europea, que no cubre todos los posibles servicios sanitarios. En cambio, no se menciona el formulario S1 que ofrece mayor cobertura y que es el recomendado por la Comisión Europea²² para los supuestos de desplazamientos. Por supuesto, la diferencia entre Tarjeta Sanitaria Europea y formulario S1 puede ser la calidad del servicio y, como consecuencia, los importes a reembolsar.

Probablemente, desde el punto de vista teórico, uno de los logros del nuevo Reglamento 883/04 lo constituye el apartado 2 *bis* del artículo 36 (enfermo autorizado) del Reglamento 883/04 que establece: “La institución competente no podrá denegar la concesión de la autorización contemplada en el artículo 20, apartado 1, a una persona que haya sido víctima de un accidente de trabajo o haya contraído una enfermedad profesional y que tenga derecho a las prestaciones a cargo de esa institución, cuando el tratamiento oportuno para su estado no pueda serle dispensado en el Estado miembro en el que reside en un plazo justificable desde el punto de vista médico, teniendo en cuenta su estado de salud en ese momento y la evolución probable de su enfermedad”.

Pues bien, este apartado introduce un pequeño matiz diferenciador, pero cualitativamente importante, en relación con los riesgos comunes. En efecto, el artículo 20 del Reglamento 883/04 condiciona la obligación de conceder la autorización para lo que se denomina cuidados programados a que “el tratamiento de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en que resida el interesado”.

La diferencia es muy sutil, pero los resultados pueden divergir en gran manera. Imaginemos que existe un tratamiento experimental en Alemania que no existe en Rumanía. Cuando una persona asegurada en Rumanía sufra una enfermedad común y desee desplazarse a Alemania para recibir el tratamiento experimental, la Institución competente del Estado B podrá denegar la autorización requerida, mientras que en el caso de un accidente laboral esta denegación no es posible porque el único condicionante aplicable es que “tratamiento oportuno para su estado no pueda serle dispensado en el Estado miembro en el que reside en un plazo justificable desde el punto de vista médico, teniendo en cuenta su estado de salud en ese momento”. Al no existir dicho tratamiento experimental en Rumanía, no se le podrá ofrecer en un

22. Ver https://europa.eu/youreurope/citizens/work/social-security-forms/index_es.htm. Modelos de formularios para los derechos de seguridad social. Formulario S1. Certificado de tu derecho a prestaciones sanitarias. “Útil para trabajadores desplazados”.

plazo justificado por lo que, según mi criterio, el interesado podría exigir la autorización correspondiente de manera inmediata. El coste a reembolsar puede ser enorme.

Una interpretación diferente parece difícil de sustentar, ya que si se ha incluido una norma *"ad hoc"* y no se ha realizado una remisión total a la regulación del enfermo autorizado contenida en el artículo 20 (enfermedad común) del Reglamento 883/04, es, lógicamente, porque se quiere privilegiar la figura del accidentado laboral y permitir que pueda acceder a otros tratamientos experimentales, por supuesto contrastados desde el punto de vista médico, aunque estos no existan todavía en el Estado de aseguramiento.

Por otra parte, con respecto a la exportabilidad de las prestaciones, se aplica el apartado 1 del artículo 20 que del Reglamento 883/04, que textualmente establece: "La persona asegurada y los miembros de su familia que residan o se encuentren en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente tendrán derecho a prestaciones en metálico por parte de la institución competente de conformidad con la legislación que esta última aplica".

Asimismo, se establece la posibilidad de pago delegado al señalar en ese mismo precepto: "No obstante y previo acuerdo entre la institución competente y la institución del lugar de residencia o estancia, tales prestaciones podrán ser facilitadas por la institución del lugar de residencia o estancia con cargo a la institución competente de conformidad con la legislación del Estado miembro competente".

En otro orden de cosas, debe señalarse que, para el cálculo de las prestaciones en metálico de accidentes de trabajo, el legislador ha deseado evitar, a toda costa, que se tengan en cuenta elementos extraños o transfronterizos, como podrían ser salarios o bases de cotización de otros Estados. Por ello, el artículo 36 apartado 3 del Reglamento 883/04 hace referencia expresa al artículo 21 del Reglamento 883/04, que señala: "La institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea que el cálculo de las prestaciones en metálico se efectúe en función de unos ingresos medios o de una base de cotización media, determinará dichos ingresos medios o dicha base de cotización media exclusivamente en función de los ingresos comprobados o de las bases de cotización aplicadas durante los períodos cubiertos bajo dicha legislación. La institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea que el cálculo de las prestaciones en metálico se efectúe sobre la base de los ingresos a tanto alzado, computará exclusivamente estos últimos o, llegado el caso, el promedio de los ingresos a tanto alzado correspondiente a los períodos cubiertos bajo dicha legislación".

Esta fórmula ha sido validada por el TJUE que, en un pronunciamiento recaído en el Asunto Pennarz contra Caisse primaire d'assurances maladie²³, establecía que "cuando, según la legislación de uno de los Estados miembros, el salario de base que sirve para el cálculo de las prestaciones en metálico, debidas a la víctima de un accidente de trabajo que haya trabajado sucesivamente en varios Estados miembros, sea el ingreso medio de un período determinado, dicho ingreso medio es determinado

23. Asunto 268 /78. Sentencia de 11 de julio de 1979.

únicamente en función de los salarios percibidos en el Estado en el que trabajaba la víctima en el momento del accidente, con arreglo a la normativa y al modo de cálculo en vigor en dicho Estado”.

Pasemos a un tema diferente de interés teórico/práctico. El artículo 37 regula lo siguiente: “La institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea la asunción de los gastos de transporte de la persona que ha sufrido un accidente de trabajo o contraído una enfermedad profesional, bien hasta su residencia o bien hasta un centro hospitalario, se hará cargo de dichos gastos hasta el lugar correspondiente del otro Estado miembro en que resida dicha persona, siempre que la institución mencionada autorice previamente el transporte, teniendo debidamente en cuenta los motivos que lo justifican. Esta autorización no será necesaria en el caso de los trabajadores fronterizos”.

El análisis y la valoración de este precepto no pueden ser elogioso. Realmente resultaría superfluo si se aplicase extensivamente el artículo 5 apartado 2 del Reglamento 883/04 en el que se señala: “Si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio”. Un ejemplo podría servir. Si una legislación de un Estado A (Estado competente) reconoce el derecho de la víctima de un accidente de trabajo a ser tratado en un establecimiento hospitalario próximo a su domicilio, en aplicación del artículo 5 del Reglamento 883/04, el accidente de trabajo de un desplazado ocurrido en el Estado de empleo B debería ser considerado como acontecido en el territorio del Estado A, procediendo al traslado de la víctima si esta así lo deseara. Sin embargo, la única razón para incluir este artículo en el Reglamento es precisamente limitar transfronterizamente el alcance del referido artículo 5 del Reglamento 883/04. En efecto, al señalar el referido artículo 37 “siempre que la institución mencionada autorice previamente el transporte, teniendo debidamente en cuenta los motivos que lo justifican”, se está incluyendo una cautela muy importante, por lo que puede colegirse que más que un derecho de los accidentados se trata de una facultad discrecional de las instituciones competentes.

Por otra parte, la ausencia del requisito previo de la autorización para los trabajadores fronterizos responde a la situación especial de este colectivo que reside en un Estado y trabaja en otro. De hecho, el tratamiento médico del accidentado probablemente será más efectivo y económico en el Estado de residencia que en el Estado de empleo. Además, para el interesado sería perjudicial los continuos traslados de uno a otro Estado.

Algo distinta es la regulación en caso de transporte de accidentados fallecidos. Así el apartado 2 del artículo 37 del Reglamento señala: “La institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea la asunción de los gastos de transporte del cuerpo de la persona fallecida en un accidente de trabajo hasta el lugar de la inhumación se hará cargo de dichos gastos hasta el lugar correspondiente del otro Estado

miembro en que residiera la persona en el momento de ocurrir el accidente, según la legislación aplicada por dicha institución”.

La diferencia es significativa. En el segundo caso (traslado del cadáver), no se necesita autorización pertinente, continuando, en cambio, siendo un requisito que la legislación del Estado competente prevea la asunción de gastos a nivel interno en el caso de muerte de un trabajador por accidente de trabajo en un lugar distante del domicilio de la víctima.

Quizás el legislador europeo debería haber sido más valiente y decidido, especialmente en relación con los trabajadores desplazados, eliminando, en el primer caso, el requisito de la autorización previa y, en el segundo, la necesidad de un precepto nacional, máxime teniendo en cuenta que los gastos de un traslado de un cadáver de un país a otro resulta inasumible para muchas familias de trabajadores. A fin de cuentas, el propio Reglamento y, sobre todo, el Tribunal de Justicia²⁴ han admitido la discriminación positiva, es decir, el tratamiento más beneficioso para el trabajador migrante en relación con el trabajador sedentario.

En realidad, no puede compararse la situación de dicho trabajador sedentario con la de un trabajador migrante si ambos sufren un accidente de trabajo. Hacer depender el traslado del accidentado o del cadáver del mismo a que la legislación nacional así lo prevea puede ser muy perjudicial para un trabajador sedentario, pero, normalmente la distancia entre el lugar del accidente y el domicilio del interesado no suele ser muy grande. En cambio, imaginemos el supuesto de un trabajador desplazado a otro Estado que sufre allí un accidente con consecuencias, o no, mortales. El traslado transfronterizo del accidentado o del cadáver pueden ocasionar gastos muy considerables y no deberían ser asumidos por los interesados o familiares.

Pasemos al artículo 40²⁵ del Reglamento 883/04 que tiene dos partes. La primera contempla la posibilidad de que en un Estado no exista una protección diferenciada y privilegiada del accidente de trabajo (Holanda, por ejemplo) y que el accidentado deba recibir allí prestaciones en especie (asistencia sanitaria). La remisión al seguro

24. Ver Asuntos 22/77 y 236/78, Mura. Sentencias de 13 de octubre de 1977 y 16 de mayo de 1979.

25. Artículo 40 del Reglamento 883/04 “Normas para tener en cuenta las particularidades de algunas legislaciones: 1. Si en el Estado miembro donde el interesado resida o efectúe una estancia no existe un seguro contra los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales, o aun existiendo ese seguro no hay una institución encargada de conceder prestaciones en especie, estas prestaciones serán concedidas por la institución del lugar de estancia o de residencia responsable de facilitar las prestaciones en especie en caso de enfermedad. 2. Si en el Estado miembro competente no existe un seguro contra los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales, se aplicarán, no obstante, las disposiciones del presente capítulo sobre prestaciones en especie a la persona con derecho a las prestaciones correspondientes en caso de enfermedad, maternidad o paternidad asimiladas, con arreglo a la legislación de dicho Estado miembro, si la persona sufre un accidente de trabajo o contrae una enfermedad profesional durante su residencia o estancia en otro Estado miembro. Los costes correrán a cargo de la institución competente para las prestaciones en especie conforme a la legislación del Estado miembro competente. 3. Se aplicará el artículo 5 a la institución competente de un Estado miembro en lo referente a la equivalencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que, o bien hayan sobrevenido o bien se hayan reconocido posteriormente bajo la legislación de otro Estado miembro, cuando se evalúe el grado de incapacidad, el derecho a prestaciones o la cuantía de las mismas, a condición de que: a) el accidente de trabajo o la enfermedad profesional anteriormente sobrevenidos o reconocidos bajo la legislación que ella aplique no hayan dado lugar a indemnización, y b) el accidente de trabajo o la enfermedad profesional sobrevenidos o reconocidos con posterioridad no den lugar a indemnización en virtud de la legislación del otro Estado miembro bajo la cual hayan sobrevenido o hayan sido reconocidos”.

de enfermedad para los cuidados sanitarios parece una consecuencia lógica. No obstante, este precepto probablemente, al tratarse de una norma procedimental o de mera gestión, no debería haber sido ubicada en este Reglamento, sino en el Reglamento 987/09.

En cambio, la segunda parte del articulado presenta una situación de gran complejidad, con una redacción confusa, muy al gusto del legislador de la Unión, que merece una atención especial.

Como quiero facilitar al lector la comprensión de este precepto y, sobre todo, deseo que se familiarice con el principio de asimilación de hechos y acontecimientos contenida en el artículo 5 del Reglamento 883/04, me voy a remontar al pasado y a unas de las pocas sentencias que se han dictado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo en relación con los accidentes de trabajo regulados por el Reglamento 1408/71, predecesor del Reglamento 883/04.

Los señores Villano y Barion²⁶, nacionales italianos, habían sido víctimas de un accidente de trabajo, a mediados de la década de los 70, en la República Federal de Alemania. Al sufrir posteriormente un nuevo accidente en Italia, solicitaron a la Institución alemana que tuviera en cuenta este segundo accidente para determinar sus derechos a una pensión de invalidez. Sin embargo, la Corte de Justicia fue categórica, pronunciándose del siguiente tenor: “El Reglamento (CEE) nº 1408/71 no imponen a la institución competente de un Estado miembro la obligación de tener en cuenta, como si se hubieran producido bajo la legislación de dicho Estado miembro, accidentes o enfermedades sobrevenidos con posterioridad bajo la legislación de otro Estado miembro”.

El Tribunal basó su fallo en las siguientes consideraciones: “El Reglamento 1408/71 establece que si la legislación de un Estado miembro prevé explícita o implícitamente que los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales sobrevenidos o comprobados con anterioridad han de ser tenidos en cuenta al apreciar el grado de incapacidad, la institución competente de dicho Estado tendrá también en cuenta los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales sobrevenidos o comprobados con anterioridad bajo la legislación de otro Estado miembro, como si hubieran sobrevenido o hubieran sido comprobados bajo la legislación aplicada por ella. Los dos referidos preceptos imponen, pues, a la institución competente únicamente la obligación de tener en cuenta los accidentes o enfermedades sobrevenidos con anterioridad bajo la legislación de otro Estado miembro y no los ocurridos con posterioridad”.

Algunos autores discreparon en su día de esta interpretación. Así Sean van Raepenbush²⁷ señala: “Esta sentencia es muy restrictiva y no estamos convencidos de que, dentro del contexto actual para el logro del Mercado Interior, no hubiera ampliado el Tribunal el propósito perseguido con los artículos 48 a 51 del Tratado (...)”.

26. Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 1979. Asuntos acumulados 173/78 y 174/78, entre Alberto Villano, domiciliado en Lumezzane Pieve/Brescia, y Nordwestliche Eisen-und Stahl-Berufsgenossenschaft, Hannover (asunto 173/78), y Pasquale Barion, Matterello di Trento, y Tiefbau-Berufsgenossenschaft, Munich (asunto 174/78).

27. Raepenbusch, S.: *La Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.

De todos modos, el Reglamento 2000/83²⁸ modificó en su día la redacción original del Reglamento 1408/71, añadiendo un nuevo artículo 69 apartado 6 que establecía: "Si la legislación de un Estado miembro prevé explícita o implícitamente que los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales sobrevenidos o comprobados con posterioridad sean tomados en cuenta para apreciar el grado de la incapacidad, la apertura del derecho a las prestaciones o la cuantía de éstas, la institución competente de dicho Estado tendrá también en cuenta los accidentes de trabajo o las enfermedades profesionales sobrevenidos o comprobados con posterioridad bajo la legislación de otro Estado miembro, como si hubieran sobrevenido o hubieran sido comprobados bajo la legislación aplicada por ella, a condición de: 1) que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional anteriormente sobrevenidos o comprobados bajo la legislación que ella aplique no hayan dado lugar a indemnización, y 2) que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional sobrevenidos o comprobados con posterioridad no den lugar, no obstante lo dispuesto en el apartado 5, a indemnización en virtud de la legislación de otro Estado miembro bajo la cual hayan sobrevenido o hayan sido comprobados".

Con el precepto introducido, el fallo jurisdiccional recaído en el Asunto Villano y Barion hubiera sido distinto. Ahora bien, la condición de que la legislación interna prevea, en el referido apartado 6, implícita o explícitamente la toma en consideración de los accidentes anteriores (ver primera frase) es una restricción que, posteriormente, elimina el artículo 40 del Reglamento 883/04. Un paso adelante en la vía de la consolidación del principio de asimilación establecido en el artículo 5 del Reglamento 883/04.

El último precepto del Reglamento 883/04 relativo a los accidentes de trabajo es el artículo 41²⁹, que simplemente establece el reembolso de gastos entre Instituciones. En este sentido, algunas Decisiones³⁰ de la Comisión Administrativa también son aplicables a estas prestaciones.

28. DO L 230 de 22.8.1983.

29. Artículo 41. Reembolso entre instituciones: "1. El artículo 35 se aplicará también a las prestaciones indicadas en el presente capítulo y el reembolso se efectuará sobre la base de los gastos reales. 2. Dos o más Estados miembros, o sus autoridades competentes, podrán convenir otras formas de reembolso o renunciar a todo reembolso entre las instituciones que de ellos dependan".

30. Decisión Nº S4 de 2 de octubre de 2009 relativa a los procedimientos de reembolso para la aplicación de los artículos 35 y 41 del Reglamento (CE) Nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. 2010/C 106/17. Decisión Nº S5 de 2 de octubre de 2009 para la interpretación del concepto de «prestaciones en especie» según se define en el artículo 1, letra *v bis*, del Reglamento (CE) Nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, en caso de enfermedad o maternidad, de acuerdo con el artículo 17, el artículo 19, el artículo 20, el artículo 22, el artículo 24, apartado 1, el artículo 25, el artículo 26, el artículo 27, apartados 1, 3, 4 y 5, el artículo 28, el artículo 34 y el artículo 36, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) Nº 883/2004, así como para determinar los importes que se reembolsarán de conformidad con los artículos 62, 63 y 64 del Reglamento (CE) Nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo. 2010/C 106/18. Decisión Nº S6 de 22 de diciembre de 2009 relativa a la inscripción en el Estado miembro de residencia con arreglo al artículo 24 del Reglamento (CE) Nº 987/2009, y a la elaboración de los inventarios a que se refiere el artículo 64, apartado 4, del Reglamento (CE) Nº 987/2009. 2010/C 107/04.

Decisión Nº S8 de 15 de junio de 2011 relativa a la concesión de prótesis, grandes aparatos u otras prestaciones en especie de gran importancia contempladas en el artículo 33 del Reglamento (CE) Nº 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social 2011/C 262/06. Decisión Nº S9 de 20 de junio de 2013 relativa a los procedimientos de reembolso en aplicación de los artículos 35 y 41 del Reglamento (CE) Nº 883/2004. 2013/C 279/05.

Como resumen de este apartado, podría pensarse que estos artículos comentados, reguladores de las prestaciones de accidentes de trabajo, son realmente insustanciales y que no merecen mayor comentario. Es posible. Sin embargo, son un exponente de lo que podríamos denominar coordinación blanda, de mínimos, no intervencionista, más nacional que europea. Es la excepción a la regla y como una singularidad, debe ser tratada y valorada.

De hecho, insta un modelo minimalista que el propio Reglamento 883/04 no ha seguido en su conjunto, pero que algunos Estados miembros preconizan, directa o indirectamente, para el futuro de las normas de coordinación.

De todos modos, la idea de simplificación emprendida con la adopción del Reglamento 883/04 se ha logrado, en muchos casos, a través de determinados artículos de carácter general (por ejemplo, unicidad de la legislación aplicable, exportabilidad de las prestaciones, asimilación e totalización de períodos) que se aplican a todas las prestaciones, incluidas por supuesto las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Por otra parte, quizás echo en falta un artículo sobre pensiones de accidentes de trabajo. En efecto, algunos Estados permiten la acumulación de las pensiones o rentas de accidentes de trabajo con otras pensiones por contingencias comunes, lo que podría generar algunos problemas de coordinación ya que deberían ser aplicados simultáneamente, dos legislaciones y dos capítulos del Reglamento (pensiones y accidentes de trabajo). Un ejemplo podría ser clarificador. Imaginemos a una persona que ha trabajado en Alemania y que posteriormente ha continuado una actividad laboral en España, donde sufre un accidente de trabajo que le provoca una incapacidad permanente. España reconoce una pensión de accidentes en base a su ordenamiento interno. No obstante, Alemania también puede reconocer una pensión de incapacidad por contingencias comunes, aplicando el capítulo de pensiones, con posible totalización y prorrateo. Un tema muy complejo que merecería un estudio pormenorizado.

Aunque este problema teóricamente no se plantea en España directamente, porque las pensiones derivadas de accidente de trabajo son incompatibles con otras pensiones, en la práctica (véase el ejemplo descrito en el párrafo precedente) también nuestra Administración y sobre todo nuestros asegurados pueden verse afectados indirectamente.

IV. LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES

La cuasi uniformidad de los regímenes de accidentes de trabajo en los distintos Estados Miembros se reproduce en los regímenes de enfermedades profesionales. Bien es verdad que también en esta rama abundan las similitudes y que los principios informadores son los mismos. En realidad, más que grandes diferencias, nos encontramos con peculiaridades específicas.

De una manera reduccionista, podríamos hablar de dos grandes sistemas que, más que en el fondo, se distinguen en algunas singularidades formales. El primero sigue

el modelo del enfoque alemán, con asociaciones de seguros sectoriales autónomas paraestatales, financiadas con contribuciones de los empleadores, que proporcionan un servicio integral de prevención, rehabilitación y compensación. En el segundo modelo, es el Estado el que administra el régimen de enfermedades profesionales.

En todos los países europeos las enfermedades profesionales reconocidas se incluyen en una lista que puede ser exhaustiva o indicativa. En este sentido, debe recordarse que existe la Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003³¹, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales que tiene dos grandes objetivos:

- ▶ Que los Estados introduzcan la lista europea de enfermedades profesionales en sus disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas relativas a las enfermedades, cuyo origen profesional se ha reconocido científicamente, que pueden dar lugar a indemnización y que deben ser objeto de medidas preventivas.
- ▶ Que asimismo procuren introducir en sus disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas un derecho de indemnización, por causa de enfermedad profesional, para el trabajador afectado por una enfermedad que no figure en la referida lista, pero cuyo origen y carácter profesional puedan establecerse.

Quizás, para subrayar la importancia que tienen las enfermedades profesionales, nada mejor que reproducir lo señalado por la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo: “las enfermedades siguen siendo responsables de aproximadamente 2,4 millones de muertes en todo el mundo cada año, incluidas 200.000 en Europa”³².

Por otra parte, debe señalarse que todo lo señalado en la letra C correspondiente a los accidentes de trabajo en relación con el Reglamento 883/04 es también de aplicación para las enfermedades profesionales, por lo que damos por reproducido lo allí señalado.

En consecuencia, vamos a referirnos en este punto a ciertos preceptos que específicamente regulan situaciones muy concretas sobre enfermedades profesionales. Así, el artículo 38 del Reglamento 883/04 señala: “Cuando la persona que ha contraído una enfermedad profesional haya ejercido, bajo la legislación de uno, dos o más Estados miembros, una actividad que, por su propia naturaleza, pueda provocar dicha enfermedad, las prestaciones a las que la víctima o sus supérstites puedan aspirar se concederán exclusivamente en virtud de la legislación del único o del último de dichos Estados cuyas condiciones se hayan satisfecho”.

Además, el artículo 39 establece “En caso de agravación de una enfermedad profesional por la cual la persona que la padece ha recibido o está recibiendo prestaciones

31. DO L 238 de 25.9.2003.

32. <https://osha.europa.eu/fr/themes/work-related-diseases>.

al amparo de la legislación de un Estado miembro, se aplicarán las normas siguientes: a) si, desde que disfruta de las prestaciones, el interesado no ha ejercido bajo la legislación de otro Estado miembro una actividad por cuenta ajena o propia que pueda provocar o agravar la enfermedad de que se trata, la institución competente del primer Estado miembro se hará cargo de las prestaciones, teniendo en cuenta la agravación, con arreglo a lo dispuesto en la legislación que aplique; b) si, desde que disfruta de las prestaciones, el interesado ha ejercido una actividad de la naturaleza antes indicada bajo la legislación de otro Estado miembro, la institución competente del primer Estado miembro se hará cargo de las prestaciones, sin tener en cuenta la agravación, con arreglo a lo dispuesto en la legislación que aplique. La institución competente del segundo Estado miembro concederá al interesado un complemento de cuantía igual a la diferencia existente entre la cuantía de las prestaciones a que el interesado tenga derecho después de la agravación y la cuantía de las prestaciones a que hubiera tenido derecho antes de la agravación, según la legislación aplicada por la institución del segundo Estado, en el supuesto de que la enfermedad hubiese sobrevenido bajo la legislación de dicho Estado miembro”.

Comprendo que esta redacción es muy prosaica y enrevesada, por lo que me permito poner un ejemplo que pueda hacer más accesible la difícil lectura de estos preceptos. Trabajador español que trabaja en las minas de Bélgica y sufre una enfermedad profesional (silicosis). El trabajador ha ejercido solamente en Bélgica una actividad susceptible de provocar esa enfermedad profesional. Las prestaciones a las que la víctima o sus supérstites puedan aspirar se concederán exclusivamente en virtud de la legislación belga.

En el supuesto de que se agrave la incapacidad, si el trabajador no ha ejercido bajo la legislación de otro Estado miembro una actividad que pueda provocar o agravar la enfermedad de que se trata, la institución competente belga se hará cargo de las prestaciones, teniendo en cuenta la agravación. Ahora bien, si, por ejemplo, retorna a España y trabaja en las minas y se agrava la incapacidad, la institución competente belga continuará haciéndose cargo de las mismas prestaciones ya reconocidas, sin tener en cuenta la agravación. En cambio, la institución competente de España concederá al interesado un complemento igual a la diferencia existente entre la cuantía de las prestaciones a que el interesado tenga derecho después de la agravación y la cuantía de las prestaciones a que hubiera tenido derecho antes de la agravación, según la legislación aplicada por España.

Debemos felicitarnos por la eliminación del apartado 5 del artículo 57 del Reglamento 1408/771 que establecía lo siguiente: “En caso de neumoconiosis esclerógena, la carga de las prestaciones en metálico, incluidas las rentas, se distribuirá entre las instituciones competentes de los Estados miembros en cuyo territorio la víctima haya ejercido una actividad que pueda provocar dicha enfermedad. La distribución será a prorrata de la duración de los períodos de seguro de vejez o de los períodos de residencia a los que se refiere el apartado 1 del artículo 45 cubiertos bajo la legislación de cada uno de dichos Estados, en relación con la duración total de los períodos de seguro de vejez o de residencia cubiertos bajo la legislación de todos estos Estados, en

la fecha en la que comiencen dichas prestaciones". Este precepto complicaba mucho el procedimiento y atrasaba el reconocimiento de las correspondientes prestaciones. Por ello, en la actualidad, ya no se realiza el reparto entre los distintos Estados y es el último Estado el competente y el que asume el coste de las pensiones o rentas. Bien es verdad que el cierre de muchas minas de carbón ha bajado la incidencia de la silicosis y, por tanto, de las magnitudes económicas resultantes.

Con respecto al cálculo de las prestaciones económicas, se ha hecho referencia en párrafos precedentes al artículo 36 apartado 3 del Reglamento 883/04, que se remite al artículo 21, apartado 2 de dicho Instrumento: "La institución competente de un Estado miembro cuya legislación prevea que el cálculo de las prestaciones en metálico se efectúe en función de unos ingresos medios o de una base de cotización media, determinará dichos ingresos medios o dicha base de cotización media exclusivamente en función de los ingresos comprobados o de las bases de cotización aplicadas durante los períodos cubiertos bajo dicha legislación".

En este sentido, debe hacerse hincapié que una enfermedad profesional permanece a veces años oculta y no se visibiliza inmediatamente. De hecho, el diagnóstico puede retrasarse y el reconocimiento de la contingencia profesional casi nunca es inmediata. En consecuencia, los salarios a tener en cuenta, para el cálculo de la base reguladora, en virtud de la legislación del Estado competente, pueden ser muy antiguos.

A este respecto, conviene recordar la sentencia recaída en el asunto Fabien Nemec y Caisse régionale d'assurance maladie du Nord-Est³³, aplicable también en la actualidad, de la que se reproduce algunos considerandos:

"En efecto, conforme a tal normativa, en el caso de un trabajador migrante como el Sr. Nemec se aplica un método de cálculo de la ACAATA que toma como base un salario percibido hace más de 10 años y carente, por ello, de relación alguna con la situación actual del interesado, mientras que, en el caso de sus compañeros que continuaron trabajando en Francia, el salario que se tiene en cuenta es el último salario efectivo. De esta forma, dicho trabajador sufre una reducción de la cuantía de la prestación que habría percibido si no hubiera hecho uso de su derecho a la libre circulación.

Sin embargo, la obligación de no perjudicar a los trabajadores migrantes que han ejercitado su derecho de libre circulación no significa que el artículo 58, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71, al no permitir tener en cuenta para el cálculo de las prestaciones en metálico el salario percibido en otro Estado miembro, deba ser considerado contrario al objetivo fijado en el artículo 42 CE. En efecto, esta obligación sólo implica que para los trabajadores migrantes dichas prestaciones sean iguales a las que habrían percibido si no hubieran ejercitado su derecho de libre circulación (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Lafuente Nieto, apartado 39°; Naranjo Arjona y otros, apartado 21°, y Grajera Rodríguez, apartado 18°).

33. Asunto 205/05. Sentencia de 9 de noviembre de 2006.

Así, en una situación como la que es objeto del procedimiento principal, aunque sólo debe computarse, conforme a lo previsto en el artículo 58, apartado 1º, del Reglamento nº 1408/71, el salario percibido en el Estado miembro de la institución competente, el importe de este salario debe ser actualizado y revalorizado, de manera que corresponda al salario que el interesado habría podido percibir razonablemente, habida cuenta de la evolución de su carrera profesional, si hubiera seguido desempeñando su actividad en el Estado miembro de que se trata (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Lafuente Nieto, apartado 40º; Naranjo Arjona y otros, apartado 22º, y Grajera Rodríguez, apartado 19º)".

Como puede apreciarse, lo que podría denominarse doctrina española, con la mención expresa de varias sentencias dictadas en relación con trabajadores migrantes españoles, tiene aquí una aplicación directa.

V. ARTICULADO DEL REGLAMENTO 987/09

Los expertos denominamos, en nuestro argot, "Reglamento de aplicación" al Reglamento 987/09. Y con razón. Se trata de un Instrumento que establece normas procedimentales y de gestión que son imprescindibles para hacer efectivos los derechos. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, especialmente para el estudioso teórico, suelen ser pesadas y faltas de atractivo.

Lamentablemente, los artículos 33 a 41 del Reglamento 987/09 no se escapan de esta valoración por lo que vamos a fijarnos solamente en dos de ellos que pueden ofrecer cierto interés.

Información, comunicación, envío de formularios y documentos, certificados, declaraciones, notificaciones, controles, presentación de solicitudes y tramitación de las mismas son el contenido fundamental de estas normas que hacen posible que los derechos y obligaciones emanados de las normas de coordinación, sean mucho más que una mera entelequia con valor puramente virtual. Y es que la, tan a veces denostada, Colaboración Administrativa es el adhesivo y argamasa que mantiene el edificio jurídico de la coordinación unido y compacto.

Debe tenerse en cuenta que el elemento transfronterizo hace más complejo cualquier trámite y que una mera solicitud enviada a un Estado desde otro Estado implica y exige una serie de comprobaciones y gestiones que retrasa la adopción de la resolución de que se trate. Y, sin embargo, muchas veces, como puede ser en los casos de accidentes laborales o las enfermedades profesionales, la prontitud de la respuesta es básica. Por ello, aquí y ahora, quisiera honrar como se merecen a los redactores de estas normas y a los gestores que las aplican.

Para empezar una simple explicación. Un accidente puede ocurrir o una enfermedad puede diagnosticarse o manifestarse en un Estado Miembro que no sea el que se considera, teóricamente, competente. No obstante, la declaración de accidente laboral o enfermedad profesional corresponde únicamente al Estado de aseguramiento del interesado (Estado competente).

Efectuada esta aclaración, vayamos a la redacción el artículo 35 del Reglamento 987/09 que regula la concesión de prestaciones en especie a los accidentados o enfermos profesionales: "Cuando la institución competente entienda que no procede aplicar la legislación sobre accidentes de trabajo o sobre enfermedades profesionales con arreglo al artículo 36, apartado 2, del Reglamento de base, lo comunicará sin demora a la institución del lugar de residencia o de estancia que haya servido las prestaciones en especie, que pasarán a ser consideradas, en tal supuesto, correspondientes al seguro de enfermedad. 2. Tan pronto como tome una decisión definitiva al respecto, la institución competente la comunicará sin demora a la institución del lugar de residencia o de estancia que haya servido las prestaciones en especie. Cuando no se constate un accidente de trabajo o una enfermedad profesional se seguirán sirviendo las prestaciones en especie como prestaciones por enfermedad si el afectado tuviera derecho a ellas. Cuando se constate un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, las prestaciones en especie facilitadas al interesado se considerarán prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional desde la fecha en que ocurrió el accidente laboral o haya sido diagnosticada médicamente por primera vez la enfermedad profesional".

Como podrá apreciarse, se trata de un procedimiento lleno de incertidumbre, especialmente para los trabajadores desplazados, que pueden, sobre todo, sufrir un accidente de trabajo en el Estado de empleo y necesitar un tratamiento urgente, por lo que, lo más probable, reciban, en la duda de si se trata de una contingencia común o profesional, la asistencia sanitaria por enfermedad común y no por accidente laboral.

Por último, el artículo 39 del Reglamento 987/08 contempla la toma en consideración de los accidentes anteriores o posteriores en un Estado en cuya legislación no se distingue entre el carácter profesional o no de una incapacidad.

VI. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ASIMILACIÓN. ARTICULO 5 REGLAMENTO 883/04. LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Una de las novedades más importantes del Reglamento 883/04 ha sido la aprobación del artículo 5 "Asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos", que fue introducido por el Parlamento Europeo como principio independiente del principio de igualdad de trato.

En efecto, en la propuesta originaria de la Comisión Europea de 21 de diciembre de 1998 figuraba la asimilación de prestaciones y de beneficios dentro del artículo correspondiente a la igualdad de trato. Sin embargo, la articulación del principio de asimilación como elemento propio y explícito se logra cuando el Parlamento Europeo propone y aprueba un artículo separado (5) que comprende prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos³⁴.

34. Para más información, ver García de Cortázar Nebreda, C.: "Principio de asimilación en el Reglamento 883/04", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. III, núm. 1, 2018, pp. 3-18. <http://dx.doi.org/10.12795/e-RIPS.2018.i02.02>.

Concretamente el apartado b) del artículo 5 del Reglamento 883/04 señala: “si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio”.

Dada la juventud de este principio, todavía no existe una jurisprudencia de la Unión clara que elimine todas las dificultades de interpretación. Sin embargo, y sin ánimo de ser exhaustivos, ya con anterioridad a la aprobación del Reglamento 883/04, el Tribunal de Justicia³⁵ había fijado algunos conceptos y orientaciones para ilustrar este principio³⁶. De hecho, en el considerando número 9 del Reglamento 883/04 se establece: “El Tribunal de Justicia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la posibilidad de asimilación de prestaciones, ingresos y hechos. Resulta, pues, necesario recoger expresamente este principio y desarrollarlo, respetando en todo caso el contenido y la esencia de las resoluciones judiciales.

Nada mejor que, para adentrarnos en este principio, utilizar una explicación, al respecto, de la Comisión Europea³⁷, de la que recogemos textualmente unos párrafos: “Los hechos y acontecimientos a que se refiere el artículo 5, letra b), del Reglamento 883/04 deben entenderse como cualquier circunstancia o condición de carácter jurídico o fáctico, como el carácter del trabajo o contrato de trabajo, servicio militar, estudios o estado civil, que sean relevantes para el establecimiento del derecho a la prestación o su cálculo, o en cuanto a las obligaciones de la persona en cuestión”. “Para la evaluación de los hechos o acontecimientos, el Estado miembro aplicará, mutatis mutandis, criterios establecidos por su propia legislación. El Principio de igualdad de trato de prestaciones, ingresos, hechos o eventos, establecido en el artículo 5 del Reglamento 883/2004, es de carácter general y se aplica a todas las situaciones cubiertas por el Reglamento, salvo disposición en contrario., como por ejemplo el artículo 14 (4) del Reglamento 883/2004 y el artículo 22 (2) del Reglamento 987/2009”.

Vayamos a la interpretación que de este principio realiza el Tribunal Supremo en ATS, 10 de febrero de 2016 (número de recurso: 1288/2015)³⁸.

Los hechos y situaciones objeto de este inadmitido recurso de casación eran los siguientes:

35. Ver, entre otras sentencias, Case C-290/00 (Duchon); Case 20/88 (Roviello); Case C-439/78 (Paraschi); Case 131/96 (Mora Romero); C-443/93 (Vougioukas); Case 373-02 (Öztürk); C-228/88 (Bronzino); Case 507/06 (Kloppel); Case 372/02 (Adanez-Vega); Case 278/94 (Commission/Belgium); Case 258/04 (Ioannidis); Case 28/00 (Kauer) Case-257/10, Bergström Case-522/10, Reichel- Case-523/13, Larcher Case-453/14, Knauer Case-284/15, ONEm.

36. Para un estudio completo sobre el tema ver Analytical report 2016 (FresSco), *The principle of Assimilation of Facts*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, 2016.

37. *Principle of assimilation of facts and events*. European Commission. Disponible en <https://www.mpsvr.sk/files/slovensky/ministerstvo/medzinarodna-spolupraca/koordinacia-systemov-sz/uradne-dokumenty/vysvetlujuca-poznamka/assimilation-of-facts-events-and-benefits.pdf>.

38. ATS, 10 de febrero de 2016 en el Recurso 1288/2015.

- ▶ La demandante Doña Matilde y Don Hipólito vivían como pareja de hecho desde hacía más de 25 años, y los 8 últimos en el municipio portugués de Monçao. Tenían un hijo en común.
- ▶ El causante falleció el 13 de octubre de 2011 por accidente de trabajo cuando prestaba servicios para una empresa de Vigo. La mutua le denegó a la recurrente la pensión de viudedad por no acreditar la situación de pareja de hecho.
- ▶ Según la Ley 7/2001 de la República Portuguesa, la unión de hecho es una situación jurídica de dos personas que, independientemente del sexo, viven en condiciones análogas a las de los cónyuges por más de dos años.
- ▶ La sentencia recurrida ha desestimado el recurso de suplicación, no admitiendo el reconocimiento de que los interesados constituían una pareja de hecho conforme a la legislación portuguesa que pudiera asimilarse a la legislación española.

Reproduzcamos algunos párrafos del auto en cuestión:

- ▶ Por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Vigo se dictó sentencia en fecha 22 de noviembre de 2012, en el procedimiento nº 370/2012, sobre pensión de viudedad, que desestimaba la pretensión formulada.
- ▶ Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandante, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 28 de enero de 2015, que desestimaba el recurso interpuesto y, en consecuencia, confirmaba la sentencia impugnada.
- ▶ Por escrito de fecha 30 de marzo de 2015, se formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.
- ▶ Se declara la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 28 de enero de 2015, en el recurso de suplicación número 763/2013, sobre pensión de viudedad.

Con los datos facilitados parece claro que nos encontraríamos en un caso de posible aplicación del artículo 5 letra b del Reglamento 883/04. La pareja de hecho reconocida en Portugal podría o debería, teórica o hipotéticamente, asimilarse a la pareja de hecho registrada en España. Sin embargo, el Tribunal Supremo, reproduciendo la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, realiza una interpretación *sui generis* del artículo 5 que, cuando menos, resulta sorprendente.

Reproduzco cuasi textualmente los argumentos del Tribunal Superior de Justicia de Galicia³⁹, recogidos por el Tribunal Supremo, que han sido esenciales para la decisión final.

39. STSJ GAL 1020/2015 - ECLI: ES:TSJGAL:2015:1020. Sentencia de 28 de enero de 2015.

- ▶ El Considerando 11 del Reglamento 883/04, “La asimilación de hechos o acontecimientos que ocurran en un Estado miembro no puede en ningún caso otorgar competencia a otro Estado miembro o hacer que se aplique su legislación”, no permite esta asimilación en tanto en cuanto con ello se estaría aplicando la legislación portuguesa, cuando, precisamente, el considerando 11 del Reglamento antes transcrito impide que la regla de asimilación de hechos posibilite aplicar la legislación de ese otro Estado miembro donde ha ocurrido el hecho que se pretende asimilar. Y es que en este caso no se trata de asimilar un simple hecho, sino de una situación jurídica que precisa, previamente, de la aplicación de la legislación portuguesa.
- ▶ En el presente caso, no es posible asimilar la condición de pareja de hecho de la que goza la actora en Portugal como si también la tuviera en España, pues para asimilar ese hecho debe aplicarse previamente la legislación portuguesa, lo que en ningún caso puede producirse. Debe añadirse que, de asimilarse esa situación jurídica, se haría de mejor derecho a la actora en relación a una ciudadana española, por ejemplo, con vecindad civil en la Comunidad Autónoma de Galicia, donde se le exige la inscripción en un registro especial de parejas de hecho, cuando a la actora le bastaría con un certificado de la junta de su barrio acompañada de una simple declaración de la propia interesada.

Ninguno de estos argumentos me parece adecuados ni creo que responden al objetivo del legislador de la Unión al adoptar el artículo 5 del Reglamento 883/04.

En primer lugar, debemos remitirnos a la Ley portuguesa de 7 de mayo del 2001 para examinar la regulación de las parejas de hecho, cuyo artículo 1 señala: “La unión de hecho es una situación jurídica de dos personas que independientemente del sexo, viven en condiciones análogas a la de dos cónyuges más de dos años”. Además, el artículo 2, al referirse a la prueba de la unión de hecho, establece el requisito de “una declaración emitida por la Junta de Freguesía competente que deberá ir acompañada con una declaración de los dos miembros de la Unión de hecho de que viven conjuntamente más de dos años”. Es decir, no deberían surgir dudas de que, en virtud de la legislación portuguesa, existía una unión de hecho reconocida.

La unión de hecho en virtud de la legislación portuguesa tiene unos efectos jurídicos, en materia de Seguridad Social, similar a las parejas de hecho españolas. Así, la ley contempla: “*Protecção social na eventualidade de morte do beneficiário, por aplicação do regime geral ou de regimes especiais de segurança social e da presente lei; Prestações por morte resultante de acidente de trabalho ou doença profissional, por aplicação dos regimes jurídicos respectivos e da presente lei*” (Protección social en caso de fallecimiento del beneficiario, por aplicación del régimen general o de los regímenes especiales de seguridad social y de esta ley. Beneficios por fallecimiento por accidente de trabajo o enfermedad profesional, por aplicación de los respectivos regímenes legales y esta ley)⁴⁰.

40. Traducción del autor.

Antes de entrar en consideraciones jurídicas, debemos recordar que las normas de coordinación de regímenes de Seguridad Social tienen como objetivo eliminar barreras e impedimentos en el ámbito de la libre circulación de trabajadores. A tal efecto, nos remitimos a la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros⁴¹. Pues bien, el artículo 2 de dicho precepto jurídico considera “como miembro de familia al cónyuge y a la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida”. Ergo, la pareja de hecho, reconocida en España y Portugal puede y/o debe ser objeto de protección como sujeto de derechos del principio de libre circulación de trabajadores.

Convendría reproducir dos considerandos del Reglamento 492/2011 de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión⁴²: “La libre circulación constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia”. “Tal derecho debe reconocerse indistintamente a los trabajadores permanentes, de temporada, fronterizos o que ejerzan sus actividades con ocasión de una prestación de servicios”.

En consecuencia, tanto el trabajador fronterizo como los miembros de su familia (en este caso su pareja de hecho) entran dentro del marco de protección del principio de libre circulación de trabajadores.

Considero importante, para entender la esencia del artículo 5 del Reglamento 883/04, ofrecer algún ejemplo paradigmático de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia que puede servir para comprender los efectos extraterritoriales de determinados actos jurídicos. Comencemos con un tema controvertido: el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Debe señalarse que solamente en unos pocos países se reconoce esta figura. Ahora bien, tenemos que preguntarnos en relación con la libre circulación, ¿debe un Estado que no contempla estos tipos de matrimonio aceptar estos matrimonios contraídos en otros Estados o bien puede rechazarlos, en base al orden público?, o en otras palabras, para acercarnos a la problemática de las parejas de hecho, ¿solamente los cónyuges o parejas de hecho considerados exactamente por la legislación del Estado de que se trate pueden ser considerados como tales o también figuras similares establecidas en otros Estados deben ser reconocidas por el Estado en cuestión? Por supuesto, si la figura de pareja de hecho no existe en un Estado, no cabe reconocimiento ni asimilación de una pareja de hecho establecida en virtud de la legislación de otro Estado. En concreto, se trata de asimilar instituciones similares, pero no idénticas. Por ejemplo, los cónyuges del mismo sexo pueden ser asimilados a cónyuges de

41. Diario Oficial de la Unión Europea de 29.6.2004. L 229/35.

42. Diario Oficial de la Unión Europea L 141/1 de 27.5.2011

distinto sexo, aunque en un Estado no se reconozca dicho matrimonio. Pero también puede ocurrir que en un Estado A la edad mínima para contraer matrimonio sea, por ejemplo 15 años y en otro Estado B sea 16 años. ¿Podría el Estado B no reconocer el matrimonio contraído en el Estado A?

La respuesta la encontramos en el Asunto Coman⁴³ en el que se dilucidaba si un matrimonio entre personas del mismo sexo, contraído en Bélgica, debía ser reconocido, a efectos de la libre circulación de personas, en la República de Rumanía, que no contempla en su legislación dicho matrimonio.

La Corte de Justicia declaró: “De ello se deduce que la negativa por parte de las autoridades de un Estado miembro a reconocer, al objeto únicamente de conceder un derecho de residencia, el matrimonio del mismo sexo, nacional contraído en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este último Estado, puede obstaculizar el ejercicio del derecho de ese ciudadano, consagrado en el artículo 21 TFUE, apartado 1, de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”, concluyendo “el artículo 21 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que las autoridades competentes del Estado miembro denieguen la concesión de un derecho de residencia debido a que el Derecho de ese Estado miembro no contempla el matrimonio entre personas del mismo sexo”.

Como añadido, me gustaría remitirme a las Conclusiones del Abogado General, en este Asunto, Melchior Wathelet, que sugiere que la situación familiar se vincula estrechamente al interesado que la trasporta cuando se desplaza: “ Por último, una interpretación del concepto de «cónyuge» independiente de la cuestión del sexo de las personas de que se trata también puede garantizar un alto nivel de seguridad jurídica y de transparencia, dado que el ciudadano de la Unión que haya contraído matrimonio legalmente sabe que su consorte, con independencia de su sexo, será considerado su cónyuge en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/38 en los otros 27 Estados miembros de la Unión”.

Pues bien, sustituyan el término cónyuge por pareja de hecho entre Estados en cuya legislación se contempla esa figura jurídica. Por supuesto, no se puede exigir que las disposiciones de las legislaciones nacionales sean idénticas, porque probablemente nunca sea así y privaría al principio de asimilación de todos los efectos prácticos. Deberían bastar unas ciertas similitudes.

Volvamos al Auto en cuestión. El Tribunal Supremo realiza una interpretación del considerando 11 que anula totalmente la validez del artículo 5.b al confundir competencia y asimilación.

Una primera afirmación: Las disposiciones del Reglamento 883/04 que determinan el Estado competente y, como consecuencia, la correspondiente legislación aplicable, establecidas en los artículos 11 a 16, no deben someterse al principio de asimilación de hechos, consagrado en el artículo 5.

43. Asunto C-673/16, Relu Adrian Coman, Robert Clabourn Hamilton, Asociația Accept e Inspectoratul General pentru Imigrări, Ministerul Afacerilor Interne.

Por ejemplo, deben quedar fuera del campo de aplicación material del artículo 5, los hechos o acontecimientos que constituyen el vínculo genuino que determina la competencia de un Estado miembro concreto, con exclusión de todos los demás miembros. Y este era el objetivo del legislador de la Unión al adoptar el Considerando 11: El artículo 5 no puede modificar el Estado competente. Este debe establecerse únicamente en base a los Artículos 11 a 16 del Reglamento 883/04. Nada que oponer. No obstante, una vez que se ha determinado quien es el Estado competente, entra en juego el artículo 5 del Reglamento 883/04. Es decir, el Artículo 5 es aplicable *ex post*.

Un ejemplo puede ilustrar lo que el legislador quería evitar. Imaginemos un Estado A en el que trabaja una persona (“el trabajador que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro”). Dicho Estado sería considerado como competente en virtud del Artículo 11. Imaginemos una interpretación amplia del artículo 5. Un Estado B, donde no trabaja el interesado, podría ser considerado como competente porque se podría realizar la ficción asimilativa de que trabaja allí. Lo mismo podría decirse de la residencia de un pensionista en un Estado A (“cualquier otra persona a la que no le sean aplicables las disposiciones de las letras a) a d) estará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia”) que se asimilase a la residencia en un Estado B y que, en consecuencia, podría considerarse como competente.

Supongo que el lector habrá pensado lo mismo que yo. Esta es una interpretación absurda. Totalmente de acuerdo. Sería el fin de la coordinación. Todos los Estados se transformarían, por asimilación, en competentes. Por eso, y con esta perspectiva, debe interpretarse el tenor del considerando 11: “La asimilación de hechos o acontecimientos que ocurran en un Estado miembro no puede en ningún caso otorgar competencia a otro Estado miembro o hacer que se aplique su legislación”. Es decir, en los casos descritos, ni el Estado B se convierte en competente ni puede aplicarse su legislación para reconocer prestaciones o proceder al aseguramiento de una persona.

El proceso debería ser el siguiente: En primer lugar, se debe fijar, con los artículos 11 a 16 del Reglamento 883/04, quien es el Estado y legislación competente. Acto seguido, ese Estado competente debe aplicar, si fuera necesario, el artículo 5. En este sentido, en el asunto que estamos analizando, España que es el Estado competente por aplicación del Artículo 11 del Reglamento, debe tener en cuenta los hechos ocurridos en Portugal (pareja de hecho) y su tratamiento jurídico y proceder a examinar la asimilación tal como se desprende del referido artículo 5.

Vayamos a la segunda cuestión. ¿Qué son hechos o acontecimientos? Utilicemos el recurso del ejemplo. Pueden ser simples circunstancias: enfermedad, embarazo, edad, pero también hechos legales (= institucionales) como cónyuge, hijo, pareja de hecho, servicio militar o civil, trabajo etc. Ahora bien, estos conceptos fácticos y/o jurídicos deben establecerse en base a la legislación donde se producen u originan. Por ejemplo, para reconocer por parte Francia una pensión de viudedad a un cónyuge superviviente de Bulgaria, se tendrá en cuenta si el matrimonio está reconocido por Bulgaria, sin que sea necesario que Francia verifique si el matrimonio podría haberse celebrado en virtud de su legislación. Pues, de manera similar, con algunas

matizaciones, podría actuarse en relación con una pareja de hecho. En el ejemplo anterior, Francia es el competente para el reconocimiento de la pensión. Sin embargo, para establecer si se ha celebrado el matrimonio debe tenerse en cuenta la legislación de Bulgaria sin que esto le/la convierta, en virtud del artículo 5 del Reglamento 883/04, en Estado competente.

En el caso expuesto del matrimonio del mismo sexo, el Estado competente era Rumanía. El matrimonio se celebró en virtud de la legislación belga. Bélgica no se convierte en Estado competente porque Rumanía tenga en cuenta su legislación.

Debemos recordar que el principio de asimilación ya existía, de manera implícita, en la jurisprudencia comunitaria. De hecho, el artículo 5 integra esta jurisprudencia, la explícita, articula y la hace relevante.

No voy a referirme a la decena de sentencias que sobre este particular fueron dictadas en su día por el Tribunal de Justicia. Sin embargo, voy a analizar algunas significativas. Comencemos por el Asunto Giovanni Bronzino contra Kindergeldkasse⁴⁴.

El señor Bronzino, de nacionalidad italiana, vio rechazada la prestación por hijos a cargo de sus tres hijos que residían en Italia y estaban registrados allí como personas desempleadas en busca de empleo. La denegación se basó en el hecho de que los hijos del Sr. Bronzino no estaban a disposición de la oficina de empleo alemana, lo que era una condición para la concesión del subsidio por hijos desempleados. El TJUE sostuvo "Procede destacar, a continuación, que Reglamento 1408/71 pretende evitar que un Estado miembro pueda denegar las prestaciones familiares por el hecho de que los miembros de la familia del trabajador residan en un Estado miembro diferente del Estado que las concede. En efecto, tal denegación podría disuadir al trabajador comunitario de ejercer su derecho a la libre circulación, y constituiría, por tanto, un obstáculo a esta libertad. De ello se deduce que un requisito por el cual, para causar derecho a determinadas prestaciones familiares, el hijo del trabajador debe estar a disposición de la oficina de empleo del Estado miembro que concede la prestación, requisito que sólo puede cumplirse si el hijo reside en el territorio de este último Estado, entra dentro del ámbito de aplicación de esta norma y que, por tanto, debe considerarse cumplido cuando el hijo se encuentra a disposición de la oficina de empleo en el Estado miembro en que reside. Es decir, en este caso el Estado competente para reconocer las prestaciones era Alemania. Ahora bien, a la hora de conocer si se cumplía el requisito de que los interesados estuvieran debidamente registrados en las Oficinas de empleo en Italia, debería consultarse la legislación de Italia sin que esto la hubiera convertido en Estado competente.

Continuando con otros asuntos jurisprudenciales, debo referirme, sin entrar en un debate doctrinal, a la sentencia Mora Romero⁴⁵ que fue analizada, a mi entender, de manera errónea por el Tribunal Supremo. Baste una primera observación. Si se plantease este problema en la actualidad, sería aplicable el artículo 5 del Reglamento 883/04. El Estado competente sería Alemania. El hecho o acontecimiento –servicio

44. Asunto C-228/88.

45. Asunto C-131/96.

militar– tendría lugar en España. La legislación española debería tenerse en cuenta para valorar si el interesado estaba realizando realmente el servicio militar. Esto, por supuesto, no implicaría que España se convirtiese en Estado competente a los efectos del Reglamento 883/04. Es decir, el servicio militar en otro Estado miembro (España) se asimila al servicio militar en las fuerzas armadas alemanas.

La razón del legislador de la Unión al adoptar el artículo 5 del Reglamento 883/04 era evitar que se produjera una discriminación indirecta o encubierta. En realidad, este precepto es más amplio que la simple igualdad de trato. De hecho, la existencia de una situación de posible discriminación indirecta es prácticamente la condición previa para que se active el artículo 5. Pues bien, la exigencia de que en el asunto en cuestión los interesados estuvieran inscritos en el Registro de parejas de hecho de La Coruña, o de otra parte de España, es una clara discriminación indirecta para el fallecido, trabajador fronterizo que residía con su pareja en Monçao (a 30 kilómetros de Vigo), y para su pareja supérstite.

En efecto, resultaba imposible la inscripción en el Registro de La Coruña porque los interesados no tenían su domicilio allí. Solamente podría inscribirse en donde residían. Ergo, la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de La Coruña o en otro de España era un imposible que, precisamente, podía y debía superarse con la aplicación del artículo 5, aceptando la unión de hecho de Monçao como si fuera una unión de hecho en España. De otro modo, ningún trabajador fronterizo podría acogerse a la protección que otorga España a las parejas de hecho.

Debe recordarse el Considerando 8 del Reglamento 883/04: “El principio de igualdad de trato reviste una importancia especial para los trabajadores que no residen en el Estado miembro en el que trabajan, incluidos los trabajadores fronterizos”. Habría que plantearse la cuestión de qué pasaría si en vez de Monçao los interesados hubieran residido en Oviedo y estuvieran registrados allí. ¿También se analizaría si se cumplen los requisitos que exige la Coruña para la inscripción? ¿Se asimilaría la inscripción en Oviedo a la de la Coruña? Dado que no existe una Ley estatal sobre parejas de hecho en España, al contrario que en Portugal, ¿qué norma se aplicaría, la de la Comunidad Autónoma de Galicia o la de Asturias?

Considero, por tanto, que la exigencia de que la pareja de hecho esté inscrita en La Coruña o en otro Registro de España es una discriminación encubierta o indirecta que perjudica fundamentalmente a los trabajadores migrantes. Si se aplicase, con carácter general, la interpretación del Tribunal Supremo, las parejas de hecho de cualquier Estado no serían reconocidas por España ya que, según el Tribunal, el artículo 5 del Reglamento 883/04 lo impediría, en base a que esto supondría que “se está aplicando la legislación de otro Estado que se convertiría Estado en competente”.

Esta interpretación, además, chocaría con Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁴⁶. Así, en su artículo 2, se admiten las parejas de hecho

46. BOE núm. 51, de 28/02/2007.

explícitamente: “La pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el criterio establecido en el apartado 4.b) de este artículo”. “En el supuesto de pareja, la prueba de la existencia de una relación estable con el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea Europeo y el tiempo de convivencia”. “En el caso de pareja de hecho, se considerará que se trata de una pareja estable aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero. En todo caso, se entenderá la existencia de este vínculo si se acredita un tiempo de convivencia marital de, al menos, un año continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada”. Se recuerda que la pareja portuguesa tenía un hijo en común.

Entiendo que las consideraciones que el Tribunal Supremo realiza sobre el considerando 11 conllevarían la nulidad del artículo 5 y el reconocimiento expreso perpetuo de una discriminación indirecta. Por la misma razón, el matrimonio o la filiación, por ejemplo, en un Estado no podrían asimilarse en España porque eso implicaría que se está aplicando la legislación de otro Estado, lo que estaría prohibido, según el Tribunal Supremo, por el Considerando 11.

Pasemos a otro tema. El Considerando número 8 señala: “Teniendo en cuenta la proporcionalidad, debe procurarse que el principio de asimilación de hechos o acontecimientos no conduzca a resultados objetivamente injustificados”.

Conviene recordar, en primer lugar, que la estabilidad de la pareja de hecho de este Asunto parece demostrada, ya que, tal como se recoge en la sentencia, los interesados convivían hacía 25 años, 8 de ellos en Monção, y que eran progenitores de un hijo común.

Analicemos el principio de proporcionalidad o, con otras palabras, el principio de equidad. Recuerdo que el legislador no ha mencionado, en ningún caso, al principio de identidad.

El artículo 5 presupone que las autoridades nacionales no pueden exigir que las condiciones de los otros Estados sean idénticas a las propias. No es posible, por tanto, que una unión de hecho tenga los mismos requisitos, modalidades, procedimientos, formalidades y consecuencias en un Estado o en otro. Identidad no es similitud. Si se exigiera que esas condiciones fueran idénticas, el examen comparativo carecería, *de facto*, de todo efecto práctico, ya que parece poco probable que las disposiciones legislativas de dos Estados miembros sean idénticas en todos los aspectos.

Ahora bien, tampoco se puede demandar una asimilación automática, pues esto privaría a los legisladores nacionales de su competencia en materia de protección social. En consecuencia, en el presente caso, el método a utilizar es el análisis de proporcionalidad, para, primeramente, identificar los objetivos legítimos de la legislación nacional española y portuguesa y evaluar si estos objetivos son comparables.

Pues bien, las finalidades del reconocimiento jurídico de las parejas de hecho por parte de Portugal y de España son equivalentes. La protección social en caso de fallecimiento es idéntica. Los procedimientos formales, lógicamente son distintos, pero ambos, los de España y Portugal, son garantistas, ofrecen seguridad jurídica y son controlados por Organismos públicos.

Debe recordarse que el imperativo y finalidad del artículo 5 es, principalmente, tratar diferentes situaciones como si fueran similares, pero reconociendo que existen esas diferencias. También a la luz de los Asuntos ante el TJUE, cuyas sentencias fueron construyendo el principio de asimilación de hechos, se aceptaron diferencias al tratar hechos. Así, al tratar los servicios militares de diferentes países como si fueran iguales, no surge el impedimento de si la duración de estos servicios difiere entre sí. O bien, como en el Asunto Roviello, la situación de un hijo desempleado debe tratarse de la misma forma, aunque existan diferencias en las estructuras y condiciones del mercado de trabajo del Estado de residencia de los hijos (Italia) y el Estado competente (Alemania).

Para completar esta argumentación, nada mejor que remitirnos al Asunto Larcher⁴⁷. A tal efecto, unas explicaciones previas que facilitarán la comprensión del principio de proporcionalidad.

El Sr. Larcher estaba domiciliado en Austria. Durante más de 29 años trabajó en Alemania, donde estuvo afiliado. El 1 de diciembre de 2000 comenzó a trabajar en Austria a tiempo completo. A partir del 1 de marzo de 2004 se benefició de una reducción de su tiempo de trabajo semanal normal (de 38,5 horas, a 15,4 horas). Esas 15,4 horas correspondían al 40% del tiempo de trabajo semanal que hasta entonces efectuaba el Sr. Larcher.

En 2006, el Sr. Larcher solicitó a la Deutsche Rentenversicherung Bayern Süd de Alemania una pensión de vejez anticipada basada en un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación. Esta solicitud fue desestimada porque el Sr. Larcher no había cumplido el período de trabajo a tiempo parcial conforme a las disposiciones de la normativa alemana. Las Instituciones alemanas que aceptaban el trabajo reducido en Austria (asimilación), argumentaban, sin embargo, que el Sr. Larcher no había reducido su tiempo de trabajo en Austria al 50% del trabajo semanal, como exige la legislación alemana, sino solo el 40%. En consecuencia, la solicitud debía ser denegada.

La razón de citar esta sentencia es que establece algunos elementos importantes para valorar el principio de la proporcionalidad en el ámbito de la asimilación. A tal efecto, algunos considerandos:

- ▶ Para que en un Estado miembro se reconozca un trabajo a tiempo parcial (hecho y situación jurídica) conforme a la normativa de otro Estado miembro, ha de procederse a un examen comparativo de los requisitos de aplicación de los dos regímenes y el grado de concordancia de los mismos.
- ▶ Los Estados miembros están obligados a garantizar, lo mejor posible, la igualdad de todos los trabajadores que desarrollan sus actividades en su territorio, así como a no penalizar a los que ejerciten su derecho a la libre circulación.
- ▶ El Reglamento Nº 1408/71 se opone a que un Estado miembro deniegue sistemáticamente la toma en consideración, a los efectos de otorgar una

47. Asunto C-523/13.

pensión de jubilación en su territorio, de un trabajo a tiempo parcial previo a la jubilación que se ha desarrollado con arreglo a las disposiciones normativas de otro Estado miembro,

- ▶ Las autoridades nacionales deben realizar un examen comparativo de los dos regímenes. Las autoridades de un Estado miembro deben evaluar si los requisitos exigidos en otro Estado miembro permiten alcanzar los objetivos legítimos que, en ese primer Estado miembro se persiguen. Dichas autoridades no pueden exigir que los requisitos sean idénticos.
- ▶ No está excluido que un solo y mismo objetivo pueda alcanzarse por diferentes medios.
- ▶ La exigencia de la identidad de esas condiciones conduce, de hecho, a privar de efecto útil al examen en cuestión, puesto que parece poco probable que las disposiciones normativas de dos Estados miembros sean iguales en todos los puntos.
- ▶ Ha de señalarse que la asimilación debe hacerse caso por caso y que, las diferencias menores, al no tener influencia considerable sobre la consecución de los objetivos perseguidos, no pueden tenerse en cuenta para negar la equivalencia
- ▶ Ha de subrayarse que ha quedado acreditado que los regímenes de que se trata en el litigio principal persiguen los mismos objetivos, a saber, garantizar a los trabajadores una buena transición hacia la jubilación y que las condiciones de aplicación de dichos regímenes son muy similares, puesto que la reducción del tiempo de trabajo previsto en el marco del régimen alemán es del 50% y la prevista en el marco del régimen austriaco era del 40%. Por lo tanto, una diferencia del horario de trabajo no tiene suficiente entidad como para comprometer la consecución de los objetivos de política social que se persigue.

En resumen, me parece que esta sentencia establece el método que debe ser utilizado a la hora de aplicar el artículo 5 del Reglamento y sería perfectamente trasladable al asunto objeto de este estudio.

Por otra parte, se alega por el Tribunal Supremo que el principio de asimilación es subsidiario. No estoy de acuerdo. Por supuesto, este principio no es absoluto. En realidad, ninguno de los principios de la coordinación lo son. De hecho, todos tienen excepciones, pero estas deben ser expresas. También en el caso de asimilación. Un ejemplo puede servir. El artículo 14 establece: "Cuando la legislación de un Estado miembro supedite el derecho al seguro voluntario o facultativo continuado a la residencia en dicho Estado miembro o a una actividad previa como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, la letra b) del artículo 5 únicamente se aplicará a las personas que en un momento cualquiera en el pasado hayan estado sujetas a la legislación de ese Estado miembro por haber ejercido una actividad por cuenta ajena o propia". Es decir, en este precepto se reconoce la efectividad del artículo 5, si bien se modula, expresamente, su campo de aplicación. *A sensu contrario*, en todos los demás supuestos, la

única limitación posible debe ser consecuencia del principio de proporcionalidad que, por cierto, se debe aplicar a todos los principios generales del derecho.

Como conclusión, algunos puntos esenciales del principio de asimilación contenido en el artículo 5 del Reglamento 883/04:

- ▶ No puede negarse sistemáticamente la asimilación, porque sería una violación de la igualdad de trato.
- ▶ Tampoco se obliga a una asimilación automática, pues esto privaría a los legisladores nacionales de su competencia en materia de protección social.
- ▶ La proporcionalidad juega un rol esencial. De conformidad con la Jurisprudencia del TJUE el análisis de la proporcionalidad debe basarse en los objetivos y finalidad de las medidas, su funcionalidad, sus elementos y su motivación. El mismo objetivo se puede lograr por varios medios.
- ▶ No puede exigirse que las disposiciones de las legislaciones nacionales sean idénticas porque probablemente nunca sea así y privaría al principio de asimilación de todos los efectos prácticos.
- ▶ El elemento esencial es la equivalencia y analogía funcional.

Apliquemos todos estos criterios al asunto que se está examinando. Para ello, debe recordarse que las parejas de hecho de otros Estados están reconocidas en España por aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero⁴⁸, en el ámbito del principio de la libre circulación de personas, que es la base y fundamento del Reglamento 883/04.

Pues bien, parece un contrasentido que en el ámbito de la libre circulación las propias Autoridades españolas reconocen la pareja de hecho en otro Estado (asimilación) y, en cambio, a la hora de aplicar el Reglamento 883/04, que contiene un artículo específico para la asimilación, no se reconozca la pareja de hecho establecida en Portugal. Habría que preguntarse entonces qué valor añadido aporta el nuevo artículo 5 del Reglamento 883/04.

En resumen, todos los argumentos respaldan el reconocimiento por parte de España, en base al artículo 5 del Reglamento 883/04, de las parejas de hecho portuguesas, sobre todo en relación con los trabajadores fronterizos.

La idea de que el Considerando 11 del Reglamento 883/04 lo prohíbe no es aceptable porque dejaría sin efecto el artículo 5 del Reglamento 883/04, tal como se ha explicado en párrafos precedentes. Nos remitimos a ellos.

48. "La pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el criterio establecido en el apartado 4.b) de este artículo". "En el supuesto de pareja, la prueba de la existencia de una relación estable con el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea y el tiempo de convivencia". "En el supuesto de pareja, la prueba de la existencia de una relación estable con el ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados y el tiempo de convivencia". "En el caso de pareja de hecho, se considerará que se trata de una pareja estable aquella que acredite la existencia de un vínculo duradero. En todo caso, se entenderá la existencia de este vínculo si se acredita un tiempo de convivencia marital de, al menos, un año continuado, salvo que tuvieran descendencia en común, en cuyo caso bastará la acreditación de convivencia estable debidamente probada".

Además, el principio de proporcionalidad, contenido en el Considerando 8, también abogaría por este reconocimiento ya que entre las disposiciones portuguesas (ley nacional) y la española (leyes autonómicas que pueden ser distintas) existe una analogía funcional y material que es lo que requiere el TJUE a la hora de la aplicación del principio de asimilación. Motivación, finalidad y efectos en materia de seguridad social entre el régimen portugués y el español son similares y casi idénticos. El hecho que la prueba de la pareja de hecho sea un registro o una declaración formal de la Junta de Freguesía (Organismo público) no parece constituir una diferencia esencial.

En el auto y en la sentencia comentadas se alega que, si se aplicase la asimilación contemplada en el Artículo 5 del Reglamento 883/04, “se haría de mejor derecho a la actora en relación a una ciudadana española, por ejemplo, con vecindad civil en la CCAA de Galicia donde se le exige la inscripción en un registro especial de parejas de hecho, cuando a la actora le bastaría con un certificado de la junta de su barrio acompañada de una simple declaración de la propia interesada”.

Realmente no puedo compartir esta argumentación. No pienso que el artículo 5 del Reglamento 883/04 favorecería a la interesada. Son dos situaciones diferentes las de la actora y las de una posible ciudadana española que no ha hecho uso de la libre circulación. Así se reconoce indirectamente en el Asunto Larcher, examinado en párrafos precedentes. No pueden tomarse elementos por separado sino el conjunto de la situación. De otro modo no se habría aceptado una reducción de la jornada de trabajo del 40% en Austria cuando en Alemania se exigía el 50%. Es decir, teóricamente se estaría tratando mejor al trabajador migrante que al sedentario.

De todos modos, aunque existiera una pequeña ventaja para el trabajador migrante o sus familiares, que no se da a mi entender en el presente caso, nada mejor que volver a la jurisprudencia del TJUE en relación con la dialéctica Derecho nacional/ Derecho europeo. Así, en el Asunto Mura⁴⁹ textualmente se señala:

- ▶ “Considerando que la objeción de que los trabajadores migrantes se verían favorecidos respecto a los trabajadores que nunca salieron de su país no puede ser tenida en cuenta, ya que no se puede apreciar una discriminación en el caso de situaciones jurídicas que no son comparables”.
- ▶ “Que las eventuales divergencias que puedan en su caso beneficiar a los trabajadores migrantes no se deben a la interpretación del Derecho comunitario, sino a la inexistencia de un régimen común de Seguridad Social o a que no se han armonizado los regímenes nacionales existentes, lo que no puede paliarse con la mera coordinación actualmente en vigor”.

Por supuesto, todas las explicaciones precedentes sirven para el caso concreto que estamos examinado, pero no pueden ser aplicables o extensibles a todas las parejas de hecho de todos los Estados. De ningún modo. Imaginemos una legislación de otro Estado que regula las parejas de hecho exclusivamente a efectos de

49. Asunto 22/77.

empadronamiento. En este caso, para mí, no existiría analogía funcional con la regulación española sobre parejas de hecho y, sobre todo, con los derechos en materia de pensiones de supervivencia.

Me parece que se ha perdido una oportunidad magnífica de elevar, por parte de los Tribunales españoles, una cuestión prejudicial al TJUE tal como han hecho los jueces de otros Estados. Quizás haya tiempo todavía en otro caso similar. Porque me temo que, a falta de cuestión prejudicial, si se mantiene las tesis del Tribunal Supremo sobre el Artículo 5 del Reglamento 883/04, la Comisión podría iniciar un procedimiento de infracción contra España por aplicación discriminatoria del referido artículo en relación con el Considerando número 11. De todos modos, estoy abierto, en cualquier momento, a entablar un debate abierto al respecto si, con ello, pudiera aclararse la interpretación de un precepto que me parece capital del Reglamento 883/04.

VII. LA SITUACION DE LOS INTERESADOS. LA RULETA RUSA

Debe señalarse que el capítulo de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales del Reglamento 883/04 no plantea realmente grandes problemas a las Administraciones nacionales ni al TJUE que, en este ámbito, parece en calma y en parte sedado. Ahora bien, puede, en cambio, generar incertidumbre e inseguridad a los accidentados. En efecto, en muchas legislaciones el accidente de trabajo tiene tal “*vis atractiva*” que excluye cualquier otra opción. Así, el reconocimiento de una incapacidad permanente por accidente de trabajo impide el reconocimiento simultáneo o sucesivo de otra incapacidad por contingencia distinta. No obstante, en algunas legislaciones se permite la acumulación con o sin reducción de cuantías.

A este respecto, puede afirmarse que en determinadas situaciones la regulación del accidente laboral puede ser una lotería. En efecto, el reconocimiento de las pensiones de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia derivadas de riesgos comunes se sustentan sobre el respeto máximo al principio del mantenimiento de los derechos en curso de adquisición a través de la relación períodos de seguro/prestación. Todas las legislaciones, bajo las cuales el trabajador ha cubierto períodos, intervienen a través de la técnica de totalización y prorrateo en el reconocimiento y cálculo de la cuantía de la pensión. Sin embargo, no es este el caso de las rentas por accidentes de trabajo. Aquí, solamente es competente la legislación bajo la que se ha producido el accidente, pudiendo decaer todas las demás legislaciones bajo las cuales el interesado ha cubierto períodos de seguro.

Consecuentemente, los derechos en curso de adquisición pierden eficacia por lo que el trabajador accidentado o sus supervivientes se ven enfrentados, a la hora de la materialización de sus derechos, a una única legislación que puede resultar positiva o negativa, según el nivel de protección que reconozca, los requisitos exigidos, el grado de incapacidad o los últimos salarios percibidos. Lo mismo se puede argumentar en relación con la enfermedad profesional.

Esta regulación diverge totalmente del tratamiento de las pensiones contenidas en el Reglamento 883/04, en la que la cuantía de las pensiones responde al principio de proporcionalidad y es un reflejo de toda la carrera laboral transfronteriza y de sus distintos avatares.

En cambio, en los accidentes de trabajo, los derechos van a ser calculados, en principio, únicamente en virtud de la legislación a la que el trabajador estaba sometido en el momento de producirse el hecho causante.

Baste un ejemplo entresacado de la vida real para ilustrar la problemática expuesta. Marinero de nacionalidad española que faena en un barco que arbola pabellón británico y que sufre, como consecuencia de un accidente de trabajo, una amputación de falange distal del segundo dedo y diversas lesiones en la mano izquierda, que le imposibilitan para la realización de su actividad habitual como marinero de altura.

La Seguridad Social británica, donde estaba asegurado, no le concedió, por aplicación de su legislación, renta alguna. El interesado presentó su solicitud al Instituto Social de la Marina que, aunque reconoció un grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual, denegó el derecho a las prestaciones por no encontrarse el trabajador sometido a la legislación española al producirse el accidente de trabajo al estar sujeto y cotizando a la Seguridad Social británica.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia se pronuncia paradigmáticamente en el presente caso, poniendo de manifiesto las carencias de la normativa comunitaria y los posibles efectos perversos de una coordinación mínima para los trabajadores migrantes. Reproducimos las frases del propio tribunal:

“Consiguientemente, la pretensión del actor no puede reconocerse al amparo de la legislación española porque en el momento de producirse el accidente era trabajador de una empresa inglesa, estaba cotizando a la Seguridad Social de ese país y estaba sometido a la legislación inglesa por lo que la Seguridad Social española no puede ser responsable de la prestación reconocida al actor sin que pueda dissociarse la situación de invalidez de la contingencia profesional que la ha originado. Tampoco procede el reconocimiento de la prestación subsidiaria sobre declaración de Invalidez derivada de enfermedad común por cuanto no puede dissociarse la situación de invalidez que le ha sido reconocida, de la contingencia profesional que la ha originado, siendo evidente que las secuelas del actor derivan del accidente laboral sufrido a bordo en el buque inglés”.

Impecable sentencia. Únicamente una pequeña puntualización. El resultado final es una desprotección del trabajador como consecuencia de las disposiciones contenidas en el Reglamento. Ahora bien, quizás la respuesta hubiera sido distinta si el TSJ de Galicia hubiera presentado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de Luxemburgo sobre la compatibilidad del derecho derivado europeo con el derecho originario sobre libre circulación de trabajadores.

En ese sentido suscribo las reflexiones de Fernando Lousada Arochena, en relación con las pensiones de supervivencia por riesgos profesionales: “Los fallecimientos en buques escandinavos tiene además el problema añadido de que en aquellos países

no existen prestaciones de viudedad como las españolas, lo que genera problemas de desprotección”.

Para entender mejor el problema planteado, tanto por Fernando Lousada como por el TSJ de Galicia, hagamos un ejercicio comparativo e imaginemos que nos encontramos con una pensión incapacidad o con una pensión por muerte y supervivencia en vez por accidentes de trabajo por accidente no laboral. Reino Unido no reconocería la prestación de invalidez por aplicación de su legislación porque las dolencias sufridas no son susceptibles de generar una incapacidad permanente o la muerte del accidentado no genera en Escandinavia una pensión de viudedad u orfandad Correcto. En consecuencia, la competencia para el reconocimiento de las prestaciones correspondería a España que reconocería la pensión de Incapacidad o de viudedad u orfandad con totalización y prorrateo.

En este sentido, algunos Estados, como se ha señalado en párrafos precedentes, consideran que un accidente de trabajo sobrevenido cuando el trabajador estaba sujeto a la legislación de otro Estado no es óbice para considerarlo también como accidente no laboral en otro Estado con lo que se soluciona, aunque sea parcialmente, el problema apuntado.

Lamentablemente, España establece la incompatibilidad con otras prestaciones, excepto que coincidan una pensión de Invalidez por accidente de trabajo (derecho propio) con una pensión de muerte y supervivencia (derivada).

VIII. CONCLUSIONES. LUCES Y SOMBRAS

Cuando se estaba examinando el proyecto de lo que posteriormente constituyó el Reglamento 883/04, los Estados miembros y las Instituciones Europeas, en un todos contra todos, polemizaron, a veces con cierta acritud y con amenazas de veto, sobre la regulación de las distintas prestaciones. No obstante, el capítulo de accidente de trabajo y enfermedad profesional fue un remanso de paz. Quizás esta especie de nirvana se debió a que todos los actores se mostraron de acuerdo que no debía tocarse aquello que no había generado problemas manifiestos.

Puede afirmarse que, en su conjunto, la coordinación europea en la rama de accidentes de trabajo es aceptable, aunque incompleta. El aspecto que más se echa en falta es la aplicación subsidiaria del capítulo de vejez/invalidez para las rentas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional. En efecto, puede entenderse que solamente un Estado sea competente para el reconocimiento de las prestaciones de la rama referida. Sin embargo, esto no debería eximir a los demás Estados de sus obligaciones con respecto al trabajador. Porque un accidente de trabajo podría ser considerado como tal por un determinado Estado y como un accidente no laboral por otro. Y lo mismo con la enfermedad profesional. Así se realiza en Alemania y en otros países. De este modo, se completaría la protección del trabajador migrante, evitándose una merma o insuficiencia de derechos si el azar no le fuera propicio. Esta fórmula sería garantista y tampoco comportaría, necesariamente, una doble protección excesiva, no deseada.

A mi entender es preferible, máxime para los supuestos de accidente de trabajo, pecar de exceso que de defecto.

Un comentario adicional. Es precisamente en la rama de accidentes de trabajo donde puede materializarse el mandato de los nuevos Sistemas de Seguridad Social: Primero prevención, luego rehabilitación o solo cuando lo primero o lo segundo no sea posible, compensación.

Las normas de coordinación se han dirigido caso en exclusiva a este último aspecto. Por ello, la tarea de futuro es enorme. En un mercado Interior Europeo, tanto la prevención como la rehabilitación tienen que estar coordinada y tener una dimensión europea. Solo así, estaríamos cumpliendo la finalidad de la rama de seguro de accidentes de trabajo en el nuevo modelo europeo actual.

Por último, no debería olvidarse que la digitalización de la economía plantea nuevos retos que no deberían ser obviado en las próximas revisiones del Reglamento 883/04.

Bibliografía

- García de Cortázar Nebreda, C.: "Principio de asimilación en el Reglamento 883/04", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. III, núm. 1, 2018.
- González Gómez, A.: "Regulación de los Accidentes de Trabajo y de las enfermedades profesionales en los países de la Unión Europea", *La Mutua, Revista Técnica de Seguridad Social y Prevención*, núm. 7, 2002.
- Ojeda Avilés, A. y García de Cortázar y Nebreda, C.: "La regulación internacional y europea de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", en AA. VV.: *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Comares, Granada, 2006.
- Pieters, D.: "El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea", en AA. VV.: *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Fraternidad-Muprespa y UNED, Madrid, 2000.
- Posting of workers Report on A1 Portable Documents issued in 2018*, European Commission. Directorate-General for Employment Social Affairs and Inclusion Directorate D Labour Mobility, 2020.
- Principle of assimilation of facts and events*. European Commission, disponible en <https://www.mps-vr.sk/files/slovensky/ministerstvo/medzinarodna-spolupraca/koordinacia-systemov-sz/uradne-dokumenty/vysvetlujuca-poznamka/assimilation-of-facts-events-and-benefits.pdf>.
- Raepenbusch, S.: *La Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.
- The principle of Assimilation of Facts*, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, 2016.



La aplicación de las normas de coordinación a las prestaciones de prejubilación

THE APPLICATION OF COORDINATION RULES TO PRE-RETIREMENT BENEFITS

Juan Ignacio del Valle de Joz

Doctor en Derecho.

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid

juanvalle@der.ucm.es  0000-0001-8464-1697

Recibido: 15.03.2021 | Aceptado: 16.04.2021

RESUMEN

El crecimiento del desempleo y de las exigencias de modernización de las empresas han convertido a los trabajadores de mayor edad en un grupo especialmente necesitado, cuya protección ha devenido en un riesgo estructural para cualquier sistema de relaciones laborales y de Seguridad Social. El presente artículo analiza la proyección de esta nueva contingencia sobre las normas comunitarias de coordinación de legislaciones de Seguridad Social. En primer lugar, se analizan las limitaciones y lagunas del Reglamento 1408/71 respecto a las prestaciones de prejubilación, para más tarde examinar las novedades que incorpora el Reglamento 883/2004 y los efectos de su entrada en vigor para los trabajadores titulares en España de dichas prestaciones.

ABSTRACT

The growth in unemployment and the demands of modernisation of companies have made older workers a particularly needy group, whose protection has become a structural risk for any system of labour relations and social security. This article analyses the projection of this new contingency on the Community rules on the coordination of social security legislation. Firstly, it analyses the limitations and loopholes in Regulation 1408/71 with regard to pre-retirement benefits, and then examines the new features of Regulation 883/2004 and the effects of its entry into force for workers in Spain who are entitled to these benefits.

PALABRAS CLAVE

Reglamento 1408/71
Reglamento 883/2004
Prestaciones de prejubilación
Desempleo
Normas comunitarias

KEYWORDS

Regulation 1408/71
Regulation 883/2004
Pre-retirement benefits
Unemployment
Community rules

SUMARIO

- I. LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR LAS PRESTACIONES DE PREJUBILACIÓN
 - II. ANTECEDENTES DE LA ACTUAL REGULACIÓN
 - III. LA COORDINACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE PREJUBILACIÓN EN EL REGLAMENTO 883/2004
 - A. Finalidad de la regulación
 - B. Delimitación de las prestaciones de prejubilación
 - C. La ampliación del campo de aplicación material
 1. El concepto de legislación aplicable
 2. La aplicación de los principios de coordinación
 3. La exclusión de la totalización
 - a) El reglamento de aplicación
 - b) Doctrina del tje bajo el reglamento 883/2004
 - IV. INCIDENCIA EN ESPAÑA DE LA NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE PRESTACIONES DE PREJUBILACIÓN
 - A. Ayudas legales a la jubilación
 - B. Prestaciones previstas en convenio colectivo
- Bibliografía

I. LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA POR LAS PRESTACIONES DE PREJUBILACIÓN

Los regímenes de prestaciones de prejubilación han surgido en el mundo de la previsión social como una forma de otorgar una protección especial a trabajadores particularmente afectados por los procesos de reestructuración empresarial. El crecimiento del desempleo y de las exigencias de modernización de las empresas han convertido a los trabajadores de mayor edad en un grupo especialmente necesitado, al ser objeto de decisiones que priman la defensa del empleo futuro de los jóvenes en perjuicio del derecho al trabajo de las personas de edad avanzada; nacida esta contingencia inicialmente como una consecuencia de situaciones puntuales de reconversión o de crisis importantes empresariales, se ha convertido, con el paso del tiempo, en un riesgo estructural, que forma parte de cualquier sistema de relaciones laborales y de Seguridad Social¹.

No es de extrañar, por tanto, que la aparición de esta nueva contingencia se proyecte sobre las normas comunitarias de coordinación de legislaciones de Seguridad Social. Precisamente, una de las destacadas novedades que incorpora el Reglamento 883/2004² en relación con la regulación precedente es la inclusión, dentro del campo de aplicación material de la coordinación de regímenes de seguridad social, de las prestaciones de prejubilación. Anteriormente, la aplicación de la coordinación comunitaria a estas prestaciones venía planteando diversos problemas, consecuencia de las lagunas de la reglamentación comunitaria en relación con los trabajadores

1. López Cumbre, L.: *La Prejubilación*, Civitas. Madrid, 1998, pp. 46-48.

2. Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

prejubilados³. La incorporación de las prestaciones de prejubilación al ámbito de las normas comunitarias de coordinación viene a dar una respuesta jurídica a algunas situaciones en las que, a pesar de existir un elemento comunitario, derivado del ejercicio por los trabajadores de su derecho a la libre circulación, lo cual podría hacer trascender el supuesto de hecho de la estricta aplicación de la legislación nacional correspondiente, se ponían de manifiesto las limitaciones del Reglamento 1408/71 a la hora de ofrecer una solución a las cuestiones planteadas.

Estas dificultades podían manifestarse, entre otros aspectos, en supuestos en los que la no residencia del perceptor de estas prestaciones en el Estado competente podía llevar a éste a considerar que dicho perceptor había perdido la condición de asegurado en el mismo; ello podía resultar posible por cuanto, al no resultar aplicable el Reglamento 1408/71 a estas prestaciones, cabía que el Estado competente entendiera que no estaba obligado a garantizar la protección con independencia de la residencia. Lo cual suponía que el derecho a las prestaciones, en estas situaciones de extraterritorialidad, quedaba condicionado a lo que establecieran las disposiciones nacionales al respecto. Asimismo, se presentaban problemas a la hora de determinar la legislación aplicable y de aplicar determinadas normas antiacumulación nacionales.

En este sentido, en la jurisprudencia del TJCE pueden encontrarse muestras de las deficiencias del Reglamento 1408/71 respecto a un tipo especial de prestaciones (inicialmente denominadas como “jubilación anticipada”) que tienen una naturaleza híbrida entre las de desempleo y las de jubilación. La consideración de las sentencias que han contemplado esta problemática resulta especialmente interesante para comprender las dificultades a las que quiere dar solución la nueva regulación que incorpora el Reglamento 883/2004, así como para determinar su eficacia.

Así, en la sentencia del TJCE de 5.7.1983, asunto 171/82 (Valentini) se contemplaba la situación de un trabajador italiano (el Sr. Valentini), residente en Francia, que había trabajado sucesivamente en Italia (hasta 1957) y en Francia (desde 1963 a 1977). Desde los 60 años era beneficiario de una pensión de jubilación en Italia. En 1977, a los 63 años, solicitó de la institución francesa una prestación denominada “garantía de recursos de dimisión”, establecida por el régimen convencional del seguro de desempleo, que le fue reconocida, pero, aplicando una norma antiacumulación nacional, descontando de su cuantía el importe de la prestación italiana.

Cuestionada por el órgano jurisdiccional francés la posible aplicación al caso del art. 46 del Reglamento 1408/71, lo cual tendría como resultado la exclusión de la norma nacional antiacumulación, el TJCE declaró que “aunque las prestaciones del tipo de las que se trata presentan ciertas similitudes con las prestaciones de vejez por lo que se refiere a su objeto y a su finalidad, a saber, principalmente, garantizar los medios de subsistencia de personas que han llegado a cierta edad, sin embargo difieren de ellas claramente, dada su base de cálculo y sus condiciones de concesión, en atención al sistema de totalización y prorratización que está en la base del Reglamento

3. García de Cortázar y Nebreda, C.: “Las Nuevas Propuestas de la Comisión para modificar el Reglamento 1408/71. Prestaciones de Desempleo y de Prejubilación”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 157, 1998, pp.67-88.

1408/71. [...] Difieren igualmente de ellas en la medida en que persiguen un objetivo ligado a la política de empleo en el sentido de que contribuyen a liberar puestos de trabajo ocupados por trabajadores por cuenta ajena próximos a la jubilación en beneficio de personas más jóvenes sin empleo, objetivo que sólo apareció tras la puesta en práctica del Reglamento 1408/71, en el contexto de la crisis económica que afecta a la Comunidad Europea desde hace algunos años. [...]

Por lo tanto, existen motivos para declarar que las prestaciones de que se trata no pueden ser consideradas como de la misma naturaleza que las prestaciones de vejez previstas por el artículo 46 del Reglamento 1408/71”.

En función de ello, el TJCE concluyó que “prestaciones tales como las prestaciones de “garantía de recursos de dimisión” previstas en las disposiciones francesas pertinentes no se sujetan al artículo 46 del Reglamento 1408/71, y que, en el caso de una acumulación de tales prestaciones con pensiones de vejez de otros Estados miembros, el derecho comunitario no pone obstáculos a que sean aplicadas las reglas nacionales de antiacumulación”.

En una posterior sentencia de 28.11.1991, Comisión contra Países Bajos, C-198/90, el TJCE resolvió sobre el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión con el fin de que se declarara que el Reino de los Países Bajos había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CEE, al denegar las asignaciones familiares a los trabajadores en situación de jubilación anticipada –regulada en el marco de los regímenes sectorial y de empresa⁴– que residían fuera del territorio nacional. La Comisión alegaba que los trabajadores en situación de jubilación anticipada respondían a la definición de trabajador con arreglo a la letra a) del artículo 1 del Reglamento 1408/71 y que, en la medida en que debía considerárseles trabajadores activos, les era aplicable la letra a) del apartado 2 del artículo 13 del mismo Reglamento, según la cual el trabajador que ejerza una actividad en el territorio de un Estado miembro está sometido a la legislación del Estado de que se trate, incluso cuando resida en el territorio de otro Estado miembro.

De ello se desprendía, según la Comisión, que les era aplicable la legislación neerlandesa y que, por lo tanto, debían disfrutar del derecho que otorga el apartado 1 del artículo 73 de recibir las asignaciones familiares por los miembros de su familia que no residan en los Países Bajos. Sin embargo, el TJCE declara que, contrariamente a lo que sostenía la Comisión, la letra a) del apartado 2 del artículo 13 no se aplica a los trabajadores en situación de jubilación anticipada, afirmando que “en efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que la finalidad de dicho precepto es resolver los conflictos de legislación que pueden plantearse cuando, durante un

4. Como se expone en las Conclusiones del Abogado General, el régimen de la jubilación anticipada no fue establecido mediante disposiciones de carácter legal, sino que se fundamenta en un régimen de Derecho privado, acordado entre empresarios y trabajadores, ya sea de ámbito empresarial o de ámbito sectorial. El trabajador en situación de jubilación anticipada no es un trabajador en el sentido de la Ley neerlandesa sobre el Seguro de Enfermedad, la Ley neerlandesa sobre el Seguro de Incapacidad para el Trabajo, la Ley neerlandesa sobre el Seguro de Desempleo y de la Ley neerlandesa sobre las Cajas del Seguro de Enfermedad; por lo tanto, un trabajador en dicha situación no se halla asegurado en virtud de las expresadas leyes.

mismo período, el lugar de residencia y el de empleo no se sitúan en el mismo Estado miembro. Ahora bien, no es posible que se produzcan semejantes conflictos en relación con los trabajadores que hayan cesado voluntariamente toda actividad profesional”, por lo que el artículo 73 del Reglamento 1408/71⁵ resulta inaplicable a dichos trabajadores.

La sentencia del TJCE de 16.1.1992, Comisión contra República Francesa, C-57/90, también contiene declaraciones referidas a las prestaciones de prejubilación. La Comisión interpuso recurso por incumplimiento alegando el incumplimiento por Francia de los artículos 13.1 y 33 del Reglamento 1408/71⁶ al retener una cotización del Seguro de Enfermedad de las pensiones de jubilación complementaria y de jubilación anticipada cuyos titulares residen en un Estado miembro distinto de Francia sin que la cobertura de los riesgos de enfermedad y maternidad estuviera a cargo de un régimen francés.

Como señala la sentencia, los subsidios especiales de jubilación anticipada son abonados por el *Fonds national de l'emploi* y pueden concederse a determinadas categorías de trabajadores de edad, mediante convenios celebrados con los organismos profesionales o interprofesionales, las organizaciones sindicales o con las empresas. El TJCE afirma que, si bien los beneficiarios de una pensión de jubilación anticipada o de una pensión de jubilación complementaria son trabajadores en el sentido de la letra a) del artículo 1 del Reglamento 1408/71 y están comprendidos dentro del ámbito de aplicación personal de dicho Reglamento, descrito en su artículo 2, sin embargo, el principio de unicidad de la legislación aplicable sólo rige para las situaciones previstas en los artículos 13, apartado 2, y 14 a 17 del Reglamento 1408/71, que determinan las normas de conflicto que deben aplicarse en cada situación, de manera que las personas, como los trabajadores que han cesado definitivamente en sus actividades profesionales, que no se encuentran en una de las situaciones contempladas en los artículos mencionados, pueden estar sometidas simultáneamente a la legislación de varios Estados miembros. Por ello entiende que “dado que los beneficiarios de una pensión de jubilación anticipada o de una pensión de jubilación complementaria no se encuentran en una de las situaciones contempladas por los artículos 13, apartado 2, y 14 a 17 del Reglamento 1408/71, se debe concluir que éstos no pueden invocar en su favor el principio de unicidad de la legislación aplicable”. La sentencia del TJCE

5. Dicho artículo 73 dispone que “El trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia sometido a la legislación de cualquier Estado miembro tendrá derecho, para los miembros de su familia que residan en el territorio de otro Estado miembro, a las prestaciones familiares previstas en la legislación del primer Estado, como si residiesen en el territorio de éste, sin perjuicio de las disposiciones del Anexo VI”.

6. El apartado 1 del artículo 13 del Reglamento 1408/71 establece que las personas a las cuales sea aplicable el mismo sólo están sometidas a la legislación de un único Estado miembro. Según el artículo 33 del mismo texto legal, la institución de un Estado miembro que sea deudora de una pensión o de una renta y que aplique una legislación que prevea, para la cobertura de prestaciones de enfermedad y maternidad, la retención de cuotas al titular de una pensión o de una renta, quedará facultada para practicar estas retenciones, calculadas de conformidad con dicha legislación, sobre la pensión o la renta que deba, siempre que las prestaciones servidas en cumplimiento de los artículos 27, 28, 28 bis, 29, 31 y 32 sean a cargo de alguna institución del mismo Estado miembro.

desestima, de este modo, la demanda de la Comisión, entendiéndose que la actuación de la institución francesa no contradecía el Reglamento 1408/71.

Especialmente interesante es la sentencia del TJCE de 11.7.1996, asunto C-25/95 (Otte), tanto la propia resolución como las conclusiones del Abogado General. Los hechos venían referidos a un trabajador de nacionalidad neerlandesa (el Sr. Otte) que había estado empleado durante largos períodos en el sector minero alemán (desde agosto de 1948 hasta diciembre de 1958, y desde diciembre de 1979 hasta que fue despedido en 1987); desde enero de 1959 hasta julio de 1968 estuvo afiliado en Alemania al régimen general de los trabajadores asalariados, y desde agosto de 1968 a noviembre de 1979 al régimen general de seguridad social de los Países Bajos. En 1988 solicitó una prestación prevista, en favor de los trabajadores del sector de la minería, en las normas alemanas sobre reconversión; en su solicitud no indicó que desde enero de 1988 había comenzado a percibir una pensión de invalidez concedida por el régimen general de seguridad social de los Países Bajos, pero sí que a partir del 1 de marzo de 1988 se le iba a conceder, con arreglo a la ley alemana sobre pensiones para trabajadores del sector de la minería, una pensión de invalidez. La institución alemana reconoció la prestación por reconversión, teniendo para ello en cuenta, además de los períodos cotizados en Alemania, 138 meses de afiliación acreditados en los Países Bajos, y la cuantía correspondiente a la pensión de invalidez como minero concedida por Alemania. En 1989 la institución alemana, al tener conocimiento de la percepción de la prestación de invalidez neerlandesa, modificó el importe de la prestación por reconversión, deduciéndole el importe de la citada prestación neerlandesa.

Contra esta decisión recurrió el Sr. Otte, dando ello lugar a que el órgano jurisdiccional preguntara al TJCE con carácter prejudicial si pueden considerarse incluidas el campo de aplicación material del Reglamento 1408/71 “las prestaciones de un Estado miembro que, por vía de una subvención nacional voluntaria (correspondiente en este asunto a las disposiciones ministeriales que regulan la prestación por reconversión en favor de los trabajadores del sector de la minería), se conceden a petición de trabajadores de edad avanzada del sector de la minería despedidos con ocasión de una medida de cierre o de racionalización” y, en caso afirmativo, si ello exige que dicha prestación “se calcule conforme al artículo 46 del Reglamento 1408/71, especialmente teniendo en cuenta la letra b) del apartado 2 del artículo 46 de dicho Reglamento”⁷.

El TJCE afirma que las prestaciones como las de reconversión se diferencian de las prestaciones de vejez “en la medida en que persiguen un objetivo ligado a la política de empleo. En caso de medidas de racionalización, éstas permiten, en efecto, liberar puestos de trabajo ocupados por trabajadores por cuenta ajena próximos a la edad de la jubilación, objetivo que apareció con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1408/71, en el contexto de la crisis económica que sufría desde hacía algunos años la Comunidad en general y el sector minero en particular [...] La prestación

7. Si, por entenderse que la prestación por reconversión constituía una prestación de jubilación, resultara aplicable el art. 46 del Reglamento 1408/71, no tendría lugar la aplicación de la norma anticúmulo, conforme al artículo 12 del mismo, al tratarse de prestaciones de la misma naturaleza.

por reconversión difiere también de las prestaciones de vejez por los requisitos para su concesión. En efecto, ni se financia ni se adquiere sobre la base de las propias cotizaciones de los beneficiarios, y se concede a trabajadores despedidos que aún no han alcanzado la edad de jubilación, durante un período limitado en el tiempo computado para el cálculo de la pensión de jubilación. Además, se extingue cuando fallece el beneficiario, sin que se transmita derecho alguno a sus supervivientes". Por todo ello, "El objetivo ligado a la política de empleo que persigue la prestación por reconversión y los requisitos para su concesión contribuyen a aproximarla de hecho a las prestaciones de prejubilación, aún no reguladas por el Reglamento 1408/71".

Asimismo, también declara el TJCE que "si las prestaciones por reconversión no están suficientemente relacionadas con las prestaciones de vejez contempladas en la letra c) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento 1408/71, debe observarse que tampoco ha quedado acreditado que estén relacionadas con las prestaciones de desempleo contempladas en la letra g) del apartado 1 de la misma disposición", por cuanto "el beneficiario de la prestación por reconversión no está obligado a inscribirse como demandante de empleo, ni a permanecer disponible en el mercado de trabajo, ni a abstenerse de ejercer una actividad por cuenta ajena o propia cuyos ingresos superen un determinado límite". Como conclusión, el TJCE resuelve que los apartados 1 y 2 del artículo 4 del Reglamento 1408/71 deben interpretarse en el sentido de que no comprenden las prestaciones concedidas por un Estado miembro a los trabajadores, en forma de subvenciones nacionales no obligatorias, entre el momento en que se los despide y el momento en que alcanzan la edad de jubilación.

La existencia de problemas de coordinación de las prestaciones de prejubilación se pone de manifiesto, asimismo, por la existencia de diversas preguntas dirigidas por diputados del Parlamento Europeo a miembros del Consejo y de la Comisión Europea al respecto⁸.

Como ponen de manifiesto las sentencias del TJCE comentadas, así como las diversas preguntas parlamentarias planteadas, las dudas sobre la posible inclusión en el campo de aplicación material del Reglamento 1408/71 de las prestaciones de prejubilación⁹ venían planteando problemas en cuanto a la aplicación de las normas anticúmulo, en cuanto a la determinación de la legislación aplicable a sus beneficiarios cuando no residían en el Estado de concesión, en cuanto a su exportación¹⁰ y en

8. Por ejemplo, preguntas escritas nº 2816/94 al Consejo, sobre exportación de las prestaciones de jubilación anticipada hacia el país de residencia (Diario Oficial nº C 103 de 24.4.1995), nº 4093/98 a la Comisión sobre el sistema danés de prejubilación y la obligación de residencia (Diario Oficial nº C182 de 28.6.1999, p. 139) y nº 1468/00 a la Comisión sobre el régimen danés de jubilación anticipada (Diario Oficial nº C 113 E de 18.4.2001, p. 15).

9. Como afirma S. Van Raepenbusch, la dificultad estriba en la imposible vinculación de las prestaciones de jubilación a una de las ramas de Seguridad Social contempladas en el artículo 2.1 del Reglamento 1408/71 por las consecuencias negativas que se derivarían de la aplicación de ciertas disposiciones particulares del Título III del Reglamento 1408/71; aunque algunas formas de prejubilación se pueden asimilar sin dificultad a la rama de vejez, otras prestaciones que por razones históricas y sobre todo organizativas atribuyeron varias legislaciones nacionales al sector del desempleo, no pueden quedar plenamente asimiladas a los subsidios de desempleo, puesto que falta la condición referente a la disponibilidad en el mercado de trabajo (Raepenbusch, S.: *La Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, p. 364).

10. El requisito de residencia para el reconocimiento de las prestaciones de prejubilación, no obstante, parece

cuanto a la determinación de su forma de cálculo cuando existían períodos de seguro en otros Estados miembros. Y son estas, precisamente, las cuestiones que la inclusión de las prestaciones de prejubilación en el Reglamento 883/2004 viene a clarificar.

II. ANTECEDENTES DE LA ACTUAL REGULACIÓN

La inclusión por el Reglamento 883/2004 de las prestaciones de prejubilación en el ámbito de la coordinación comunitaria viene a culminar un largo proceso en el que han existido diversos intentos de incorporar dichas prestaciones al entonces vigente Reglamento 1408/71. El examen de los antecedentes legislativos nos servirá, al igual que anteriormente los pronunciamientos judiciales, a comprender mejor la dimensión y alcance de la nueva regulación.

La primera tentativa de introducir las (entonces denominadas) prestaciones de “jubilación anticipada” en el ámbito de las normas de coordinación se remonta al año 1980, en que la Comisión, el 18 de junio de 1980, presentó una propuesta destinada a revisar las disposiciones relativas a las prestaciones de desempleo del Reglamento 1408/71 y del Reglamento 574/72 y a introducir en estos Reglamentos disposiciones relativas a los regímenes de jubilación anticipada (DO nº C 169, de 09.07.1980, p. 22). No obstante, esta propuesta no obtuvo la unanimidad requerida en el Consejo, entre otras cosas porque en ella se incluían cuestiones tanto de jubilación anticipada como de desempleo.

Posteriormente, el 10 de enero de 1996, la Comisión presentó una nueva propuesta de Reglamento del Consejo para la modificación, en favor de los titulares de prestaciones de jubilación anticipada, del Reglamento 1408/71 y del Reglamento 574/72¹¹. En la exposición de motivos de esta propuesta se pone de manifiesto el carácter novedoso de las prestaciones que denomina de “jubilación anticipada”¹², que tienen su origen en que “ante el fuerte aumento del desempleo, distintos Estados miembros han instaurado regímenes destinados a apartar a los trabajadores o a los parados de edad avanzada del mercado de trabajo. A tal fin, en disposiciones legales o convencionales se prevé la concesión anticipada de las pensiones de vejez o la garantía de un determinado nivel de recursos hasta la edad normal de la jubilación a los trabajadores de edad avanzada que se quedan en paro o que dejan su empleo”.

que no resultaría exigible considerando que las prestaciones de prejubilación constituyen una ventaja social en el sentido del artículo 7 del Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad; así lo expresaba la respuesta de la Comisión a la pregunta escrita nº 1468/00 sobre el régimen danés de jubilación anticipada (Diario Oficial nº C 113 E de 18.4.2001, p. 15).

11. Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por la que se modifica, en favor de los titulares de prestaciones de jubilación anticipada, el Reglamento (CEE) 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) nº 574/72, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71, 10 de enero de 1996, COM (95) 735 final. Dicha propuesta fue finalmente retirada por la Comisión (Comunicación de la Comisión de 11.12.2001, COM (2001) 763 final).

12. Esta es la denominación empleada por la versión española; el término empleado por la versión inglesa es “pre-retirement”.

En cuanto al contenido de estas prestaciones, se señalaba que se trata de “prestaciones concedidas a partir de una edad determinada a los trabajadores despedidos o que abandonan voluntariamente su empleo, con el fin de incitar a estos trabajadores a no buscar ya un empleo o a liberar su empleo en beneficio de un trabajador más joven. Estas prestaciones garantizan un determinado nivel de recursos a los beneficiarios hasta la edad a la cual pueden acceder a la pensión de vejez”. Y como justificación de una acción comunitaria para corregir la falta de coordinación entre los regímenes de los Estados miembros respecto a estas prestaciones se pone de manifiesto que “la falta de coordinación entre los regímenes de los Estados miembros en materia de prestaciones de jubilación anticipada puede generar problemas, en particular cuando el trabajador interesado reside fuera del Estado competente (trabajadores fronterizos) o se muda a otro Estado miembro después de ser titular de una prestación de jubilación anticipada. En estos casos, el servicio de las prestaciones depende exclusivamente actualmente de la concepción de las legislaciones nacionales o de las cláusulas de convenio, que permiten la exportación de las prestaciones en determinados casos, pero no en otros”; esta acción comunitaria se propone “no sólo para regímenes legales sino también para regímenes convencionales. En efecto, en la mayoría de los casos, se trata de regímenes convencionales cuya concepción o administración se deja en manos de los interlocutores sociales”.

Estos planteamientos se plasman efectivamente en las modificaciones que se proponen del Reglamento 1408/71. Así, a efectos de la inclusión de los regímenes convencionales, se proponía la no exclusión, como legislación a “las disposiciones convencionales relativas a las prestaciones de jubilación anticipada” [art. 1.j) propuesto] Las prestaciones de “jubilación anticipada” se definían como “todas las prestaciones en efectivo distintas de una prestación anticipada de vejez, servidas a partir de una edad determinada a un trabajador en paro completo, hasta la edad a la cual puede ser admitido a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada no reducida y cuyo beneficio no se supedita a la condición de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado competente” [art. 1.w) propuesto]; dichas prestaciones se incluían en el campo de aplicación material del Reglamento [art. 4.i) propuesto]. También se incluían las prestaciones de jubilación anticipada en el ámbito de aplicación de las normas anticúmulo nacionales (art. 12.3 propuesto), a fin de permitir su aplicación para reducir la cuantía de las mismas cuando el titular ejerza una actividad profesional incluso en el territorio de otro Estado miembro. Se preveía también (art. 25 *bis* propuesto) para los titulares de prestaciones de jubilación anticipada la aplicación de las normas que regulan el derecho a prestaciones de asistencia sanitaria en los supuestos de residencia en un Estado miembro distinto del Estado competente (art. 19 Reglamento 1408/71) y cuando se trata de trabajadores fronterizos y miembros de sus familias (art. 20 Reglamento 1408/71). También se indicaba expresamente que el régimen de las pensiones de vejez no sería de aplicación a las prestaciones de jubilación anticipada (art. 44.3 propuesto)¹³.

13. La versión española del artículo 44.3 propuesto indica, erróneamente, que el régimen de las pensiones de vejez no será aplicable “a las prestaciones de jubilación”; la versión inglesa recoge, correctamente, que dicho régimen no será de aplicación a las “*pre-retirement benefits*”.

La propuesta de modificación del Reglamento 1408/71 de 1996 incluía, asimismo, un nuevo capítulo en el mismo (capítulo 6 *bis* propuesto) dedicado a las prestaciones de jubilación anticipada. En él se preveía (art. 71 *bis* propuesto) la aplicación de las normas en materia de totalización de períodos de seguro o de empleo (art. 67 Reglamento 1408/71) y de cálculo de prestaciones (art. 68) previstas para las prestaciones de desempleo¹⁴. También se establecía la exportación de las prestaciones de jubilación anticipada cuando su titular se trasladara al territorio de otro Estado miembro (apartado 1 del art. 71 *ter* propuesto)¹⁵. Asimismo, se disponía que cuando el trabajador, durante su último empleo, hubiera residido en un Estado miembro distinto del competente, tendría derecho a las prestaciones de “jubilación anticipada” previstas por la legislación del Estado competente como si residiera en él; en tal caso se preveía un sistema de reembolso de prestaciones entre la institución del lugar de residencia y la institución competente¹⁶. Por último, se afirmaba el derecho del titular de una prestación de “jubilación anticipada” conforme a la legislación de un Estado miembro, para los miembros de su familia residentes en otro Estado miembro, a las prestaciones familiares previstas por la legislación del primer Estado, como si residieran en el mismo (art. 74 *bis* propuesto).

Finalmente la propuesta, por lo que se refiere al Reglamento 574/72, contemplaba la aplicación a los titulares de pensiones de “jubilación anticipada” y a los miembros de sus familias de los preceptos del mismo relativos a las prestaciones en especie por enfermedad y maternidad en caso de residencia en un Estado miembro distinto del Estado competente y a los trabajadores fronterizos y a los miembros de sus familias (arts. 17 y 19 del Reglamento 574/72); asimismo, establecía para el caso de que el titular de la prestación de “jubilación anticipada” residiera en un Estado miembro distinto del Estado competente, o trasladara su residencia a un Estado miembro distinto del Estado competente, un mecanismo de control, en cuya virtud, para que dicho trabajador pudiera seguir disfrutando de tales prestaciones, tendría que presentar en la institución de su lugar de residencia un certificado en el que la institución competente

14. Tal como observaba el informe del Parlamento Europeo de 11 de noviembre de 1996 sobre la Propuesta (PE 217.873/def., A4-0278/96): “el modo de cálculo de las prestaciones adoptado por la Comisión (que se basa en el importe del salario percibido por el interesado durante el último empleo que ha ejercido en el Estado competente) parece el más apto para preservar los derechos en el camino a una coordinación de los regímenes no legales de seguridad social. adquiridos de los trabajadores migrantes”.

15. Como expresaba la Propuesta, “El principio de la exportación de las prestaciones se juzgó preferible al del pago de las prestaciones por la institución del país de residencia: a) debido al vínculo directo entre el último empleo y el derecho a las prestaciones; b) debido al hecho de que no existe necesariamente un régimen de jubilación anticipada en el Estado miembro donde el titular reside”.

16. El apartado 2 del artículo 71 *ter* propuesto establecía que: “a) El trabajador que, durante su último empleo, residía en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente, tendrá derecho a beneficiarse de las prestaciones de jubilación anticipada previstas por la legislación del último Estado como si residiera en él. b) La institución del lugar de residencia de este trabajador reembolsa estas prestaciones a la institución competente dentro del límite de la cuantía de las prestaciones de desempleo que habría debido servir al interesado de conformidad con la letra a) ii) o b) ii) del apartado 1 del artículo 71, si se hubiera puesto a disposición de los servicios de empleo del lugar de residencia. c) Los reembolsos contemplados en el punto b) se determinarán y efectuarán de común acuerdo entre los Estados miembros interesados o las autoridades competentes de estos Estados. Éstos o sus autoridades competentes podrán renunciar a todo reembolso entre las instituciones de su competencia. d) No habrá ya lugar a reembolso cuando el trabajador contemplado en el punto a) transfiera su residencia a otro Estado miembro”.

indicara los hechos que podrían acarrear la supresión o modificación del derecho a las prestaciones, y la institución del lugar de residencia tenía que ejercer el control sobre el trabajador, notificando a la institución competente la aparición de cualquiera de los hechos indicados (art. 84 *bis* propuesto).

Precisamente este aspecto de las medidas de control a cargo de la institución del lugar de residencia fue cuestionado tanto por el Consejo Económico y Social como por el Parlamento Europeo en sus respectivos informes. El Consejo Económico y Social¹⁷ señalaba que “No obstante, el Comité lamenta que los textos sometidos a examen conduzcan a la puesta en práctica de procedimientos complejos y onerosos sin que se haya garantizado la realización de controles eficaces, especialmente por lo que se refiere al ejercicio de una actividad remunerada durante el período de percepción de las prestaciones de jubilación anticipada”. El Parlamento Europeo¹⁸, por su parte, manifestaba “algunas dudas en cuanto a las garantías de control. El control debe ser efectuado por el Estado de residencia por cuenta del Estado competente, y se refiere principalmente al ejercicio de una actividad remunerada por el interesado durante el período de percepción de las prestaciones de jubilación anticipada. Una mayor precisión en las disposiciones del reglamento de aplicación serviría para facilitar la confianza mutua entre los Estados miembros en este ámbito”.

Como se ha indicado, la propuesta disponía la aplicación de las normas de totalización y cálculo de las prestaciones previstas para las prestaciones de desempleo. La razón para ello, como se afirma en las conclusiones del Abogado General en el asunto C-25/95 (Otte)¹⁹, parece ser que es la de evitar los efectos que tendría la aplicación de las normas reguladoras de las pensiones de jubilación, lo cual determinaría que la liquidación de las prestaciones tendría que efectuarse conforme a lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento 1408/71.

Ello supondría que el trabajador que tuviera derecho a una prestación de “jubilación anticipada” percibiría la misma calculada, bien en función únicamente de los períodos de seguro en el Estado en que se reconoce dicha prestación, bien aplicando las normas sobre totalización contenidas en las letras a) y b) del artículo 46.2 del Reglamento 1408/71. Teniendo en cuenta que lo normal será que los trabajadores que pasan a percibir estas prestaciones de “jubilación anticipada” no cumplirán todas las condiciones para tener derecho a la vez a una pensión en otro Estado miembro, el derecho a una prestación íntegra se obtendría, en la mayoría de los casos, únicamente si se reunieran todos los requisitos sin necesidad de totalizar períodos de seguro [art. 46.2.a) del Reglamento 1408/71]; en el caso de resultar necesaria la totalización, en el

17. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se modifican, en favor de los titulares de prestaciones de jubilación anticipada, el Reglamento (CEE) nº 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) nº 574/72 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71” (DO C 295 de 7.10.1996, p. 39).

18. Informe del Parlamento Europeo de 11 de noviembre de 1996 sobre la Propuesta (PE 217.873/def., A4-0278/96).

19. Apartado 34.

caso probable de que no se reunieran los requisitos en todos los Estados miembros en los que se hayan acreditado períodos de seguro, sería de aplicación el artículo 49 del Reglamento 1408/71, por lo que la prestación sería reconocida exclusivamente con arreglo a las disposiciones de la legislación ante la que reúna las condiciones exigidas y sobre la única base de los períodos cubiertos bajo dicha legislación (a no ser, como indica el artículo 49.1.a).ii) del Reglamento 1408/71, que el cómputo de los períodos cubiertos bajo las legislaciones ante las que no reúne las condiciones permitiera la obtención de una cuantía de prestación más elevada). Ello podría producir como consecuencia el que la prestación de “jubilación anticipada” pudiera no cumplir la finalidad perseguida, que es la de proporcionar medios económicos suficientes, a los trabajadores que pierden su empleo como consecuencia de medidas de cierre o de reestructuración empresarial, hasta el momento en que tales trabajadores puedan obtener una pensión de jubilación.

Esta consecuencia se evitaría si, como recoge la Propuesta de 1996, se aplican las normas de totalización establecidas para las prestaciones de desempleo (artículo 67 del Reglamento 1408/71), en las que ya no se aplica el mecanismo del prorrateo.

III. LA COORDINACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE PREJUBILACIÓN EN EL REGLAMENTO 883/2004

A. Finalidad de la regulación

Una vez expuesta la problemática planteada por las prestaciones de prejubilación y examinados los antecedentes legislativos de su regulación, se está en condiciones de analizar el régimen de coordinación de estas prestaciones bajo el Reglamento 883/2004.

La primera referencia del Reglamento 883/2004 a estas prestaciones se encuentra en el Considerando 33, que afirma que procede incluir en el ámbito de aplicación del mismo “los regímenes legales de prejubilación con el fin de garantizar la igualdad de trato y la posibilidad de transferencia de prestaciones de prejubilación, así como la concesión de subsidios familiares y de atención sanitaria a las personas de que se trate, en virtud de las disposiciones del presente Reglamento. No obstante, la norma sobre totalización de períodos no debe ser incluida, dado que los regímenes legales de prejubilación sólo existen en un reducido número de Estados miembros”.

Se exponen, de esta manera, los objetivos que persigue la nueva regulación, que como se aprecia, son sustancialmente coincidentes con los que motivaron, en su día, la Propuesta del año 1996. Contrariamente a lo previsto en esta última, sin embargo, se indica ya desde el primer momento la inaplicación a estas prestaciones del mecanismo de totalización, lo cual va a determinar que el ámbito de la coordinación resulte más limitado en comparación con la Propuesta de 1996.

Ello no obstante, la principal virtud que cabe atribuir a la nueva regulación es la de establecer un marco jurídico comunitario para estas prestaciones, aún en los aspectos limitados a los que se aplica, superándose la situación anterior, en la que

el reconocimiento de determinados derechos a los titulares de prestaciones de prejubilación dependía exclusivamente de las correspondientes legislaciones nacionales o, incluso, de las prácticas de hecho adoptadas por las instituciones nacionales competentes.

B. Delimitación de las prestaciones de prejubilación

El artículo 1.x) del Reglamento 883/2004 define las prestaciones de prejubilación como “todas las prestaciones en metálico, distintas de las prestaciones de desempleo y de las prestaciones anticipadas de vejez, concedidas a partir de una edad determinada, al trabajador que haya reducido, cesado o suspendido sus actividades profesionales hasta la edad en que pueda acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada, y cuyo disfrute no esté supeditado a la condición de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente”. Este precepto, asimismo, define la «prestación anticipada de vejez» como “una prestación concedida antes de alcanzar la edad normal para acceder al derecho a la pensión y que o bien continúa siendo concedida una vez que se ha alcanzado esta edad o bien es sustituida por otra prestación de vejez”.

La redacción de este precepto en la propuesta inicial de la Comisión Europea²⁰ diferenciaba estas prestaciones únicamente, como ocurría en la Propuesta de 1996, de las prestaciones de vejez. Con posterioridad, dicha definición fue modificada, aceptándose una enmienda del Parlamento Europeo en el sentido de, entre otras aclaraciones, diferenciar también estas prestaciones de prejubilación de las prestaciones de desempleo²¹. La redacción definitiva resulta, efectivamente, más correcta, puesto que las prestaciones de prejubilación constituyen un género distinto tanto de las prestaciones de jubilación como de las de desempleo; en este sentido, la versión definitiva se aproxima a las consideraciones efectuadas en la sentencia Otte²² (anteriormente citada), que excluía la equiparación de la prestación de prejubilación cuestionada en dicho asunto tanto a las prestaciones de vejez como a las prestaciones de desempleo.

20. Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la coordinación de los sistemas de seguridad social (COM/98/0779 final), Diario Oficial nº C 038 de 12/02/1999 p. 0010; la redacción inicial definía las prestaciones de prejubilación como “todas las prestaciones en metálico, distintas de una prestación anticipada de vejez, servidas a partir de una edad determinada, a un trabajador desempleado, hasta la edad en que pueda acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada no reducida, y cuyo disfrute no esté supeditado a la condición de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado competente; una prestación anticipada de vejez designa una prestación servida antes de la edad normal de la pensión y que o bien continúa siendo servida una vez que se ha alcanzado esta edad o bien es sustituida por otra prestación de vejez”.

21. Informe del Parlamento Europeo de 17 de junio de 2003 (A5-0226/2003), enmienda nº 23. Aceptada por la Comisión en su propuesta modificada de 9 de octubre de 2003 [COM (2003) 596 final].

22. STJCE de 11.7.1996, C-25/95.

C. La ampliación del campo de aplicación material

La inclusión de las prestaciones de prejubilación en el ámbito de la coordinación comunitaria exige que las mismas queden comprendidas dentro del campo de aplicación material de los Reglamentos comunitarios. Y así, el artículo 3.1.i) del Reglamento 883/2004 recoge, como una de las legislaciones relativas a las ramas de seguridad social a las que se aplica el mismo, la referida a las prestaciones de prejubilación.

1. El concepto de legislación aplicable

A estos efectos, deviene de especial importancia el concepto de legislación que queda sometido al régimen de coordinación. El Reglamento 883/2004 se refiere, como expresa su Considerando 33, a los regímenes legales de prejubilación y, en este sentido, una cuestión que incide especialmente en esta materia deriva del hecho de que en muchos casos la regulación de estas prestaciones se encuentra en normas convencionales, las cuales, en principio, no se encuentran incluidas en el campo de aplicación de los Reglamentos de coordinación.

Bajo el régimen precedente, el artículo 1.j) del anterior Reglamento 1408/71 definía como “legislación”, para cada Estado miembro, “las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias y cualesquiera otras medidas de aplicación, existentes o futuras, que se refieren a las ramas y regímenes de seguridad social mencionados en los apartados 1 y 2 del artículo 4 o las prestaciones especiales de carácter no contributivo contempladas en el apartado 2 bis del artículo 4”.

Y en relación con la consideración como legislación aplicable de disposiciones de convenios colectivos, el artículo 1.j) del Reglamento 1408/74 disponía que quedan excluidas del término “legislación”:

“las disposiciones convencionales existentes o futuras, que hayan sido o no objeto de una decisión de los poderes públicos haciéndolas obligatorias o ampliando su campo de aplicación. No obstante, en lo que se refiere a las disposiciones convencionales:

- i. que sirvan para establecer una obligación de seguro derivada de las Leyes o Reglamentos mencionados en el subpárrafo anterior, o
- ii. que creen un régimen cuya gestión está encomendada a la misma institución que administra los regímenes instituidos por las Leyes o Reglamentos mencionados en el subpárrafo anterior, esta limitación podrá ser suprimida en cualquier momento mediante una declaración formulada por el Estado miembro interesado, mencionando los regímenes de esta naturaleza a los cuales es aplicable el presente Reglamento. Esta declaración, habrá de ser notificada y publicada con arreglo a las disposiciones del artículo 97”.

Respecto de esta cuestión, y en relación con determinados regímenes complementarios de pensión franceses ARRCO y AGIRC [regímenes complementarios de

jubilación resultado de convenios colectivos entre los interlocutores sociales (empresarios y sindicatos)], el TJCE se pronunció, como consecuencia de recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión contra la República Francesa el 24 de enero de 1997, C-35/97.

En dicho recurso se denunciaba la no aplicación por Francia de determinados beneficios a los trabajadores fronterizos, y fue resuelto por sentencia de 24.9.1998. Esta sentencia declaró que los beneficios sociales a favor de trabajadores que cesan anticipadamente en su actividad una vez cumplidos los 55 años, consistentes en la asignación de puntos gratuitos de jubilación, correspondientes a las cantidades que hubieran pagado empresarios y trabajadores de haber seguido en activo, y adoptados mediante convenios colectivos y declarados obligatorios, no eran legislaciones en el sentido del párrafo primero de la letra j) del artículo 1 del Reglamento 1408/71, por lo que estos regímenes –así como el sistema de convalidación de los puntos gratuitos que forma parte de ellos– no estaban comprendidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1408/71, de forma que no pueden ser analizados desde el punto de vista de las disposiciones del Reglamento 1408/71. Ello suponía que no resultarían aplicables a dichos beneficios las previsiones del Reglamento 1408/71, en especial las referidas a las prestaciones de desempleo a los trabajadores fronterizos, como pretendía la República Francesa²³. Con posterioridad, la República Francesa declaró que el Reglamento 1408/71 era de aplicación a los regímenes complementarios ARRCO y AGIRC²⁴, incluyéndolos por esa vía dentro de su campo de aplicación.

El concepto de legislación establecido por el artículo 1.j) del Reglamento 1408/71 se mantiene sustancialmente en el artículo 1.i) del Reglamento 883/2004, que define “legislación”, para cada Estado miembro, como:

“las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias y todas las demás medidas de aplicación que afecten a las ramas de seguridad social contempladas en el apartado 1 del artículo 3. Este término excluye las disposiciones convencionales distintas de aquellas que sirvan para establecer una obligación de seguro derivada de las leyes o reglamentos mencionados en el párrafo anterior o de aquellas que, por decisión de los poderes públicos, se han vuelto obligatorias o han visto ampliado su campo de aplicación, siempre que el Estado interesado efectúe una declaración en este sentido, notificándola al Presidente del Parlamento Europeo y al Presidente del Consejo de la Unión Europea. Dicha declaración se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea”.

23. Esta pretensión implicaba que, de ser prestaciones de desempleo, no se aplicarían a los trabajadores fronterizos, pues conforme a lo dispuesto para estos trabajadores en el inciso ii) de la letra a) del apartado 1 del artículo 71 del Reglamento 1408/71, “El trabajador fronterizo que se halle en paro total disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida, como si hubiera estado sometido a dicha legislación mientras ocupaba su último empleo; estas prestaciones serán abonadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia”. Estado de residencia que no era Francia.

24. Notificación del Gobierno francés al Consejo de 29 de marzo de 1999, DOCE C 215, de 28 de julio de 1999.

De este modo, quedan incluidas, dentro del concepto “legislación”, las disposiciones convencionales que establezcan una obligación de seguro derivadas de las leyes o reglamentos o se hayan hecho obligatorias por los poderes públicos, o se ha ampliado su campo de aplicación, mediando una declaración en tal sentido del Estado interesado. Por tanto, para que los regímenes de prejubilación establecidos por convenios colectivos queden incluidos dentro del campo de aplicación material de los Reglamentos comunitarios, deberán cumplir con los requisitos señalados; en otro caso, no estarán sujetos a las normas de coordinación.

2. La aplicación de los principios de coordinación

La inclusión de las prestaciones de prejubilación en el campo de aplicación material de los Reglamentos comunitarios determina la aplicación a las mismas de los principios básicos fundamentales de la coordinación comunitaria de las legislaciones nacionales de Seguridad Social, si bien, como se verá, ello va a serlo, en algún caso, en medida distinta a las prestaciones que podemos denominar “clásicas”.

Así, un primer principio que va a resultar de aplicación es el de igualdad de trato, que supone que ninguna persona incluida dentro del ámbito de la coordinación puede ser discriminada por el hecho de la nacionalidad²⁵; este principio aparece formulado en el artículo 4 del Reglamento 883/2004, en cuya virtud:

“Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento”.

Del mismo modo, va a entrar también en juego el principio de conservación de los derechos adquiridos, principio que garantiza que las prestaciones adquiridas en un Estado no se pierdan por el hecho de que el interesado cambie su residencia a otro Estado de los vinculados por las reglas de coordinación²⁶. Este principio aparece reflejado en el artículo 7 del Reglamento 883/2004, que, bajo la rúbrica “Supresión de las cláusulas de residencia”, dispone que:

“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”.

25. Llorente Álvarez, A.: “Aproximación a la delimitación del campo de aplicación material de los Reglamentos Comunitarios de Coordinación en materia de Seguridad Social: principales novedades del Reglamento 883/2004”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. extraordinario, 2009, p. 395.

26. Llorente Álvarez, A.: “Aproximación a la delimitación del campo de aplicación material de los Reglamentos Comunitarios de Coordinación en materia de Seguridad Social: principales novedades del Reglamento 883/2004”, *ob. cit.*, p. 396.

La aplicación a los titulares de las prestaciones de prejubilación (y los miembros de sus familias) de estos principios de igualdad de trato y de conservación de derechos adquiridos va a desplegar su eficacia para solventar algunos de los problemas que anteriormente presentaban estas prestaciones en los supuestos en los que los perceptores de las mismas (o sus familiares) residían en un Estado miembro distinto del competente, o cuando se trataba de trabajadores fronterizos. En particular, en lo que se refiere a las prestaciones de enfermedad, de maternidad y de paternidad asimiladas y a las prestaciones familiares, de las que ahora ya no van a poder quedar excluidos (cuando resulte necesaria la coordinación comunitaria) por el hecho de que los titulares de las prestaciones de jubilación no puedan ser calificados como “trabajadores” ni como “pensionistas”. Ni tampoco por la circunstancia de que no residan, o de que dejen de residir, en el Estado competente.

Tratándose de las prestaciones de enfermedad, de maternidad y de paternidad asimiladas, percibirán las prestaciones que, en su caso, correspondan, conforme a lo previsto en el capítulo 1 del Título III del Reglamento 883/2004 (con excepción de lo dispuesto en la Sección 2 del citado capítulo 1, dedicada a los titulares de pensiones –y miembros de sus familias–, condición que no tienen los titulares de prestaciones de prejubilación). No perdiendo los titulares de prestaciones de prejubilación la condición de asegurados por la institución competente que tenían antes de comenzar a percibir dichas prestaciones, y manteniendo, igualmente, esa condición aunque no residan en el Estado competente.

Asimismo, en cuanto a las prestaciones familiares, los miembros de la familia del perceptor de las prestaciones de prejubilación tendrán derecho a percibir prestaciones familiares, conforme al capítulo 8 (“Prestaciones familiares”) del Título III del Reglamento 883/2004, sea cual sea su Estado de residencia, sin que por el Estado competente se pueda alegar en contra de ello la pérdida por el prejubilado de la condición de sujeto asegurado.

Por otro lado, la supresión de las cláusulas de residencia para estas prestaciones de prejubilación garantiza su exportabilidad cuando el interesado traslade su residencia a otro Estado miembro, y también que sean percibidas por los trabajadores que residían, mientras ocupaban su último empleo, en un Estado miembro distinto del competente. En este caso percibirán las prestaciones, a cargo de la institución del Estado competente, como si residieran en él. Para estos trabajadores, a diferencia de lo que se preveía en la Propuesta de 1996, no se establece en el Reglamento 883/2004 ningún mecanismo de reembolso entre la institución del Estado de residencia y la institución del Estado competente.

La inclusión de estas prestaciones en el campo de aplicación material de los Reglamentos de coordinación implica, igualmente, que deban tenerse en cuenta las normas sobre determinación de la legislación aplicable y se haga efectivo el principio de unicidad de legislación contenido en el artículo 11.1 del Reglamento 883/2004, en cuya virtud “Las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro”, debiendo ser determinada

esta legislación con arreglo a las normas del Título II de dicho Reglamento 883/2004 (arts. 11 a 16). El artículo 11.2 del Reglamento 883/2004 establece que:

“A efectos del presente título, se considerará que las personas que reciben una prestación en metálico por el hecho o como consecuencia de su actividad por cuenta ajena o propia serán consideradas como si ejercieran dicha actividad. Esto no se aplicará a las pensiones de invalidez, de vejez o de supervivencia, a las rentas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, ni a las prestaciones por enfermedad en metálico que sean de duración ilimitada”.

Por tanto (sin perjuicio de las normas especiales de los arts. 12 a 16), los perceptores de prestaciones de prejubilación, que perciben las mismas en un Estado miembro como consecuencia de su actividad por cuenta ajena, se considera que ejercen una actividad por cuenta ajena en dicho Estado miembro, lo que determina que, conforme al apartado 3 del artículo 11 del Reglamento 883/2004, estarán sujetos a la legislación de ese Estado miembro (a diferencia de lo que ocurre con los pensionistas que, por aplicación del apartado 3.e) del Reglamento 883/2004, estarán sujetos a la legislación del Estado miembro de residencia). De este modo, desaparece la posibilidad de que los titulares de prestaciones de prejubilación, como ocurría anteriormente, puedan quedar sujetos simultáneamente a las legislaciones del Estado de residencia y del Estado de empleo.

Finalmente, la inclusión en el campo de aplicación material va a despejar igualmente las dudas existentes en cuanto a la consideración de estas prestaciones como de la misma o de distinta naturaleza, a efectos de la aplicación de las normas anticúmulo nacionales. El artículo 53.1 del Reglamento 883/2004 determina que:

“Las acumulaciones de prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivencia, calculadas o concedidas con arreglo a los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos por una misma persona se considerarán acumulaciones de prestaciones de la misma naturaleza”.

El apartado 2 del mismo precepto, por su parte, dispone que las acumulaciones de prestaciones que no puedan considerarse de la misma naturaleza se considerarán acumulaciones de prestaciones de distinta naturaleza.; en función de ello, no siendo las prestaciones de prejubilación de las que se consideran de la misma naturaleza, les serán de aplicación las normas sobre acumulación de prestaciones de distinta naturaleza contenidas en el artículo 55 del Reglamento 883/2004.

3. *La exclusión de la totalización*

Como se señalaba anteriormente, la aplicación de los principios fundamentales de la coordinación comunitaria a las prestaciones de prejubilación va a ser, en algún caso, distinta que para las demás prestaciones de seguridad social. Esto es lo que ocurre con el principio de conservación de los derechos en curso de adquisición, que se materializa mediante las técnicas de la totalización de períodos y la del prorrateo de las

prestaciones²⁷ y que en el Reglamento 883/2004 aparece recogido en su artículo 6, que establece que:

“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine:

- la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones,
- la admisión a una legislación, o
- el acceso o la exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado, al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica”.

Pues bien, una de las excepciones a la aplicación de este principio la constituyen precisamente las prestaciones de prejubilación. El artículo 66 del Reglamento 883/2004 prevé que:

“Cuando la legislación aplicable supedite la concesión de prestaciones de prejubilación al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo o de actividad por cuenta propia, no se aplicará el artículo 6”.

De este modo, estas prestaciones de prejubilación únicamente van a ser reconocidas y abonadas por el Estado de empleo, sin tener en consideración períodos de seguro, de empleo o de actividad cubiertos en otro Estado miembro. El Considerando 33 del Reglamento 883/2004, como ya se indicó, afirma que la no inclusión de la norma sobre totalización de períodos se debe a que los regímenes legales de prejubilación sólo existen en un reducido número de Estados miembros. Se separa así el texto vigente del sistema que se contenía en la Propuesta de 1996, en la que, como se vio, se aplicaban las normas sobre totalización de las prestaciones de desempleo. La razón para ello parece que ha de buscarse no sólo en el hecho de que existan prestaciones legales de prejubilación únicamente en algunos Estados miembros, sino también en la heterogeneidad de la tipología y regulación de tales prestaciones, en muchos casos de carácter convencional, con normas muy variables en cuanto a su forma de cálculo, cuantía y duración²⁸.

La admisión con carácter general de la totalización supondría para los Estados miembros que tienen sistemas legales de prejubilación un desequilibrio, en cuanto que ello podría dar lugar al reconociendo de derechos en virtud de períodos de seguro,

27. Raepenbusch, S.: *La Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes en el derecho europeo*, ob. cit., p. 274.

28. Como muestra de esa heterogeneidad, véase García de Cortázar y Nebreda, C.: “Las Nuevas Propuestas de la Comisión para modificar el Reglamento 1408/71. Prestaciones de Desempleo y de Prejubilación”, ob. cit., pp. 74-75.

de empleo o de actividad realizados en Estados miembros que no tienen establecidas prestaciones de prejubilación, pero sin que los períodos acreditados en los Estados que sí tienen sistemas de prejubilación tuvieran efecto alguno en los que no los tienen. Ello, no obstante, quizás podría pensarse en algún mecanismo de totalización con efectos exclusivamente entre aquellos Estados que sí disponen de regímenes legales de prejubilación, quizás limitado a alguna clase de estas prestaciones que puedan compartir características comunes en cuanto a requisitos de acceso, determinación de su cuantía, forma de financiación y sujetos protegidos. La heterogeneidad entre dichos sistemas plantea, sin embargo, importantes problemas técnicos para su coordinación, tarea que, en este momento, no se ha considerado oportuno abordar.

a) El reglamento de aplicación

Finalmente, cabe señalar que en el Reglamento 987/2009²⁹, de aplicación, no se contiene ninguna referencia directa a las prestaciones de prejubilación, lo cual puede entenderse en cuanto que, al excluirse el mecanismo de la totalización, no resulta necesario establecer mecanismo de colaboración alguno entre instituciones; esa colaboración sí que deberá producirse en las prestaciones distintas de las de prejubilación a que tenga derecho tanto su titular como los miembros de sus familias, en cuyo caso habrán de tenerse en cuenta las normas que, para dichas prestaciones, establece dicho Reglamento de aplicación.

b) Doctrina del TJUE bajo el reglamento 883/2004

La STJUE de 30.5.2018, asunto C-517/16, Czerwiński, aborda la cuestión de la diferenciación, ya bajo el Reglamento 883/2004, entre prestaciones de vejez y prestaciones de prejubilación y contiene interesantes precisiones respecto a la calificación de estas prestaciones y a la finalidad de las mismas.

Los hechos de la sentencia se refieren a un trabajador polaco nacido en 1951 que acumuló 23 años y 6 meses de períodos contributivos y no contributivos en Polonia. De 2005 a 2011 trabajó (en un barco) en Alemania y en Noruega, cotizando, respectivamente, a los organismos de seguridad social alemán y noruego. En 2013 solicitó ante el organismo de Seguridad Social polaco una prestación denominada “pensión transitoria”, la cual, en la declaración realizada por las autoridades polacas conforme al artículo 9 Reglamento 883/2004 se incluye en la categoría de prestaciones de prejubilación. Entre los requisitos para obtener dicha pensión figuran los de haber realizado un trabajo de naturaleza especial (aquellos que demanden responsabilidad y capacidades psíquicas y físicas especiales, en los que la posibilidad de que se realicen debidamente sin poner en peligro la seguridad pública –incluidas la salud y la vida de terceros– disminuye antes de la edad de jubilación como consecuencia del declive

29. Reglamento 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

psíquico y físico debido al envejecimiento) durante al menos 15 años y, tratándose de hombres, haber cumplido 60 años y justificar 25 años de períodos contributivos y no contributivos.

El tribunal de primera instancia reconoció que el trabajador acreditaba 15 años de trabajo en las condiciones especiales exigidas por la ley pero que no reunía 25 años cotizados al no computarse, por no aplicarse la totalización a las prestaciones de prejubilación, los períodos cotizados en el extranjero. El tribunal de apelación observa que si la “pensión transitoria” se calificara como prestación de vejez sería aplicable la totalización regulada en el artículo 6 del Reglamento 883/2004, planteando al TJUE las cuestiones prejudiciales siguientes:

1. Si puede una autoridad nacional o un órgano jurisdiccional nacional revisar la clasificación de determinada prestación, en la declaración realizada por el Estado miembro con arreglo al art. 9 Reg. 883/2004, en alguna de las ramas de seguridad social enumeradas en el art. 3 de dicho Reglamento.
2. Si la “pensión transitoria” es una prestación de vejez en el sentido del art. 3.1.d) Reg. 883/2004.

Respecto a la primera cuestión, el TJUE parte de que los Estados miembros tienen la obligación de declarar las legislaciones y los regímenes relativos a prestaciones de seguridad social comprendidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento, de manera que todo Estado miembro debe efectuar un examen diligente de sus regímenes de seguridad social y, si procede, declarar que están comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento. Ello crea una presunción de que las legislaciones nacionales declaradas conforme al artículo 9.1 del Reglamento 883/2004 están comprendidas en el ámbito de aplicación material de dicho Reglamento y vinculan, en principio, a los demás Estados miembros; por el contrario, el hecho de que no se haya mencionado una ley o norma nacional en la declaración no basta por sí solo para afirmar que dicha ley o norma no está incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento.

Ahora bien, el TJUE afirma que la clasificación de las prestaciones efectuada en la declaración no puede tener carácter definitivo, pues quedaría gravemente comprometido el objetivo principal del Reglamento 883/2004 de garantizar la coordinación de los sistemas de seguridad social en el marco de la libre circulación de los trabajadores si se permitiera a cada Estado miembro, excluyendo o, incluyendo prestaciones en la declaración, determinar discrecionalmente el ámbito de aplicación de dicho Reglamento. Por ello el TJUE entiende que la clasificación de tal prestación la puede realizar el órgano jurisdiccional nacional de manera autónoma y en función de los elementos constitutivos de la prestación controvertida planteando, en su caso, una cuestión prejudicial.

Respecto a la naturaleza de la “pensión transitoria”, el TJUE recuerda que las prestaciones de seguridad social deben considerarse de la misma naturaleza, al margen de las características propias de las legislaciones nacionales, cuando su objeto, su finalidad, su base de cálculo y sus requisitos de concesión sean idénticos, no atendiéndose

a las características meramente formales. El TJUE observa que las prestaciones de vejez se caracterizan por estar destinadas a asegurar medios de subsistencia a las personas que, una vez alcanzada determinada edad, dejan de trabajar y no están obligadas a ponerse a disposición del servicio de empleo, mientras que las prestaciones de prejubilación, pese a presentar similitudes con las de vejez, persiguen un objetivo relacionado con la política de empleo, contribuyendo a dejar libres puestos ocupados por trabajadores que se acercan a la edad de jubilación en beneficio de desempleados más jóvenes. De ello se deduce que las prestaciones de prejubilación están más bien vinculadas al contexto de crisis económica, de reconversión, de despidos y de racionalización.

El TJUE afirma que la “pensión transitoria” se reconoce a los trabajadores que ya no pueden desempeñar trabajos de naturaleza especial como consecuencia del declive psíquico y físico debido a la edad avanzada, no estando vinculada a la situación del mercado laboral en un contexto de crisis económica ni a la capacidad económica de la empresa en reconversión. Dado que la normativa nacional se refiere expresamente al proceso de envejecimiento de los trabajadores y no hace mención al objetivo de dejar libres puestos de trabajo en beneficio de personas más jóvenes, se concluye que la prestación controvertida presenta mayor vínculo con las prestaciones de vejez, debiendo considerarse una “prestación de vejez” en el sentido del artículo 3.1.d) del Reglamento 883/2004.

IV. INCIDENCIA EN ESPAÑA DE LA NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE PRESTACIONES DE PREJUBILACIÓN

73

Debemos plantearnos, por último, los efectos que la entrada en vigor del Reglamento 883/2004 puede tener para los trabajadores titulares en España de prestaciones de prejubilación. En este sentido han de distinguirse las ayudas legales a la jubilación de las prestaciones por prejubilación acordadas en convenios colectivos.

Conviene dejar constancia, con carácter previo, de que las prestaciones de desempleo³⁰ y, en su caso, del acceso anticipado a la pensión de jubilación³¹, situaciones incluidas en la acción protectora de la Seguridad Social, lógicamente, no constituyen prestaciones de prejubilación.

A. Ayudas legales a la jubilación

En España han existido desde hace largo tiempo distintas ayudas públicas que tenían por objeto el que los trabajadores afectados por procesos de reestructuración

30. Incluido el subsidio para mayores de 52 años regulado en el artículo 274.4 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, que, aunque se denomina en ocasiones como “subsidio de prejubilación”, no deja de ser una prestación de desempleo.

31. Ya sea la jubilación anticipada a los 60 años por tener la condición de mutualista el 01.01.1967 (disposición transitoria 4ª Ley General de la Seguridad Social) o los supuestos de jubilación anticipada regulados en los artículos 206 a 208 Ley General de la Seguridad Social, puesto que, en tales casos se trata de verdaderas pensiones de jubilación, o “prestaciones anticipadas de vejez” en la terminología del artículo 1.w) del Reglamento 883/2004.

empresarial pudieran mantener determinado nivel de rentas hasta el momento en que pudieran acceder a la jubilación. Así, el Real Decreto-ley 9/1981, de 5 de junio, de medidas para la reconversión industrial, ya preveía ayudas equivalentes a la jubilación del sistema de Seguridad Social, cuya financiación se llevaría a cabo por las Empresas del sector y por la Administración; la Orden del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social de 16 junio de 1981 regulaba, por su parte, ayudas por jubilaciones anticipadas para trabajadores de Empresas no sujetas a planes de reconversión. Medidas similares se regulan en la Ley 21/1982, de 9 de junio, de medidas de reconversión industrial. Posteriormente, la Ley 27/1984, de 26 de julio, de Reconversión Industrial, prevé en su artículo 23 el reconocimiento de ayudas equivalentes a la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social a aquellos trabajadores con 60 o más años de edad que, como consecuencia de la reconversión cesen en sus empresas antes de alcanzar la edad fijada para la jubilación con plenos derechos en el régimen de la Seguridad Social de encuadramiento; dicho precepto fue desarrollado por el Real Decreto 1990/1984, de 17 de octubre.

Con posterioridad, la Orden de 5 de octubre de 1994, sobre ayudas previas a la jubilación ordinaria en el Sistema de la Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas, estableció determinadas subvenciones para facilitar una cobertura económica a los trabajadores afectados por los procesos de extinción de relaciones de trabajo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, hasta tanto se alcanzara la situación de jubilación, en su modalidad contributiva en el Sistema de la Seguridad Social; dicha Orden fue derogada por el Real Decreto 3/2014, de 10 de enero, que establece las normas especiales para la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas, que contiene el régimen legal vigente sobre la materia. Esta norma regula, como indica su artículo 1, subvenciones denominadas ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas, cuyo fin es facilitar una cobertura económica a estos trabajadores, hasta tanto se alcance la situación de jubilación en su modalidad contributiva en el Sistema de la Seguridad Social. Conforme al artículo 2.1, las ayudas están destinadas a facilitar una cobertura económica a trabajadores cercanos a la edad de jubilación para atender situaciones de urgencia y necesidad socio-laboral, que permitan paliar las consecuencias sociales derivadas de los procesos de reestructuración de empresas que pudieran conllevar el cese total o parcial de la actividad de las mismas o contribuyan al mantenimiento del empleo, pudiendo ser beneficiarios de las mismas (art. 3) los trabajadores despedidos de acuerdo con los artículos 51 y 52.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que cumplan determinados requisitos. La cuantía inicial de la ayuda será el 75% del resultado de dividir entre siete la suma de las bases de cotización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluidas las horas extraordinarias, correspondientes a los seis meses anteriores a la fecha de efectividad de la ayuda, sin que en ningún caso puedan superar a la pensión máxima establecida en el Régimen General de la Seguridad Social para el año en que

tenga lugar dicha efectividad. La ayuda sólo podrá percibirse, con participación de las Administraciones Públicas, hasta un máximo de cuatro años. La financiación de estas ayudas, según dispone el artículo 12, corresponde en un 60% a las empresas solicitantes y el 40% restante irá con cargo al programa correspondiente de los Presupuestos Generales del Estado o de la Comunidad Autónoma cuando haya recibido el traspaso de servicios en esta materia, pudiendo superar la participación de la empresa dicho porcentaje si existe previa conformidad de la misma. Por otro lado (al igual que ocurría con las ayudas anteriormente referidas), no se supedita la concesión de estas ayudas al requisito de estar a disposición de los servicios de empleo.

Estas ayudas son gestionadas por las Comunidades Autónomas a las que les han sido traspasados las correspondientes funciones y servicios en materia de ejecución de la legislación laboral, en los supuestos previstos en el artículo 10 del Real Decreto 3/2014.

Pues bien, examinando el contenido de las referidas ayudas, parece que puede concluirse que encajan en el concepto de prestaciones de prejubilación establecido en el artículo 1.x) del Reglamento 883/2004, en cuanto que se trata de prestaciones en metálico, son distintas de las prestaciones de desempleo y de las prestaciones anticipadas de vejez, se conceden a partir de una edad determinada a trabajadores que han cesado en sus actividades profesionales hasta la edad en que puedan acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada, y su disfrute no está supeditado a la condición de estar a disposición de los servicios de empleo. Por otro lado, están reguladas por una norma reglamentaria, que está, por tanto, incluida en la legislación a que se refiere el artículo 1.l) del Reglamento 883/2004. Por consiguiente, estas ayudas están sujetas a las normas comunitarias de coordinación.

Por las mismas razones, ha de entenderse que también quedan sujetas a los Reglamentos de coordinación las ayudas destinadas a fomentar el cese anticipado en la actividad agraria, reguladas por el Real Decreto 5/2001, de 12 de enero. Estas ayudas se dirigen a los cedentes o cesionistas y los trabajadores de las explotaciones cuyos titulares cesen en la actividad agraria, en ambos casos que hayan cumplido 55 años de edad, sin haber cumplido los 65 en el momento del cese, que hayan ejercido la actividad agraria durante los diez años anteriores al cese y hayan cotizado a cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social un período previo tal que les permita completar, al cumplir los 65, al menos 15 de cotización; en ambos casos la ayuda consiste en una indemnización con carácter anual, y para su percepción no se exige quedar a disposición de los servicios de empleo.

En consecuencia, parece que sería de aplicación a los titulares de las ayudas indicadas, cuando entre en juego algún elemento comunitario, el régimen de coordinación anteriormente expuesto en cuanto a exportación de la prestación, disfrute de prestaciones de enfermedad y de prestaciones familiares, unidad de legislación y aplicación de normas nacionales anticúmulo, ya con seguridad jurídica y sin tener que depender al respecto de lo previsto en las legislaciones nacionales implicadas o en prácticas informales de las instituciones competentes.

B. Prestaciones previstas en convenio colectivo

En el caso de las prestaciones pactadas en convenio colectivo en el marco de la seguridad social complementaria, prestaciones que pueden consistir en el abono de una indemnización o de una cantidad periódica en caso de jubilación anticipada, dichas mejoras puramente convencionales, aunque pudieran calificarse como prestaciones de prejubilación, no entrarían en el campo de aplicación del Reglamento 883/2004. En relación con estas prestaciones complementarias, que una vez establecidas suponen para la empresa la asunción de un compromiso por pensiones, la Disposición adicional primera de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre (LPFP), establece la obligación de que los compromisos por pensiones asumidos por las empresas se instrumenten mediante contratos de seguro, incluidos los planes de previsión social empresariales y los seguros colectivos de dependencia, a través de la formalización de un plan de pensiones o varios de estos instrumentos³², entendiéndose por compromisos de pensiones los derivados de las obligaciones legales o contractuales del empresario vinculadas a las contingencias establecidas en el artículo 8.6 LPFP. Entre las contingencias incluidas se encuentra la de jubilación, estableciéndose en el citado artículo 8.6.a) de la LPFP dos posibilidades de percepción de las prestaciones correspondientes³³. La primera de ellas se contiene en el último inciso del párrafo 2º del artículo 8.6.a) LPFP, que dispone que “podrá anticiparse la percepción de la prestación correspondiente a partir de los sesenta años de edad, en los términos que se establezcan reglamentariamente”.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 8.1 del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, que aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones (RPFP), dispone que:

“Si las especificaciones del plan de pensiones lo prevén, podrá anticiparse la percepción de la prestación correspondiente a jubilación a partir de los 60 años de edad. A tal efecto, será preciso que concurren en el partícipe las siguientes circunstancias:

- a) Que haya cesado en toda actividad determinante del alta en la Seguridad Social, sin perjuicio de que, en su caso, continúe asimilado al alta en algún régimen de la Seguridad Social.
- b) Que en el momento de solicitar la disposición anticipada no reúna todavía los requisitos para la obtención de la prestación de jubilación en el régimen de la Seguridad Social correspondiente”.

32. Obligación que deriva de la Directiva 2008/94/CE (que deroga la anterior Directiva 80/987/CEE), relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, y de la Directiva 98/49/CE, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad.

33. Fernández Bernat, J. A.: *Los Planes de Pensiones del Sistema de Empleo*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 688.

Esta posibilidad puede ser utilizada, cuando así se haya previsto en las especificaciones del plan, en los supuestos de trabajadores que hubieran visto extinguida su relación laboral con el promotor del plan como consecuencia de su inclusión en programas de adecuación de plantilla o de desvinculación definitiva acordados en la negociación colectiva³⁴.

La otra posibilidad se contiene en el párrafo 3º del artículo 8.6.a) LPFP, que establece que:

“Los planes de pensiones podrán prever el pago de la prestación correspondiente a la jubilación en caso de que el partícipe, cualquiera que sea su edad, extinga su relación laboral y pase a situación legal de desempleo en los casos contemplados en los artículos 49.1.g) [muerte, jubilación o incapacidad del empresario persona física o extinción de la personalidad jurídica del empresario persona jurídica], 51 [despido colectivo], 52 [extinción por causas objetivas] y 57.bis [actual artículo 57, procedimiento concursal] del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.

En este supuesto, como se aprecia, no se exige ningún requisito de edad. El RPPF dispone al respecto (art. 8.2) que:

“Las especificaciones de los planes de pensiones también podrán prever el pago anticipado de la prestación correspondiente a la jubilación en caso de que el partícipe, cualquiera que sea su edad, extinga su relación laboral y pase a situación legal de desempleo en los casos contemplados en los artículos 49.1.g), 51, 52, y 57 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre”.

Comparando estas posibilidades de percepción anticipada con el concepto de prestación de prejubilación que se describe en el Reglamento 883/2004, en principio cabría sostener que ambas encajarían dentro de dicho concepto. En los dos casos se trata de prestaciones en metálico, distintas de prestaciones legales de desempleo y de vejez, concedidas al trabajador que ha cesado su actividad profesional. Y, en cuanto el trabajador no reúne todavía los requisitos para acceder a la jubilación de la Seguridad Social, o se sitúa en situación legal de desempleo, tales prestaciones vienen a constituir un puente hasta la edad en que puede acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada, y su disfrute no está supeditado a la condición de estar a disposición de los servicios de empleo (supuesto en el que se trataría de una prestación de desempleo); en la segunda modalidad citada se exige quedar en situación legal de desempleo, no que necesariamente haya de estarse a continuación a disposición de los servicios de empleo.

Ahora bien, para que tales prestaciones entraran dentro del ámbito de aplicación de la coordinación de seguridad social tendrían que venir reguladas por una norma que tuviera el carácter de “legislación” en los términos previstos en el Reglamento

34. Fernández Bernat, J. A.: *Los Planes de Pensiones del Sistema de Empleo*, ob. cit., p. 689.

883/2004. En relación con las disposiciones convencionales, como se vio, el artículo 1.1) del Reglamento 883/2004 no las considera legislación, a menos que a) sirvan para establecer una obligación de seguro derivada de leyes o reglamentos que afecten a ramas de seguridad social, o b) por decisión de los poderes públicos se hayan vuelto obligatorias, o hayan visto ampliado su campo de aplicación, mediando declaración del Estado miembro en tal sentido.

Respecto a la circunstancia expresada en a), habría que partir de que, en nuestro ordenamiento, y conforme al artículo 41 de la Constitución, las prestaciones complementarias serán libres, de manera que su establecimiento no puede venir impuesto por una norma legal o reglamentaria. En consecuencia, las normas convencionales no vendrían a imponer obligación alguna derivada de norma legal o reglamentaria. En cuanto a la circunstancia expresada en b), cabría señalar, con respecto a la obligatoriedad, que el hecho de que el compromiso por pensiones, conforme a lo previsto en la LPFP, deba externalizarse no supone que se convierta en obligatorio el establecimiento del compromiso. Una cosa es que, como garantía de los derechos de los trabajadores, y para evitar que las mejoras pactadas queden a merced de la situación financiera y patrimonial de la empresa, se prevea que tales compromisos deban ser objeto de una gestión externa, y otra muy distinta que sea obligatorio el establecimiento de la mejora que da lugar al compromiso, algo que, como se dijo, resultaría contrario al principio constitucional de libertad de las prestaciones complementarias. Lo mismo cabe decir del hecho de que, una vez establecidas, las mejoras se conviertan en obligatorias para el empresario, pues ello no es sino una demostración de la eficacia vinculante de un pacto cuya constitución fue resultado de la libre voluntad de las partes negociadoras, no de imposición legal alguna.

De esta manera, la única vía que quedaría para que las prestaciones de que venimos hablando pudieran entrar en el ámbito de la coordinación comunitaria, sería la de la declaración del Estado, previa ampliación del campo de aplicación de las disposiciones convencionales que las establecen. No existiendo ésta, las prestaciones de prejubilación pactadas entre empresarios y trabajadores mediante convenio colectivo no estarían incluidas en el campo de aplicación de los Reglamentos comunitarios de coordinación.

Bibliografía

- Fernández Bernat, J. A.: *Los Planes de Pensiones del Sistema de Empleo*, Aranzadi, Navarra, 2007.
- García de Cortázar y Nebreda, C.: "Las Nuevas Propuestas de la Comisión para modificar el Reglamento 1408/71. Prestaciones de Desempleo y de Prejubilación", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 157, 1998.
- López Cumbre, L.: *La Prejubilación*, Civitas. Madrid, 1998.
- Llorente Álvarez, A.: "Aproximación a la delimitación del campo de aplicación material de los Reglamentos Comunitarios de Coordinación en materia de Seguridad Social: principales novedades del Reglamento 883/2004", *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. extraordinario, 2009.
- Raepenbusch, S.: *La Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes en el derecho europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.



La coordinación de las prestaciones de asistencia personal en el Derecho de la Unión Europea

THE COORDINATION OF PERSONAL ASSISTANCE BENEFITS IN EU LEGISLATION

Fernando M. Jimeno Jiménez

Coordinador de la Unidad de Dependencia del IMSERSO en Ceuta
Profesor Tutor

Universidad Nacional de Educación a Distancia (sede de Ceuta)

fernandom.jimeno@gmail.com  0000-0003-0623-779X

Recibido: 11.04.2021 | Aceptado: 04.06.2021

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la prestación económica de asistencia personal derivada de situación de dependencia, en relación con la aplicación de los derechos de libre circulación y residencia previstos en la normativa de la UE. Como objetivo central se examina la posible inclusión en el Reglamento 883/04, de coordinación de sistemas de Seguridad Social en la UE. La jurisprudencia del TJUE ha sido protagonista en la determinación de las reglas aplicables en materia de totalización de periodos de residencia y aseguramiento (reconocimiento, conservación y recuperación), así como en la supresión del requisito de residencia (principio de exportación).

ABSTRACT

This paper analyzes the economic benefits of personal assistance derived from the perspective of dependency, taking into account the right to freedom of movement and EU residence regulations. The main objective of the paper is to examine the possible inclusion of Social Security systems in EU Regulation 883/04. CJEU jurisprudence plays a leading role in determining applicable rules governing total residence requirements and Social Security (recognition, maintenance and recovery), as well as the waiving of the residence requirements.

PALABRAS CLAVE

Prestación económica de asistencia personal
Situación de dependencia
Coordinación europea de Seguridad Social

KEYWORDS

Economic benefit of personal assistance
Situation of dependency
European Social Security coordination

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. COMPETENCIA NACIONAL Y COORDINACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
- III. NATURALEZA Y REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA PERSONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL
 - A. Naturaleza y diferenciación respecto de figuras próximas
 - B. Regulación en el derecho español
- IV. LAS PRESTACIONES ESPAÑOLAS DE DEPENDENCIA Y LA COORDINACIÓN EUROPEA
 - A. La incidencia de la sentencia del tjue en el asunto c-160/96 (caso Molenaar)
 - B. Totalización de periodos y supresión del requisito de residencia de las prestaciones de dependencia
- V. LA POSICIÓN DEL TJUE EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA PERSONAL
 - A. La sentencia en el asunto C-433/13 (Comisión / República Eslovaca)
 - B. La sentencia en el asunto C-679/16 (cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Finlandia)
- VI. LA PROPUESTA DE REFORMA DEL REGLAMENTO 883/04
- VII. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La exposición de motivos de la ley 39/06¹ (LAPAD) configura “un nuevo desarrollo de los servicios sociales”, en torno a la promoción y atención de las personas en situación de dependencia. La innovación que aporta el modelo español es palpable en diversas iniciativas², siendo una de las más significativas la regulación de la figura del asistente personal.

El artículo 19 de la LAPAD permite asignar una prestación económica dirigida a la contratación de un servicio de asistencia personal (durante varias horas) que promueva una vida más autónoma de la persona en situación de dependencia. ¿Con qué finalidad? El objetivo de su concesión permite facilitar y fomentar el acceso al trabajo y la educación, así como el desenvolvimiento de las actividades básicas de la vida diaria (ocio y tiempo libre, así como otras actuaciones de desarrollo de la personalidad).

Se debe relacionar esta regulación con el contenido del artículo 19 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad³ (2006), donde las partes

1. Ley de promoción de la autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia, ley 39/2006, de 14 de diciembre, publicada en el BOE de 15 de diciembre de 2006, núm. 299.

2. La generación de un derecho subjetivo de ciudadanía, la aportación del programa individual de atención como instrumento racional de asignación de prestaciones, la preferente asignación de un servicio profesional, la cooperación autonómica y estatal, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, alta en Seguridad Social en virtud de convenio especial para cuidadores familiares, la acreditación administrativa de centros y servicios destinados a mantener niveles de calidad, la formación o cualificación de los cuidadores, entre otras, son posibilidades que ofrece el modelo de dependencia español.

3. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York con fecha 13 de diciembre de 2006, Instrumento de ratificación publicado en el BOE de 21 de abril de 2008, núm. 96.

asumen el derecho a la vida independiente, en condiciones de igualdad, con inclusión en comunidad y evitando el aislamiento. Para la consecución de este objetivo se reconoce, entre otras posibilidades, el acceso a la asistencia personal⁴. En el Preámbulo de la Convención se reconoce la importancia que supone para las personas con discapacidad actuar conforme a su autonomía e independencia individual, así como la libertad en la toma de sus propias decisiones. En el reconocimiento de la asistencia personal ha contribuido especialmente el Movimiento de vida Independiente⁵.

Puede comprobarse que el objetivo de la asistencia personal es muy concreto, localizándose en el impulso de una vida lo más autónoma posible de la persona en situación de dependencia, a diferencia de otras prestaciones destinadas a la atención en materia de cuidados de larga duración. Esta distinción, promoción de la autonomía versus prestación de atenciones, deviene fundamental para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), tal como se expondrá en el momento de analizar la posible aplicación del reglamento comunitario en materia de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

¿En qué medida puede afectar el Derecho de la Unión Europea a la regulación de la prestación de asistencia personal? El Tratado de Funcionamiento de la UE⁶ (TFUE) permite la libertad de circulación y residencia de personas. Siguiendo a la Profesora Sánchez-Rodas Navarro⁷ se habilitan dos posibilidades en su articulado. La primera, referida a trabajadores por cuenta ajena (artículo 45 del TFUE); la segunda, prevista para los ciudadanos de los Estados miembros. (artículo 21.1 del TFUE). En este sentido, se habilita al Parlamento Europeo junto al Consejo para que puedan actuar y alcanzar la finalidad comunitaria (artículos 48 y 352 del TFUE), reglamentando la coordinación en materia de Seguridad Social. Fruto de esta habilitación normativa es la aprobación del Reglamento 883/2004 de coordinación comunitaria de regímenes de Seguridad Social⁸.

De manera práctica, se puede analizar la trascendencia de la asistencia personal desde una doble perspectiva. Por un lado, España es destino de ciudadanos procedentes de Europa, con especial incidencia en determinadas Comunidades Autónomas (Andalucía, Cataluña, Baleares, Canarias, Madrid, Murcia y Valencia)⁹. Por otro, los responsables autonómicos y nacionales manifiestan interés en el desarrollo de esta prestación, siendo previsible mayor número de reconocimientos en el futuro más cercano.

4. El artículo 19 de la convención establece como posibilidades de vida independiente, además de la asistencia personal, la domiciliaria, la residencial, al margen de otros servicios de apoyo comunitario.

5. Carbonell Aparici, G. J.: "El asistente personal para una vida independiente: una figura en construcción", *Revista de Derecho UNED*, núm. 21, 2017, pp. 1878-216.

6. Publicado en el DOUE el 30 de marzo de 2010.

7. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusula de residencia", *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, pp. 395-417.

8. Reglamento CE 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, DOUE L 166, de 30 de abril de 2004. Ha sido modificado por el por el Reglamento 988/2009, de 16 de septiembre de 2009 (DOUE de 30 de octubre de 2009, L 284/43) y el 1231/2010, de 24 de noviembre de 2010 (DOUE de 29 de diciembre de 2010, L 344/1).

9. Durán Muñoz, R.: "Atractivo de España para los jubilados europeos: del turismo a la gerontoinmigración", *Panorama Social*, núm. 16, 2012, pp. 151-165.

En las próximas páginas se pretende examinar el desarrollo normativo español de la mencionada prestación de asistencia personal, analizando si su contenido queda enmarcado dentro del Reglamento 883/2004 de coordinación comunitaria. Ha sido fundamental la aportación del TJUE para clarificar su naturaleza jurídica y matizar las circunstancias que condicionan su contenido, especialmente tras su reciente jurisprudencia.

II. COMPETENCIA NACIONAL Y COORDINACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Es competencia de cada Estado la regulación y determinación de los requisitos exigibles en el acceso a sus prestaciones (sentencia del TJUE en asunto C-430/2015¹⁰). No es materia asumida por la UE y, por tanto, existe libertad en la configuración del sistema de protección nacional. No obstante, se pueden establecer dos limitaciones en la configuración. Por una parte, se deben respetar las disposiciones que incidan en competencias transferidas a la UE, derecho propio comunitario, con especial incidencia en el ámbito que nos ocupa de las disposiciones comunitarias sobre libre circulación y residencia (sentencia del TJUE en el asunto C-562/10¹¹). Por otra, es posible que la normativa nacional puede establecer exigencias específicas (por ejemplo, de residencia), siempre que tengan razón en función de circunstancias objetivas, al margen de la nacionalidad del potencial adquirente y en lógica consecuencia con las metas estatales de cada autoridad nacional (sentencia del TJUE en el asunto C-138/02¹²).

Una vez determinada la competencia nacional en el desarrollo normativo, dado que no se ha producido transferencia al ámbito comunitario europeo, siempre con las limitaciones referidas en el párrafo anterior, es preciso determinar el papel que asume el Derecho de la UE. La función del Reglamento 883/04 es facilitar y alcanzar la coordinación en la aplicación al supuesto concreto, estableciendo reglas que garanticen los principios de eficacia y suficiencia comunitaria (art. 45), en relación con los de actuación subsidiaria y proporcionalidad.

El Reglamento 883/04 es un instrumento que defiende la igualdad de trato y la libre circulación/residencia de personas. Permite aplicar una sola norma estatal, de conformidad con las reglas de determinación (arts. 11 a 16 del Reglamento 883/04). Una vez incluida la prestación objeto de controversia en su ámbito de aplicación, se dispone la legislación nacional susceptible de aplicación de acuerdo con las reglas fijadas en el título II del Reglamento (sentencia del TJUE en asunto C-266/2013¹³). Por

10. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 01 de febrero de 2017, C-430/2015, Tolley y Secretary of State for Work and Pensions.

11. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 12 de julio de 2012, C-562/2010, Comisión Europea contra la República Federal de Alemania.

12. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 23 de marzo de 2004, C-138/02, B. F. Collins y *Secretary of State for Work and Pensions*.

13. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 19 de marzo de 2015, C-266/2013, L. Kik y *Staatssecretaris van Financiën*.

tanto, la competencia es exclusiva de cada estado y el reglamento determina la legislación que debe regir ante la ausencia de armonización.

Llegados a este momento cabe preguntarse si las prestaciones del sistema de dependencia español se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 y, de manera especial, la asistencia personal. En el supuesto de no inclusión en este marco de referencia, qué reglas se aplicarían en los supuestos de libre circulación y residencia. Antes de responder a estas cuestiones, es preciso analizar la naturaleza y la regulación española de la prestación de asistencia personal.

III. NATURALEZA Y REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA PERSONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

La LAPAD establece tres prestaciones económicas, diferenciadas en función de su especial naturaleza. Por un lado, la vinculada al servicio (artículo 17 LAPAD) es reconocida ante la ausencia de servicio público en el catálogo¹⁴, facilitando su acceso al mercado de manera provisional, hasta tanto se provea programa público o concertado. Por otro, la esencia de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, desarrollada en el artículo 18 de la LAPAD, radica en las atenciones que se efectúan en el entorno familiar, fundamentalmente personales. Finalmente, la prestación de asistencia personal (artículo 19 LAPAD) nace con la finalidad de facilitar la vida autónoma del beneficiario en el desarrollo de actividades básicas (especialmente trabajo, educación y ocio), primando la integración y desarrollo de la personalidad en la vida comunitaria.

A. Naturaleza y diferenciación respecto de figuras próximas

Es determinante el deslinde de la prestación de asistencia personal respecto de la referida a cuidados familiares o el servicio de ayuda a domicilio. La asistencia personal tiene como misión facilitar el desarrollo de una vida autónoma y la incorporación activa en la comunidad. La segunda, la excepcional prestación de cuidados familiares (persona del entorno, en su caso), se asienta en la atención informal (no profesional) prestada en el domicilio de convivencia. En este sentido, un rasgo característico de la prestación de asistencia personal (coincidiendo con la vinculada al servicio) es su mayor importe mensual, superior al de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales¹⁵, ante la necesidad de contratar durante jornada determinada a la persona que vaya a ejercer de asistente.

14. A modo de ejemplo, encontrarse en lista de espera en servicio residencial y utilizar la prestación vinculada para financiar parte del coste de plaza privada.

15. Los importes máximos actuales en la prestación de asistencia personal, vigentes desde 2012: Grado III, 715,07 €; el grado II, 426,12 € y el grado I, 300,00 €, descontándose los complementos de análoga, naturaleza y finalidad. Cantidad referida a doce mensualidades anuales. El importe de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, grado III un máximo de 387,64 €; el grado II hasta 268,79 € y el grado I con límite en 153,00 €.

De igual modo, debe diferenciarse la asistencia personal del servicio de ayuda a domicilio. La prestación domiciliaria es realizada por una entidad externa debidamente acreditada, destinada a realizar atenciones en la vivienda de la persona en situación de dependencia (art. 23 LAPAD), de modo que continúe permaneciendo en la misma. La finalidad de este programa se dirige a efectuar cuidados personales y, en su caso, actuaciones domésticas o de hogar.

¿Puede considerarse la asistencia personal prestación en metálico? ¿En especie? En páginas anteriores se ha indicado que su objetivo era promover la autonomía personal por medio de la contratación de la persona de apoyo, por tanto, el destino de la prestación es finalista y debe asimilarse a un servicio indirecto¹⁶, encuadramiento asumido por el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia¹⁷ (2014), ya que la consideración propia en metálico parece reservada en exclusiva a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales.

B. Regulación en el derecho español

El desarrollo normativo de la prestación económica de asistencia personal es competencia de las Comunidades Autónomas (o Administración Pública competente¹⁸), estableciéndose determinadas reglas homogeneizadoras en la LAPAD y su reglamento de prestaciones. De igual forma, el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, órgano colegiado de cooperación de la Administración General del Estado (AGE) con las Comunidades Autónomas (CC. AA.), ha aprobado propuestas de actuación, aunque con contenido limitado. No obstante lo anterior, existe una demanda en el movimiento asociativo¹⁹²⁰ dirigida a la regulación nacional de la figura del asistente personal, con especial incidencia en el Régimen de Seguridad Social aplicable.

Un aspecto relevante que afecta a todas las prestaciones económicas, incluidas las de asistencia personal, es la aplicación del artículo 31 LAPAD, la deducción sobre el importe inicial de las prestaciones reconocidas de idéntica naturaleza y finalidad que reconozca cualquier régimen público de protección social. Aunque pueda tratarse de una lista abierta, se enumeran por su concesión frecuente los complementos de

16. Los servicios de ayuda a domicilio, centro de día o residencial podrían considerarse directos y las prestaciones finalistas (vinculada al servicio o de asistencia personal) servicios indirectos.

17. Resolución de 31 de julio de 2014 de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad donde se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de 16 de julio de 2014 (criterios para determinar el contenido del servicio de promoción de la autonomía), BOE de 14 de agosto de 2014, núm. 197.

18. La Administración del Estado, por medio del IMSERSO es competente en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

19. Foro de vida independiente y diversidad: *La asistencia personal. Características y acciones a tomar para su implantación*, 2015, en <http://forovidaindependiente.org/>.

20. Fariñas, C.: "El asistente personal, figura clave en la autonomía de la persona con dependencia", *Revista autonomía personal*, núm. 22, 2018, pp. 56-61.

(1) gran invalidez, de (2) asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 y con al menos un 75% de discapacidad, (3) de tercera persona en las pensiones no contributivas de invalidez y (4) el subsidio por el mismo concepto establecido en la LISMI (Ley 13/1982). Es una regla esencial destinada a evitar una posible doble financiación en la protección²¹.

El artículo 19 LAPAD define el objetivo pretendido con la figura del asistente personal (promover el logro de una vida más autónoma) y su posible aplicación a cualquier persona en situación de dependencia, sea cual fuera su grado reconocido, delegando la definición de los requisitos y condiciones de acceso en el Consejo Territorial de Dependencia. La asignación de la prestación debe estar reconocida en el programa individual de atención (art. 29 LAPAD), en tanto que instrumento racional de medida de intervención adecuada²². Dado el carácter finalista de la prestación económica, la contratación efectiva directa o indirecta (vía empresa de servicios), está implícita la necesaria justificación documental de este destino.

En este sentido, el Real Decreto 1051/2013²³, regulador de las prestaciones del sistema de dependencia, determina en su artículo 11 que corresponde a cada Comunidad Autónoma (o Administración Pública competente) el desarrollo de las prestaciones económicas, entre ellas las de asistencia personal, teniendo en cuenta lo establecido por el Consejo Territorial antes mencionado. A diferencia del régimen general de compatibilidad (incompatibilidad entre prestaciones y respecto a otros servicios, exceptuados los de promoción, prevención y teleasistencia), el artículo 16.3 del Reglamento posibilita que cada Administración Pública competente pueda establecer un régimen especial de compatibilidad.

Por tanto, del contenido de la LAPAD y su reglamento de prestaciones, la competencia normativa para regular los requisitos de la asistencia personal es propia de las Comunidades Autónomas (salvo la Administración del Estado en Ceuta y Melilla), aunque bajo la reserva de derecho estatal en los siguientes contenidos: (1) su aplicabilidad a los tres grados de dependencia (gran dependencia, dependencias severa y moderada), (2) la configuración como programa de promoción de la autonomía, cuyo objeto es (3) facilitar la libre elección de contratación mercantil (empresa de servicios) o laboral del asistente. (4) La cantidad máxima susceptible de reconocer, fijada por la AGE²⁴, (5) siendo deducibles de este importe las prestaciones de idéntica naturaleza y finalidad. (6) Se admite la posibilidad de un régimen especial de compatibilidad por

21. Jimeno Jiménez, F.: "El impacto en las prestaciones económicas del sistema de dependencia español de los complementos deducibles de idéntica naturaleza y finalidad", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. III, núm. 1, 2018, pp. 202-214.

22. Jimeno Jiménez, F. y Martín Segura, J. A.: "Condicionantes normativos en la asignación del programa individual de atención destinado a personas en situación de dependencia", *Revista de Derecho Social*, núm. 83, 2017, pp. 75-88.

23. Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre de 2013, por el que se regulan las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia establecidas en la ley 39/2006, publicado en el BOE de 31 de diciembre de 2013, núm. 313.

24. Los importes máximos permanecen sin modificar desde la aprobación del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad (BOE de 14 de julio de 2012, núm. 168).

cada entidad competente, todo ello, de conformidad con lo previsto en el (7) programa individual de atención. Dada su naturaleza finalista, debe (8) justificarse el destino del importe reconocido.

Antes de analizar los acuerdos aprobados por el Consejo Territorial donde se aborda la prestación de asistencia personal, es preciso comentar el contenido de la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2011²⁵, ya que considera que los acuerdos del Consejo Territorial solamente tienen capacidad de propuesta, una invitación homogeneizadora a las organizaciones competentes para cuando elaboren su normativa. Partiendo de esta premisa, en virtud de acuerdos del Consejo Territorial del sistema de dependencia, se determina la participación del beneficiario en el coste de la prestación económica²⁶ y la titulación mínima exigible al asistente personal²⁷ (cualificación profesional de atención Sociosanitaria a personas en domicilio, certificaciones de profesionalidad y otras posibilidades²⁸). Así pues, a los ocho contenidos anteriores, las CC. AA. (o Administración competente) podrían añadir las propuestas formuladas por el Consejo Territorial donde se determinan condiciones sobre (9) el régimen de participación en el coste de la prestación, así como (10) titulación mínima que deba poseer el asistente personal contratado.

La incorporación de la asistencia personal en el marco de la LAPAD ha sido entendida como una posibilidad de modernizar la política social, de facilitar recursos en dirección a la promoción de la autonomía²⁹. No obstante, la vigencia temporal demuestra que no está muy desarrollada en nuestro país aún. Solamente el 0,56% de los programas asignados por el sistema de dependencia español tienen como destino la prestación económica de asistencia personal³⁰, representando excepciones el País Vasco (7,06%) y, en menor medida, Castilla y León (0,97%), Comunidades autónomas que han contribuido a su aceptación. Posiblemente el menor conocimiento de la asistencia personal³¹ y la mayor difusión de la prestación para cuidados en el

25. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso, de 25/02/2011, tras recurso núm. 90/2009. Manifiesta que el ejercicio de la atribución del Consejo Territorial “no constituye mas que una propuesta dirigida a los órganos competentes, manifestando su criterio sobre el particular para que, en su caso, sea asumido en la forma reglamentaria que proceda.

26. La Resolución de 13/07/2012 de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad publica el acuerdo del Consejo Territorial de 10 de julio de 2012 (BOE del 03 de agosto de 2012, núm. 185).

27. La Resolución de 02/12/2008 de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la dependencia y la discapacidad publica el acuerdo del Consejo Territorial de 27 de noviembre de 2008, BOE del 17 de diciembre de 2008, núm. 303, modificada por el Acuerdo de 7 de octubre de 2015 (BOE del 16 de noviembre de 2015, núm. 274), el Acuerdo de 19 de octubre de 2017 (BOE del 30 de diciembre de 2017, núm. 317) y el Acuerdo de 23 de marzo de 2020 (BOE del 25 de marzo de 2020, núm. 82).

28. Se han previsto convocatorias públicas de habilitación provisional y excepcional, en función de ciertos requisitos recogidos en el Acuerdo del Consejo Territorial de 19 de octubre de 2017, así como durante la situación de pandemia derivada del COVID-19 en virtud del Acuerdo de 23 de marzo de 2020.

29. Rodríguez-Picavea Matilla, A.: “Reflexiones en torno a la figura del asistente personal para la vida independiente y la promoción de la autonomía de las personas con diversidad funcional (discapacidad)”, *Zerbitzuan*, núm. 41, 2007; pp. 115-127.

30. Información obtenida en página web IMSERSO (www.imserso.es), datos referidos a 28 de febrero de 2021.

31. Saavedra Gutiérrez, M.: “La figura del asistente personal en la ley 39/06, de promoción de la autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia: ¿realidad o quimera?”, *Aposta: Revista de Ciencias Sociales*, núm. 79, 2018, pp. 181-196.

entorno familiar han contribuido a su limitado desarrollo hasta la fecha. No obstante, en el ámbito de la UE varios Estados Miembros acreditan programas y experiencias de asistencia personal de manera más intensa³².

IV. LAS PRESTACIONES ESPAÑOLAS DE DEPENDENCIA Y LA COORDINACIÓN EUROPEA

Se ha analizado en las páginas anteriores que cada Estado Miembro de la UE asume la competencia en materia de promoción de la autonomía y atención ante la situación de dependencia. Sin embargo, el Derecho de la Unión es responsable de la coordinación comunitaria, fundamentalmente en el ejercicio del derecho a libre circulación y residencia en territorio comunitario, estableciendo reglas aplicables a cuestiones sobre cómputo de periodos y supresión de cláusulas de residencia (principio de exportación de prestaciones).

¿Por qué es necesaria la coordinación a nivel europeo? No solo es consecuencia del principio de libertad de circulación y residencia, sino de la diferente filosofía de los modelos de cuidados de larga duración (universal, Seguridad Social y asistencial)³³ y su manifestación en el Derecho Nacional, con requisitos y condiciones de reconocimiento e importes monetarios dispares en función de cada territorio.

¿Qué instrumentos jurídicos utiliza la UE para dar respuesta a las situaciones de conflicto que puedan producirse? Por un lado, la aprobación del Reglamento 883/2004³⁴ antes mencionado; por otro, con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE ante cuestiones de interpretación y aplicación.

El Reglamento 883/2004 sobre coordinación comunitaria de sistemas de Seguridad Social³⁵, vigente a parte de 01 de mayo de 2010, es aplicable a todos los nacionales de los Estados Miembros, sin distinguir que sean o no trabajadores³⁶, tal como considera su ámbito personal (artículo 2.1). Sin embargo, en su artículo 3, al determinar el ámbito de aplicación material, no incluye expresamente el riesgo derivado de la situación de dependencia, opinando García de Cortázar y Nebreda³⁷ que la falta de inserción fue debida en aquel momento a la oposición del Reino Unido (junto a Suecia y Finlandia).

32. Observatorio Estatal de la Discapacidad: *Medición comparativa del impacto socioeconómico y presupuestario de la asistencia personal frente a otras prestaciones tradicionales de atención a las situaciones de dependencia*, 2017, en www.observatoriodeladiscapacidad.info.

33. Instituto de Mayores y Servicios Sociales: *El libro Blanco Atención a las personas en situación de dependencia en España*, 2004, en www.imserso.es.

34. El artículo 90 del Reglamento 883/04 deroga el Reglamento CEE 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149, de 5 de julio de 1971).

35. El Reglamento 883/2004 ha sido modificado por el Reglamento 988/2009, de 16 de septiembre de 2009 (DOUE de 30 de octubre de 2009, L 284/43) y el 1231/2010, de 24 de noviembre de 2010 (DOUE de 29 de diciembre de 2010, L 344/1).

36. El Reglamento 1231/2010 ha ampliado la aplicación a los nacionales de terceros países que, debido a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos, así como a su familia, siempre que residan legalmente en un Estado miembro y su situación no esté circunscrita al interior de un solo Estado miembro.

37. García de Cortázar y Nebreda, C.: "Prestaciones de dependencia coordinadas y no coordinadas por el Reglamento 883/04: el panorama español", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Las prestaciones españolas de dependencia y el derecho de la Unión*, Laborum, Murcia, 2011, pp. 217-249, indica que los tres Estados pretendían que determinados subsidios tuvieran la consideración de no exportables.

A. La incidencia de la sentencia del TJUE en el asunto C-160/96. (caso Molenaar)

Ha sido la sentencia del TJUE en el asunto C-160/96³⁸ (caso Molenaar) la que ha fijado su inclusión en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 por entender que las prestaciones por dependencia se relacionan con prestaciones de enfermedad, supuesto incorporado específicamente en el Reglamento 883/2004 [art. 3.1.a)]. En este sentido, la sentencia del TJUE en el asunto 388/09³⁹ (da Silva Martins) entiende que las prestaciones de dependencia completan “las prestaciones del seguro de enfermedad”, destinadas a mejorar las condiciones de salud y vida, comentarios ya aportados en la sentencia en el asunto Molenaar.

La sentencia en el asunto Molenaar ha supuesto un punto de inflexión en el complejo universo de las prestaciones derivadas de los cuidados de larga duración, dada su inclusión en el Reglamento 883/2004 en tanto que prestaciones derivadas de enfermedad, una referencia con trascendencia en futuras sentencias, inicio del camino de una asentada jurisprudencia del TJUE⁴⁰, con etapas diferenciadas, “la de clasificación, confirmación y refinamiento” (More⁴¹), donde subyace la idea de un ámbito material de Seguridad Social en extensión⁴². No obstante, en las últimas fechas se vislumbra una postura de interés económico nacional amparada en el concepto de “carga excesiva”⁴³.

¿Debe entenderse que la sentencia Molenaar considera las prestaciones de dependencia como prestaciones de Seguridad Social? En los apartados 19 y 20 de la sentencia se precisa que la inclusión o exclusión en el reglamento de coordinación de Seguridad Social no puede fundamentarse en la denominación que efectúe la legislación nacional de los Estados Miembros, sino tomando en consideración “los elementos constituti-

38. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1998, C-160/96, M. y B. Molenaar y *Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg*. En la misma se refleja que M. y B. Molenaar eran trabajadores por cuenta ajena en Alemania, pero residían en Francia. Reclaman la prestación del seguro alemán de enfermedad y asistencial.

39. Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 2011, C-388/09, Joao Filipe da Silva Martins y *Bank Betriebskrankenkasse-Pflegekasse*.

40. Roales Paniagua, E.: “Trece años de la prestación de dependencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: del caso Molenaar al de Da Silva Martins (1998-2011), en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Las prestaciones españolas de dependencia y el derecho de la Unión*, Laborum, Murcia, 2011, pp. 23-54, señala, además del supuesto Da Silva Martins, la incidencia en el asunto Jauch, sentencia del Tribunal de Justicia de 08 de marzo de 2001, C-215/99, F. Jauuch y *Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter*; asunto Hosse en Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 2006, C-286/03, S. Hosse y el Land de Salzburgo; asunto Gaumain-Cerri y Barth en Sentencia del Tribunal de Justicia de 08 de julio de 2004, C-502/01, S. Gaumain-Cerri y *Kaufmännische Krankenkasse-Pflegekasse* y C-31/02, M. Barth y *Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz*; el asunto Von Chamier-Glisczinski en Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009, C-208/07, Von Chamier-Glisczinski y *Deutsche Angestellten-Krankenkasse*.

41. More, G.: “Las prestaciones de dependencia y las normas de coordinación relativas a la Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea”, en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Las prestaciones españolas de dependencia y el derecho de la Unión*, Laborum, Murcia, 2011, pp. 7-21.

42. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Los divergentes conceptos de asistencia social en el Derecho de la Unión Europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2018.

43. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2014, C-333/13, E. y F. Dano y *Jobcenter Leipzig*. En la misma se refleja la preferencia del interés económico nacional respecto de los residentes de otros Estados Miembros en el reconocimiento de prestaciones de asistencia social, evitando su conversión en una carga excesiva.

vos de cada prestación”, “su finalidad” y los requisitos de obtención. De manera más concreta, será Seguridad Social cuando la prestación se reconozca respecto de una situación legalmente definida (al margen de apreciaciones individuales o discrecionales), con relación a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el campo de aplicación material, sin tener en cuenta “las valoraciones individuales o discrecionales de las necesidades personales”.

Como regla general, conforme a lo reflejado en el párrafo anterior, las prestaciones por dependencia previstas en la LAPAD se pueden considerar como de Seguridad Social a los efectos de inclusión en el actual Reglamento 883/04, al derivarse de (1) un derecho de ciudadanía (art. 5 de la LAPAD), sometido al cumplimiento de requisitos de acceso (periodo de cinco años de residencia, de los que al menos dos son inmediatamente anteriores a la solicitud, junto a la situación de dependencia conforme a baremo preestablecido⁴⁴) y (2) considerarse una prestación por enfermedad, tras la decisión de asimilación efectuada por el TJUE en la sentencia del asunto Molenaar.

B. Totalización de periodos y supresión del requisito de residencia de las prestaciones de dependencia

Una vez incorporadas las prestaciones de dependencia al ámbito de aplicación material del Reglamento 883/04, podrían resultar aplicables las reglas contenidas sobre cómputo de periodos (residencia y cotización), así como la supresión del requisito de residencia (exportación de prestaciones).

Así, de conformidad con el artículo 6 del Reglamento 883/04, se tendrán en cuenta todos los periodos de aseguramiento y residencia cubiertos en otros Estados Miembros, destinados a adquirir, conservar y recuperar prestaciones, todo ello, de conformidad con el principio de igualdad de trato (artículo 4), ante la preferencia del Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE⁴⁵. Aplicado al ámbito de las prestaciones por dependencia españolas, se deberían computar los tiempos de residencia en la UE a los efectos de cumplimiento de los mínimos previstos para acceder al sistema (cinco años/dos inmediatos a la solicitud en la LAPAD).

En cuanto a la supresión del requisito de residencia, el análisis no es tan sencillo, debiendo distinguir las prestaciones en metálico respecto de las facilitadas en especie (servicios). El artículo 7 del Reglamento 883/04 elimina el requisito de residencia en las prestaciones en metálico, sin posibilidad de “reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación” por la circunstancia de residir en Estado miembro distinto de la entidad deudora. Sin embargo, en las prestaciones en especie se aplica el contenido del artículo 17, indicando que serán facilitadas por la entidad del lugar de

44. Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero de 2011, baremo de valoración de la situación de dependencia, publicado en el BOE de 18 de febrero de 2011, núm. 42.

45. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “El ingreso mínimo vital a la luz del Derecho de la Unión Europea y de los Convenios Internacionales de Seguridad Social vigentes en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2021, vol. 13, núm. 1, pp. 629-656, aplica el principio de totalización de periodos de residencia al nuevo ingreso mínimo vital español.

residencia (legislación nacional del lugar de residencia y por cuenta de la entidad competente), no siendo posible la aplicación de principio de exportación de prestaciones.

En tanto que prestación de dependencia, ¿se aplican las reglas contenidas en el Reglamento 883/04 a la asistencia personal? La respuesta a este interrogante se estudia en el apartado siguiente, al amparo de la reciente jurisprudencia del TJUE.

V. LA POSICIÓN DEL TJUE EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA PERSONAL

Tras la jurisprudencia del TJUE con origen en el asunto Molenaar, parece asentada la idea de considerar las prestaciones españolas de dependencia incluidas en el Reglamento 883/04⁴⁶⁴⁷⁴⁸, dado que se reconocen en virtud de (1) una situación legalmente definida y (2) considerarse prestaciones de enfermedad. Cabría la duda sobre si considerar la asistencia personal como prestación en metálico o en especie, aunque partiendo de su naturaleza finalista, en principio es razonable su consideración como servicio indirecto (especie).

Sin embargo el TJUE ha reflexionado y manifestado su opinión en los últimos años con dos sentencias cuyo fondo de análisis recae sobre la asistencia personal. Por un lado, la sentencia del TJUE en el asunto C-433/13⁴⁹ analiza naturaleza de la prestación de asistencia personal; por otro, la sentencia del TJUE en el asunto C-679/2016⁵⁰ adopta su posición sobre la (in)aplicación del Reglamento 883/04.

A. La sentencia en el asunto C-433/13 (Comisión/República eslovaca)

La sentencia del TJUE en el asunto C-433/13 estudia, sin aclarar, los planteamientos dispares formulados por la Comisión de la UE frente a la República de Eslovaquia. El origen de la controversia se fundamenta en la falta de abono de prestaciones de asistencia personal (entre otras) a titulares eslovacos por el hecho de residir en la República de Chequia.

Entiende la Comisión que tienen derecho a la percepción aunque residan los beneficiarios en otro Estado Miembro, toda vez que reúnen las “características de prestaciones por enfermedad” y su naturaleza se ajusta a la concesión objetiva y obligatoria por parte de las autoridades competentes eslovacas, actos administrativos sometidos

46. García de Cortázar y Nebreda, C.: “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006, pp. 51-62.

47. Maldonado Molina, J. A.: “La coordinación de los cuidados de larga duración en la Unión Europea. La independencia de la dependencia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2018, p. 4.

48. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “El ingreso mínimo vital a la luz del Derecho de la Unión Europea y de los Convenios Internacionales de Seguridad Social vigentes en España”, *ob. cit.*, pp. 629-656.

49. Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 2015, asunto C-433/2013 tras recurso de la Comisión contra la República de Eslovaquia.

50. Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018, C-679/2016, consulta del Tribunal Supremo (contencioso-administrativo) de Finlandia.

a control jurisdiccional. Para la Comisión la asistencia personal no es una prestación en especie, su destino “es facilitar la movilidad”, “contribuir a su integración social y autonomía”, “complementar las prestaciones de enfermedad y mejorar el estado y la calidad de vida de las personas que dependen de dicha asistencia”, no siendo objetivo compensar la pobreza material.

Sin embargo, la República Eslovaca precisa que la asistencia personal, conforme a su legislación nacional, es una prestación en especie cuya finalidad no es la mejora del estado de salud del beneficiario, sino la integración social de las personas con discapacidad grave, en función de la situación socioeconómica del perceptor y sometida a concesión facultativa, motivos por los que entiende se corresponde con prestación de asistencia social y, por tanto, excluida del ámbito material del Reglamento 883/04 (conforme a su artículo 3.5.a).

El TJUE en su sentencia de 16 de septiembre de 2015 resuelve que las excepciones al principio de exportación de prestaciones de Seguridad Social deben interpretarse en sentido estricto. No obstante, reconoce que la prestación económica de asistencia personal de la República Eslovaca no es propia de Seguridad Social y, por tanto se encuentra excluida del Reglamento 883/04, debido a que su reconocimiento está sometido a facultad de apreciación por la autoridad nacional, impidiendo su consideración en “función de una situación legalmente definida”. Como se había apuntado en páginas anteriores, según la sentencia del TJUE no se cumpliría el primer requisito de inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/04, circunstancia que limita la profundización en el segundo de los condicionantes, su consideración o no como prestación por enfermedad. Este segundo examen lo efectúa el TJUE en el asunto C-679/16.

B. La sentencia en el asunto C-679/16 (cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Finlandia)

El Tribunal Supremo (Contencioso-Administrativo) de Finlandia realiza petición de tres decisiones prejudiciales al TJUE. Las cuestiones están referidas a la prestación económica de asistencia personal (cinco horas a la semana) reconocida por su municipio de residencia (Espoo) a un ciudadano finlandés, persona con discapacidad grave, sin posibilidad de realizar actividad económica, con la finalidad de cursar estudios superiores en el Estado Miembro de Estonia (Tallín). El ciudadano finlandés permanece durante la semana (tres o cuatro días) en la localidad de estancia (Tallín) y regresa los fines de semana a su residencia de Finlandia (Espoo).

El Tribunal Supremo de Finlandia plantea al TJUE tres cuestiones prejudiciales concatenadas, plenamente relevantes en la cuestión objeto del presente estudio:

1. ¿Es la asistencia personal una prestación de enfermedad y, por tanto, incluida en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/04?

2. En el supuesto de no inclusión, ¿se produce restricción a la libertad de circulación y residencia en el supuesto de negativa al abono de la prestación de asistencia personal? ¿Atenta contra los artículos 20 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la UE⁵¹?
3. En el caso de considerarse una restricción a la libre circulación y residencia, ¿se podrían alegar razones de interés general para evitar el pago de la prestación en tanto la estancia sea en otro Estado Miembro?

Razona la primera cuestión prejudicial el TJUE indicando que la asistencia personal (para cursar estudios superiores) no puede considerarse una prestación de enfermedad y, por tanto, queda excluida del Reglamento 883/04. La razón se justifica en que su objetivo no consiste en mejorar la salud del beneficiario, sino posibilitar la vida en convivencia como miembros de la comunidad en condiciones de igualdad. Como indican las Conclusiones del Abogado General⁵², “la asistencia personal no es de naturaleza médica (47)”. Por tanto, a pesar de reunir el primer requisito exigido para la inclusión en el ámbito del Reglamento 883/04 (situación legalmente definida, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional), el TJUE entiende que no se acredita el segundo, al entender que la asistencia personal no es prestación derivada de la enfermedad.

Una vez resuelta negativamente la primera cuestión prejudicial, concluye la sentencia cuando analiza la segunda, que la falta de inclusión en el Reglamento no restringe la posibilidad de mantener la prestación de asistencia personal en un domicilio de estancia (Estonia) distinto del correspondiente a la entidad competente (Finlandia), por entender que su restricción implicaría un incumplimiento de los artículos 20 y 21 del TFUE, al establecerse un derecho de ciudadanía de la UE que garantiza, entre otros, a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros.

Finalmente, en la tercera cuestión prejudicial TJUE estima que no es posible limitar la libre circulación y residencia fundamentada en consideraciones de interés general, debido a que el reconocimiento de una prestación de asistencia personal no compromete el equilibrio financiero de la Seguridad Social, ni existen dificultades en la supervisión y seguimiento de los requisitos exigibles en su concesión (regresa semanalmente a Finlandia).

Por tanto, el TJUE en el asunto C-679/16 excluye la prestación de asistencia personal del ámbito de aplicación del Reglamento 883/04, por no considerarse prestación derivada de enfermedad, aunque reconociendo el principio de su exportación por medio del derecho a la libre circulación y residencia previsto en los artículos 20 y 21 del TFUE.

Una consideración relevante de la sentencia es la mencionada en el apartado 56. Se ha consolidado el Estatuto del ciudadano de la UE⁵³, reconociendo la igualdad de

51. Tratado de Funcionamiento de la UE, publicado en versión consolidada en el DOUE el 26 de octubre de 2012 (C 326/47).

52. Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, presentadas el 31 de enero de 2018 en el asunto C-679/16.

53. Sentencia en el caso Bogendorff, asunto C-438/14, de 02 de junio de 2016. De igual forma, la sentencia en el asunto Sayn-Wittgenstein, asunto C-208/09, de 22 de diciembre de 2010.

trato como principio de Derecho, motivando que quien se encuentra en la misma situación debe recibir el mismo trato jurídico, con independencia de su nacionalidad.

VI. LA PROPUESTA DE REFORMA DEL REGLAMENTO 883/04

La propuesta de reforma del Reglamento 883/2004 planteada por el Parlamento y el Consejo⁵⁴ con fecha 13 de diciembre de 2016 incluye en su exposición de motivos nuevos ámbitos de coordinación, entre ellos, la necesidad de incorporar los cuidados de largo duración, denominación equivalente a las atenciones prestadas con ocasión de la situación de dependencia. Las instituciones comunitarias cuantifican el gasto público de protección a la dependencia en los Estados Miembros de la UE en 0,4% sobre el total, afectando a 80.000 ciudadanos, circunstancias que justifican la pretensión de coordinación comunitaria.

La reforma no es fácil de abordar. Los Estados Miembros mantienen posiciones divergentes. La mayoría se manifiesta por definir el concepto cuidados de larga duración, incluir un capítulo específico o una lista de prestaciones, incluso las tres opciones a la vez; para otros, la respuesta consistiría en mantener la situación actual. En todo caso, la propuesta final incluye:

1. Un capítulo 1 bis donde se acuerda la inclusión de las prestaciones por cuidados de larga duración como riesgo protegido susceptible de coordinación.
2. Se deriva a la Comisión Administrativa para que elabore un listado detallado de prestaciones en especie y metálico (art. 35 *bis*).
3. Se admite la posibilidad de conceder prestaciones en metálico por cuidados de larga duración de conformidad con otros capítulos del Reglamento (art. 35 *bis*).
4. Se establecen reglas específicas sobre acumulación de prestaciones (art. 35 *ter*) y reembolso entre instituciones (artículo 35 *quater*).

En el supuesto de prosperar esta modificación del Reglamento 883/04, con inclusión de las prestaciones derivadas de cuidados de larga duración en su ámbito de aplicación material, sería relevante para la asistencia personal conocer su encuadramiento concreto dentro del listado de prestaciones en especie o metálico, ante la diferente configuración de cada modalidad y la aplicación de reglas propias.

VII. CONCLUSIONES

La regulación de la prestación de asistencia personal es competencia de las Administraciones Públicas competentes en el sistema de dependencia (CC. AA. y la AGE en

54. Propuesta de reforma del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifican el Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el Reglamento (CE) nº 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004, de 13 de diciembre de 2016. COM (2016) 215 final. 2016/0397 (COD).

Ceuta y Melilla), debiendo respetar varios preceptos previstos en el Derecho Mínimo establecido en la LAPAD y la normativa de desarrollo, varias referencias que definen el concepto y determinan algunas reglas de aplicabilidad. El Consejo Territorial ha fijado criterios en la determinación de la capacidad económica y en la titulación exigible al asistente personal.

Para garantizar la libertad de circulación y residencia de ciudadanos beneficiarios de prestación de asistencia personal, al amparo de los artículos 45 (trabajadores) y 21 (ciudadanos) del TFUE, en condiciones de igualdad, resulta necesario reflexionar sobre la posibilidad de su inclusión en el Reglamento 883/04, de coordinación de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

Desde la sentencia del TJUE en el asunto Molenaar, las prestaciones por dependencia se encuentran coordinadas por el Reglamento 883/04, al considerar el Tribunal de Luxemburgo que es riesgo derivado de enfermedad. Sin embargo, tras la sentencia en el asunto C-679/16 (cuestión prejudicial promovida por el Tribunal Supremo de Finlandia), se excluye de su ámbito de aplicación la asistencia personal, dado que no tiene origen en la atención de la salud, sino en la promoción de la vida autónoma e integración en la vida comunitaria en condiciones de igualdad.

Aunque el TJUE excluye las prestaciones de asistencia personal del Reglamento 883/04, entiende que se debe respetar el principio de exportación conforme a los artículos 20 y 21 del TFUE, garantizadores del derecho a la libertad de residencia y circulación en la UE. De igual forma, al amparo del principio jurídico de igualdad de trato y no discriminación con origen en la nacionalidad, se totalizan los periodos de residencia y aseguramiento cubiertos en los Estados Miembros, a los efectos de adquirir, conservar o recuperar la prestación de asistencia personal.

Es previsible la incorporación futura en el Reglamento 883/04 del riesgo específico denominado “cuidados de larga duración”, momento en el que la prestación de asistencia personal quedaría incluida en su ámbito material. La Comisión Administrativa deberá determinar si es una prestación en metálico o especie, aplicando las particularidades previstas para cada modalidad.

Bibliografía

- Carbonell Aparici, G. J.: “El asistente personal para una vida independiente: una figura en construcción”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 21, 2017.
- Durán Muñoz, R.: “Atractivo de España para los jubilados europeos: del turismo a la gerontoinmigración”, *Panorama Social*, núm. 16, 2012.
- Fariñas, C.: “El asistente personal, figura clave en la autonomía de la persona con dependencia”, *Revista autonomía personal*, núm. 22, 2018.
- Foro de vida independiente y diversidad: *La asistencia personal. Características y acciones a tomar para su implantación*, 2015, disponible en <http://forovidaindependiente.org/>.
- García de Cortázar y Nebreda, C.: “El campo de aplicación del Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2006.

- García de Cortázar y Nebreda, C.: "Prestaciones de dependencia coordinadas y no coordinadas por el Reglamento 883/04: el panorama español", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Las prestaciones españolas de dependencia y el derecho de la Unión*, Laborum, Murcia, 2011.
- Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO): *El libro Blanco Atención a las personas en situación de dependencia en España*, 2004, disponible en www.imserso.es.
- Jimeno Jiménez, F.: "El impacto en las prestaciones económicas del sistema de dependencia español de los complementos deducibles de idéntica naturaleza y finalidad", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. III, núm. 1, 2018.
- Jimeno Jiménez, F. y Martín Segura, J. A.: "Condicionantes normativos en la asignación del programa individual de atención destinado a personas en situación de dependencia", *Revista de Derecho Social*, núm. 83, 2017.
- Maldonado Molina, J. A.: "La coordinación de los cuidados de larga duración en la Unión Europea. La independencia de la dependencia", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2018.
- More, G.: "Las prestaciones de dependencia y las normas de coordinación relativas a la Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Las prestaciones españolas de dependencia y el derecho de la Unión*, Laborum, Murcia, 2011.
- Observatorio Estatal de la Discapacidad: *Medición comparativa del impacto socioeconómico y presupuestario de la asistencia personal frente a otras prestaciones tradicionales de atención a las situaciones de dependencia*, 2017, en www.observatoriodeladiscapacidad.info.
- Roales Paniagua, E.: "Trece años de la prestación de dependencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: del caso Molenaar al de Da Silva Martins (1998-2011)", en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.): *Las prestaciones españolas de dependencia y el derecho de la Unión*, Laborum, Murcia, 2011.
- Rodríguez-Picavea Matilla, A.: "Reflexiones en torno a la figura del asistente personal para la vida independiente y la promoción de la autonomía de las personas con diversidad funcional (discapacidad)", *Zerbitzuan*, núm. 41, 2007.
- Saavedra Gutiérrez, M.: "La figura del asistente personal en la Ley 39/06, de promoción de la autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia: ¿realidad o quimera?", *Aposta Revista de Ciencias Sociales*, núm. 79, 2018.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusula de residencia", *Temas Laborales*, núm. 130, 2015.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "El ingreso mínimo vital a la luz del Derecho de la Unión Europea y de los Convenios Internacionales de Seguridad Social vigentes en España", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2021, vol. 13, núm. 1.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Los divergentes conceptos de asistencia social en el Derecho de la Unión Europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2018.



The two German Agreements with Morocco on Social Security and Child Benefits

LOS DOS ACUERDOS DE ALEMANIA CON MARRUECOS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL Y PRESTACIONES POR HIJO

Helmut Weber

Jefe de la Unidad de Coordinación de Sistemas de Seguridad Social
Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Alemania)
helmut.weber@bmas.bund.de  0000-0001-7009-2068

Recibido: 15.03.2021 | Aceptado: 16.04.2021

ABSTRACT

This paper analyses the two agreements in force on social security coordination between Germany and Morocco: the Agreement on Social Security from 25 March 1981 (quoted as “SSA Morocco”), and the Agreement on Child Benefits also from 25 March 1981 in the form of the Supplementary Agreement of 22 November 1991 (quoted as “CBA Morocco”).

RESUMEN

El presente artículo analiza los dos acuerdos vigentes en materia de coordinación de la Seguridad Social entre Alemania y Marruecos: el Acuerdo sobre Seguridad Social de 25 de marzo de 1981 (citado como “SSA Morroco”), y el Acuerdo sobre Prestaciones por Hijo, también de 25 de marzo de 1981, en forma de Acuerdo Complementario de 22 de noviembre de 1991 (citado como “CBA Morroco”).

KEYWORDS

Germany
Morroco
Social security coordination
Child Benefits

PALABRAS CLAVE

Alemania
Marruecos
Coordinación de la
Seguridad Social
Prestaciones familiares

CONTENTS

- I. INTRODUCTION
- II. THE SSA MOROCCO
 - A. Personal scope
 - B. Equal status of ordinary residence and export of pensions
 - C. Legislation applicable
 - D. Pension insurance
 - 1. Totalization
 - 2. Calculation
 - 3. Export of pensions
 - 4. Multiple marriage situation
 - E. Practical questions in relation to “gottardo” not only in terms of pensions
 - F. Sickness insurance (benefits in kind) and future of the SSA Morocco
- III. THE CBA MOROCCO

I. INTRODUCTION

With regard to social security coordination there are two agreements in force. One is the Agreement on Social Security from 25 March 1981 (quoted as “SSA Morocco”) and the other is the Agreement on Child Benefits also from 25 March 1981 in the form of the Supplementary Agreement of 22 November 1991 (quoted as “CBA Morocco”). The SSA Morocco entered into force on 1 August 1986 and the CBA Morocco on 1 September 1996.

By far the most important agreement is the SSA Morocco. It follows the general coordination principles, which comprise legislation applicable and in its material scope the coordination of pension insurance, farmers’ old age security in terms of pensions, sickness insurance and accident at work insurance. In terms of sickness insurance it includes benefits in cash and benefits in kind. However the articles on coordination of sickness benefits in cash have not yet entered in force.

The CBA Morocco is due to amendments in the German national tax legislation in the year 1996 of very low importance, and was the last agreement on child benefits Germany concluded.

With regard to the SSA Morocco this article shall only embark on particularities and on the main situations which might be covered in a way other Member States handle differently or not at all in their SSA with third countries.

II. THE SSA MOROCCO

A. Personal scope

Article 3 - covers the following persons:

The SSA Morocco covers

- a) nationals of a Contracting State,
- b) refugees within the meaning of Article 1 of the Convention on the Status of Refugees dated July 28, 1951 and the Protocol to that Convention dated January 31, 1967,
- c) stateless persons within the meaning of Article 1 of the Convention on the Status of Stateless Persons dated September 28, 1954, and
- d) other persons with respect to the rights they derive from a national of either Contracting State, from a refugee or a stateless person within the meaning of this Article.

The personal scope does not cover nationals of a state other than a Contracting State, unless they are included in the group of persons specified in (d).

The SSA Morocco is therefore a so-called “closed Agreement”. Only a very few SSA Germany has concluded are closed Agreements. Normally also in the past the German Agreements contained all third country nationals in their personal scope. Nowadays Germany considers that all insured persons should be covered by the personal scope of an Agreement regardless their nationality or in which country they reside.

B. Equal status of ordinary residence and export of pensions

Article 4 of the SSA Morocco reads as follows:

1. Unless otherwise provided in this Agreement, persons specified in Article 3 who reside in the territory of one Contracting State shall, in the application of the legislation of either Contracting State, receive equal treatment with the nationals of the latter Contracting State.
2. Unless otherwise provided for in this Agreement benefits under the legislation of one Contracting State shall be awarded to nationals of the other Contracting State, resident outside the territories of both Contracting States, under the same conditions as they are awarded to the nationals of this Contracting State who reside outside the territory of this Contracting State.

Firstly equal status is only granted to persons covered by Article 3 resident in the other Contracting State and secondly, with regard to persons residing outside of the Contracting states benefits are only paid to nationals of the other Contracting states under the same terms as they are awarded to their own nationals residing outside.

This leads to consequences in terms of totalization and export of pensions. These consequences are described in the relevant subchapters.

Special rules:

As Article 4 (1) is far-reaching with regard to nationals of the other Contracting State in the area of social security certain restrictions are necessary. They are covered in the Concluding Protocol to the SSA Morocco which forms an integral part of the SSA Morocco.

1. The legislation of one Contracting State which guarantees participation of the insured and of employers in the organs of self-government of institutions, and associations of institutions, as well as in the adjudication of social security matters shall remain unaffected.

The reason for this clause is that e.g. in Germany the social security institutions are self-governing institutions. The top hierarchy representatives of these institutions are elected by the insured. It needs to be guaranteed that nationals of a Contracting state do not have the same rights as Germans to elect or to be elected. The same applies in respect of lay judges of a court competent for social security matters (Social Courts, State Social Courts and Federal Social Court).

2. Nationals of a Contracting State covered by Article 4 (1) SSA Morocco are not entitled to voluntary coverage in the pension insurance of this Contracting State as long as they reside outside the territory of this Contracting State.

In principle only German nationals are entitled to a German voluntary pension insurance if they reside outside Germany. Modern Social Security Agreements (SSA) of Germany also entitle nationals of the other Contracting State residing outside of Germany to voluntary coverage under the German pension insurance, if these have completed periods of contributions to this insurance of at least 60 months. Special rules apply to nationals of EU/Norway, Iceland, Liechtenstein (EEA)/Switzerland according to Regulation (EC) No. 883/2004 (Annex XI Germany 4): If these reside outside Germany and fulfil the general conditions of the German pension insurance scheme they may pay voluntary contributions if they had been voluntarily or compulsorily insured in the German pension insurance scheme at some time previously. One contribution (= 1 month) suffices.

C. Legislation applicable

This chapter follows the lines the majority of EU member states follows. It contains the *loci laboris* rule and the exception from this rule in cases of postings and similar situations including the possibility to conclude exceptional agreements. Only the coverage of one social security system in relation to the material scope of the SSA Morocco (pension insurance, farmers' old age security in terms of pensions, sickness insurance and accident at work insurance) applies which avoids situations of double coverage.

The duration of postings with leads to the continuing competence of the sending State is up to 36 months and with the consent of the competent institutions of both Contracting States this duration can be prolonged up to a further 36 months. In case a further prolongation becomes necessary only an exceptional agreement between the competent institutions is possible.

D. Pension insurance

First of all some numbers: Some numbers on the export of pension insurance: In the year 2019 Germany exported pensions to 3287 persons living in Morocco of whom

168 with German nationality. The total sum of these transfers amounted to almost 20 Million Euros.

The articles on pension insurance also follow the principles of all modern social security agreements:

1. Totalization

The general waiting period in Germany for a regular pension is only 5 years and therefore much lower than in the majority of countries. If the German periods do not suffice to receive a German State pension, periods of insurance from Morocco are added to the periods of insurance in Germany,

2. Calculation

The calculation does not lead to a single full pension which only has to be paid by one of the Contracting States. The Moroccan pension is calculated from contributions the person has completed in Morocco and the German pension from periods completed in Germany.

3. Export of pensions

Full export of German pensions for non-Germans is nowadays granted to everybody fulfilling the general conditions, but to reach this result took a long way, which needs to be explained as national legislation and European legislation and European jurisprudence gradually paved the way to this final good result.

a) *Export of pensions and claim according to SSA Morocco for persons residing in Morocco.*

100% of the German pension for the persons covered by the personal scope of the SSA Morocco: Equal treatment for the persons mentioned in Article 3 is granted to the persons mentioned in Article 3 SSA who ordinarily reside in the territory of either Contracting State (Article 4 (1) SSA. They get the full export of the pensions (mainly nationals of Contracting States and survivors pensions and orphans regardless of nationality). Other persons are not included: These were all other citizens of a third country including the EU Member States, EEA as well as Switzerland.

The Gottardo judgment as such did not change this situation for EU/EEA and Swiss nationals as it required their residence within EU/EEA or Switzerland.

Background:

What means "Gottardo"? With regard to citizens of the EU, EEA and Switzerland a deciding change in policy came with the epoch-making Judgement by the European Court of Justice *Gottardo* (Judgment of 15 January 2002 in Case C-55/00, *Elide Gottardo v Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*).

In the *Gottardo* judgment, the Court of Justice acted on the principle as set out in Article 45 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) in relation to a person resident in the European Union who had worked in France, Italy and Switzerland. This person did not have sufficient entitlement for a pension in Italy and asked for her periods of insurance completed in Switzerland and Italy to be aggregated, as provided for under the bilateral convention between Italy and Switzerland for the benefit of their nationals. The principle of non-discrimination on the grounds of nationality is an essential safeguard for the freedom of movement of persons, as provided for in Article 21(1) and 45(1) TFEU. This implies the abolition of all discrimination between nationals of Member States.

The Court ruled when a Member State concludes a bilateral international convention on social security with a third country which provides for account to be taken of periods of insurance completed in that third country for the acquisition of an entitlement to old-age benefits, the fundamental principle of equal treatment requires that this Member State grant nationals of other Member States the same advantages as those which its own nationals enjoy under that convention unless it can provide objective justification for refusing to do so. The Court considered that disturbing the balance and reciprocity of a bilateral international convention concluded between a Member State and a third country did not constitute an objective justification for the refusal by the Member State party to that convention to extend to nationals of other Member States the advantages which its own nationals derive from that convention. Nor did the Court accept the objections to the effect that a possible increase in the financial burden and administrative difficulties in liaising with the competent authorities of the non-member country in question could justify the Member State which is party to the bilateral convention failing to comply with its Treaty obligations.

The consequence of the judgement was therefore far-reaching, as it did not allow to treat nationals of EU Member States, EEA and Switzerland differently from German nationals anymore as long as they reside within the territory of the EU/EEA and Switzerland, but the judgement has no consequences when they reside somewhere else!

This situation changed not before 5 May 2005:

An amendment to Article 3 Regulation 1408/71 on social security coordination entering into force on 5 May deleted the requirement of residence within the Union for equal treatment. As the SSA Morocco is a closed agreement, before that date European citizens were not included in its personal scope. Therefore aggregation of periods was not possible before that date for EU citizens residing outside the EU and the full German pension could not be paid to them for the same reason. The same applies to survivors of EU/EEA/Swiss nationals in terms of survivors' pensions.

b) Residence of persons in the EU/EEA/Switzerland.

German and Moroccan citizens:

Under the terms of Article 4 (2), SSA Morocco benefits according to the national legislation of one contracting state are granted to the nationals of the other contracting

state who ordinarily reside outside the Contracting States under the same conditions as to its own nationals residing there.

As Germany always fully exports pensions to Germans residing abroad, this means that also Moroccan citizens receive a full export of the German pension in case of a habitual residence in other EU/EEA countries and in Switzerland.

The German legislation contained a very special rule on the export rate of pensions abroad. While Germans got paid a 100 % of the German pension when they resided in another country, other nationals could only export 70 % of the pension. German pensions were only paid fully to them in case of a SSA or if EU legislation required it. This means that refugees, stateless persons, survivors of a German or Moroccan pensioners for their derived pension as long as these did not have German or Moroccan citizenship only got paid 70 % of the pension abroad.

EU/EEA/Swiss citizens:

Application of the Gottardo judgment to EU/EEA/Swiss citizens: 100 % of the German pension.

c) Residence in other third countries.

In application of Article 4 (2) benefits to Moroccans residing in third countries are granted under the same conditions as to Germans. As the the German pension was always paid fully to a German, Moroccans are treated in the same way. This is also valid for German or Moroccan survivors of these pensioners with regard to their survivors pensions.

In the framework of Article 4 (2), everybody else including refugees and stateless persons is excluded of the full export into third countries. The 70% rule applied.

According to an amendment of the German legislation from 19 December 2007 which entered retroactively in force on 5 May 2005 survivors of a German citizen, however receive 100 % of the derived pension abroad regardless of nationality: from then onward for example the German pensioner's Albanian widow residing in Albania received the same amount of pension as she would have got living in Germany, but not the Albanian widow residing in Albania of a Moroccan pensioner with regard to a German pension.

A very important amendment to the German pension legislation came into force on 1 October 2013. It abolishes the 70% rule for everybody. Since then the export restrictions according to the SSA Morocco do not apply any more to a German pension.

EU/EEA/Swiss citizens: See above under a.

4. Multiple marriage situation

With regard to pensions the SSA Morocco contains another interesting aspect.

Multiple marriage (polygamy) is still permitted in Morocco (Art. 40 et seq. Code du Statut Personnel et des Successions CSPS). However, it is being practised less and less, also because it was made considerably more difficult by the reform of family law in 2004. It is limited to a maximum of four women.

Multiple marriages under Moroccan law are also effective in Germany and are associated with the usual legal consequences. Therefore, it is also necessary to ask persons who have entered into a marriage under Moroccan marriage law about the existence of further marriages. If there are several widows upon the death of an insured person, several claims to a widow's pension may arise accordingly, but according to Article 25 SSA Morocco these are to be divided equally and finally among the entitled widows who were spouses at the same time.

E. Practical questions in relation to “gottardo” not only in terms of pensions

One has to be aware of the fact that the gradually reached fair results with regard to aggregation and export of pensions apply only for the German side. The other contracting state can stick to the wording of the respective SSA.

While the legal problems have been solved, practical problems arising from “closed agreements” are not excluded. The Gottardo judgement constitutes only an obligation for the Member States. It is not binding for Third Countries. It depends on their good will to communicate insurance periods of Union nationals to the Contract State.

The Administrative Commission has seen this problem and adopted recommendations on the Gottardo judgment: Recommendation No 22 of 18 June 2003 (2003/868/EC) under Regulation 1408/71, then under Regulation 883/2004 Recommendation No P1 of 12 June 2009 (2010/ C 106/14) clearly mainly in terms of pensions and then Recommendation H 1 of 19 June 2013 (2013/ C279/07) which also repealed Recommendation No P 1. It had to be made clearer than before that the Gottardo judgement is a judgement concerning not only non-discrimination of nationals of other Member States in the area of pensions, but also generally the material scope of all the branches of social security comprised in a SSA concluded by the Member States with third countries. The use of the letter “H” in the Recommendations means therefore that the approach of member States requires to be “Horizontal”.

The consequence is far-reaching as non-discrimination also applies e.g. for the treatment under the Moroccan sickness scheme to e.g. a Spanish tourist being insured in the sickness insurance of another Contracting State than Spain having a “closed” SSA with Morocco if the SSA covers sickness benefits in its material scope. In the author's mind it also comprises applicable legislation i.e. for example postings from one contracting States to Morocco. A Spanish employee employed in a company of another Member States, which is a Contracting State with Morocco and has concluded a “closed” SSA with Morocco should endeavour that Morocco acknowledges this posting as falling under the SSA. Therefore Morocco should, if possible, accept the relevant form (mostly a so-called 101 form) proving that the worker concerned was posted under the SSA.

How to achieve this result?

The Recommendation No H1 contains the following solution:

The Member States should inform the institutions in the countries with which they have signed social security conventions, whose provisions apply only to their respective nationals, about the implications of this Recommendation. Member States which have concluded bilateral conventions with the same third countries may act jointly in requesting such cooperation. This cooperation is clearly essential if EU law is to be complied with.

The Federal Ministry of Labour and Social Affairs contacted the competent authorities in the countries concerned (Morocco and Tunisia) in writing and at the occasion of joint meetings they have been and informed about Gottardo and there seem to be no problems with regard to reporting of insurance periods of EU/EEA/Swiss nationals in the pension insurance of the respective Contracting State.

F. Sickness insurance (benefits in kind) and future of the SSA Morocco

The provisions on the coordination of benefits in kind in the case of sickness in the SSA Morocco are not yet implemented. In the time the SSA Morocco was concluded (1981) it was German policy to coordinate also sickness insurance in SSA if certain conditions were fulfilled. The main condition was that the other country had a functioning sickness insurance offering the citizens adequate medical treatments. Unusual is that the SSA Morocco states in Article 18 that the application of the provisions on benefits in kind in the area of sickness need a special arrangement between Germany and Morocco, “which take into account the differences of existing situations in respect of these benefits in both Contracting States”.

What here is expressed in legal terms was simply the fact that Morocco had not yet established a sustainable health insurance system at the time of the conclusion of the SSA Morocco.

This did not happen before the arrival of the new century. Nowadays Morocco has a functioning and sustainable health insurance system. Therefore Germany and Morocco are negotiating a revision of the SSA Morocco with special account on benefits in kind in the area of sickness insurance. The existing provisions need a thorough update and at the same time some other areas need new attention. A huge task in this respect is to agree on a completely new provision for data protection, a task caused by the General Data Collection Regulation of the EU (GDPR). Also “Gottardo” should be covered in the revised texts.

Unfortunately the last round of negotiations envisaged in April 2020 could not take place due to the Covid-19 pandemic and needed to be adjourned.

III. THE CBA MOROCCO

As the CBA Morocco is nowadays rather insignificant due to favourable German tax legislation, only a short summary is given:

It is a reciprocal agreement covering employees residing either in Germany or in Morocco. With regard to the personal scope only nationals of both contracting States or refugees and stateless persons (see above under B. are covered.

In the following only a situation where the children reside in Morocco (including the case that they stay temporarily in Germany) is described:

The father or the mother is an employee in Germany. He/she must be entitled to unemployment insurance during this period of employment. Employees within the meaning of the CBA Morocco are also persons who, after the termination of their employment with the company receive parental benefits or parental leave in the event of continuation of the employment relationship according to the Federal Parental Benefit and the Parental Leave Act, or who receive so-called unemployment benefit I (but not unemployment benefit II which is a kind of social assistance), or benefits in cash for sickness, maternity or comparable reasons.

Child benefit rates for children in Morocco or for children, who are only temporarily in Germany, amount for

- the first child to 5,11 Euro (10,00 DM in the CBA Morocco) per month, and
- the second to sixth child to 12,78 Euro (25,00 DM in the CBA Morocco) per month. The order depends on the age of the children. It is only payable for up to six children living in Morocco.

Child benefits to Morocco are only exportable for children who are not married and only until the age of 18.

The definition of “children” comprise the following: legitimate children, children adopted, recognised illegitimate children and stepchildren living in the household of the entitled person. If the child transfers the regular residence from Germany to Morocco during the period of a calendar month, the child benefit for the whole month is paid exclusively by Germany. If the child is regularly residing in Morocco and fulfils there the requirements of the Moroccan child benefit legislation, German child benefits cannot be claimed. In fact the German rates are much higher than the rates in the CBA Morocco:

Following rates are valid for children residing in Germany (rates as of 2019):

First and second child:	204,00 €
Third child:	210,00 €
For each further child:	235,00 €

As mentioned above, child benefits under the CBA Morocco are hardly of any practical significance any more due to a new regulation in German tax law introduced in the year 1996. According to this legislation, there is either a claim to the child benefit or to the tax-free child allowance. The child benefit is paid monthly as a tax refund. After the end of the calendar year, the tax office deducts the tax-free allowance for children from the taxable income as part of the income tax assessment, if this is more

favourable than the child benefit, and offsets paid child benefits. As a rule, it is more favourable to claim the tax-free allowances than child benefit under the CBA Morocco: for children residing in Morocco a quarter of the tax free allowance is taken into account.

The more favourable national legislation in Germany explains also why the rates in the CBA Morocco were never reviewed.

For the sake of completeness it should be added:

For Moroccan nationals who have been granted final recognition as entitled to asylum by the German Federal Office for Migration and Refugees, the European Interim Agreement on Social Security Schemes also applies. They can receive child benefit for their children living with them if they have been living in Germany for at least six months, after the six-month period has expired. It does not depend on whether they are employed or not.

In addition, under the Euro-Mediterranean Agreement, Moroccan nationals are entitled to German child benefit for their children living with them, if they are compulsorily or voluntarily continued to be insured in at least one branch of German social security, regardless of whether an employment relationship exists.



Estado de Bienestar Social: características generales, obstáculos y desafíos en América Latina*

THE WELFARE STATE: GENERAL CHARACTERISTICS, OBSTACLES AND CHALLENGES IN LATIN AMERICA

Mauricio Godinho Delgado**

Catedrático de Derecho del Trabajo
Centro Universitario del Distrito Federal - UDF (Brasil)
mauriciogdelgado@gmail.com  0000-0001-5883-1438

Lorena Vasconcelos Porto

Profesora de Derecho del Trabajo
Universidad Externado de Colombia
Universidad Presbiteriana Mackenzie (Brasil)
loreporto@yahoo.com.br  0000-0002-3532-1176

Recibido: 14.05.2021 | Aceptado: 15.06.2021

RESUMEN

Este artículo busca analizar el modelo organizativo de la sociedad política y la sociedad civil que se hizo prevalente en Europa Occidental poco después de la Segunda Guerra Mundial, llamado Estado de Bienestar Social (o Welfare State), y debatir las razones por las que este estándar de organización nunca ha alcanzado una efectiva implementación en cualquier país de América Latina. Para ello, el texto, en primer lugar, destaca las diversas y más importantes características del EBES, salvaguardando las peculiaridades que asume en determinados países europeos. A partir de este conjunto de elementos comparativos, se realiza una síntesis tipológica de los Estados de Bienestar, tomando en consideración desde el más sofisticado hasta el que solo reúne el mínimo de características relevantes a este modelo de organización estatal y social. Finalmente, analiza la realidad de los países latinoamericanos, indicando en qué medida han estructurado (o no) algo que podría considerarse un Estado de Bienestar Social efectivo. En este contexto, concluye que, aunque hay algunos países de América Latina que han avanzado más en el logro de estas características, en comparación con la gran mayoría de los países de la región, aun así, los obstáculos y desafíos para la estructuración completa de un EBES real en esta región del mundo siguen presentes y severos.

PALABRAS CLAVE

Estado de Bienestar Social (EBES)
Caracterización del EBES
Tipología de Estados de Bienestar Social América Latina y rasgos característicos del EBES
Dificultades para estructurar eficazmente el EBES en América Latina

* Este artículo fue traducido del portugués al español por Lorena Vasconcelos Porto.

** Este artículo fue escrito por dos autores. El autor cuyo nombre aparece primero hizo la redacción inicial del artículo, mientras que el autor cuyo nombre aparece en segundo lugar revisó y amplió el texto, incluyendo la introducción de nuevas fuentes y referencias bibliográficas.

ABSTRACT

This paper provides an analysis of the organizational model of the political and the civil societies which became prevalent in Western Europe after the Second World War: the Welfare State. It also provides a discussion on the reasons why this model of organization has never been effectively implemented in any Latin American country. To this end, firstly, the text highlights the many and most important characteristics of the Welfare State, with attention to the peculiarities it assumes in specific European countries. Secondly, based on these comparative elements, a typological synthesis of the Welfare States is drawn, considering the range from the most sophisticated examples to those which only meet the minimum relevant criteria of this model of State and social organization. Finally, the reality of Latin American countries is analyzed and it is indicated to what extent they have (or have not) structured something that could be effectively considered a Welfare State. In this framework, it is concluded that, although there are a few Latin American countries showing progress in terms of achieving these characteristics in comparison with the great majority of countries in the region, the obstacles and challenges for the full structuring of a real Welfare State in this region of the globe are still persistent.

KEYWORDS

Welfare State
Characteristics of the Welfare State
Typology of the Welfare States
Latin America and Aspects of the Welfare State
Obstacles faced in the effective structuring of the Welfare State in Latin America

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ESTADO DE BIENESTAR SOCIAL: CARACTERÍSTICAS GENERALES
 - A. Resumen de características generales
 - B. Tipología de estados de bienestar social
- III. AMÉRICA LATINA Y LOS RASGOS ESTRUCTURANTES DEL ESTADO DE BIENESTAR SOCIAL: UN BALANCE ENTRE LOS PARÁMETROS CARACTERÍSTICOS CLÁSICOS Y LOS RASGOS ESTRUCTURANTES RESTRINGIDOS
- IV. OBSTÁCULOS Y DESAFÍOS PARA LA AMPLIA ESTRUCTURACIÓN, EN AMÉRICA LATINA, DEL ESTADO DE BIENESTAR SOCIAL
 - A. Factores positivos para la estructuración del estado de bienestar social en Europa occidental
 - B. Obstáculos y desafíos para la amplia estructuración, en América latina, del estado de bienestar social
- V. CONSIDERACIONES FINALES
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo busca examinar el estándar de organización de la sociedad política y civil que se hizo predominante en los principales países de Europa Occidental poco después de la Segunda Guerra Mundial, denominado Estado de Bienestar Social (EBES) o *Welfare State*, y las razones de su no estructuración en los países que integran América Latina.

Para ello, el texto, en primer lugar, busca resaltar las principales características del EBES, tanto a nivel de la sociedad política como a nivel de la sociedad civil. En este estudio hay nueve características más relevantes, a las que se suma una décima característica percibida solo en los períodos más recientes de los EBES europeos.

Teniendo en cuenta estas diez características principales, el texto elabora una tipología de los *Welfare States*, desde el estándar de estructuración más sofisticado hasta el estándar mínimo de organización que aún cumple con sus peculiaridades centrales.

Construidas estas bases iniciales de reflexión, el artículo comienza a examinar la realidad de los países componentes de América Latina, analizando en qué medida materializan (o no) estas principales características de los Estados del Bienestar Social. En este marco y sobre la base de una importante bibliografía especializada, el texto comprueba que, en definitiva, no hay ningún país de la región que implemente plenamente este estándar de organización de la sociedad política y civil.

Sin embargo, el artículo, en línea con los distintos textos aquí referenciados, también concluye que existe un pequeño grupo de países de la región que están más cerca de los EBES, aunque se posicionan en la estructuración aún distante de las principales características de los *Welfare States*. En cualquier caso, los demás países están, de hecho, muy lejos de los estándares inherentes a un Estado de Bienestar Social.

El artículo finaliza, por tanto, en el ítem IV, examinando cuáles son los principales obstáculos para el avance del EBES en los países de América Latina y cuáles son los principales desafíos para lograr un mejor resultado, en esta área, en los países que forman parte de esta región del mundo.

II. ESTADO DE BIENESTAR SOCIAL: CARACTERÍSTICAS GENERALES

El Estado de Bienestar Social traduce un estándar de organización de la sociedad política y la sociedad civil que se estructuró y se volvió complejo, integral y sofisticado en la experiencia de Europa Occidental, particularmente después del final de la Segunda Guerra Mundial, en el contexto de la implementación del Constitucionalismo Humanista y Social, también de origen esencialmente europeo (Constituciones de Francia, 1946; Italia, 1947; y Alemania, 1949; posteriormente, Constituciones de Portugal, 1976, y España, 1978)¹.

Naturalmente, los elementos que configuran el futuro EBES han surgido en Europa Occidental desde la segunda mitad del siglo XIX, con la estructuración de instituciones y normas que regulan las relaciones laborales y las relaciones de seguridad social y accidentes de trabajo. Dichos elementos laborales y de seguridad social se profundizaron en las primeras décadas del siglo XX, incluyendo la implementación del Constitucionalismo Social en 1919 -inaugurado en Europa con la Constitución de Weimar (que insertó en el cuerpo constitucional las reglas del Derecho Laboral y de la Seguridad Social)- y con la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), también en 1919, que otorgó un estatus nuevo y diferenciado al Derecho Individual del Trabajo y al Derecho Colectivo del Trabajo e incluso al sindicalismo².

1. Godinho Delgado, M.: "Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho", en Godinho Delgado, M. y Neves Delgado, G.: *Constituição da República e Direitos Fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*, LTr, São Paulo, 2017, pp. 33-58.

2. En las Américas, el Constitucionalismo Social fue inaugurado por la Constitución de México de 1917, el primer

La posterior institucionalización de una sociedad civil y una sociedad política, tanto respetuosas del trabajo y sus instituciones, como respetuosas de la salud física y psicológica del ser humano, en sus diversas etapas de la vida, a través de un sistema de salud pública y seguridad social, todos estos serían parámetros importantes característicos del Estado de Bienestar Social organizado poco después de la Segunda Guerra Mundial en Europa Occidental.

También forman parte del futuro EBES la conquista y extensión de los derechos políticos a los no propietarios y también a las mujeres, en busca de un sufragio universal efectivo, sin subterfugios y obstáculos artificiales, un proceso que también tuvo lugar en diferentes países europeos a partir de la segunda mitad del siglo XIX, profundizándose en las primeras décadas del siglo XX³.

También es una parte importante de esta fase histórica la afirmación de la idea de derechos sociales, en contraste con la idea simple y exclusiva de derechos estrictamente individuales, surgida del liberalismo primitivo. Los derechos sociales, en un primer momento, tenían una concepción muy simple, restringida a la noción de beneficios económicos y servicios que el Estado debía a las personas (que incluía, en particular, los derechos a la seguridad social, junto con los derechos a la salud y la educación). Posteriormente, los derechos sociales comenzaron a tener una concepción mejor construida, capaz de darse cuenta de que la sociedad civil puede –y debe– ser también deudora de derechos sociales a ciertos sectores menos favorecidos de la población (caso típico de los derechos laborales, donde el deudor puede ser la empresa empleadora u otros posibles sujetos empleadores).

En el contexto de la creciente democratización de las relaciones sociales, económicas y de poder, que tiende a generar una sociedad no solo democrática, sino también realmente inclusiva -proceso que se hizo más sofisticado en Europa Occidental, justo después de la Segunda Guerra Mundial-, surgen nuevos derechos sociales como la educación universal y gratuita, la salud universal y gratuita, la cultura como derecho social, el transporte masivo de poblaciones como derecho social, la vivienda como derecho social, la alimentación como garantía básica y derecho social, entre otros elementos y valores. Naturalmente, esta evolución se produjo a diferentes ritmos en los países de Europa Occidental (la educación pública universal y gratuita, al menos en la escuela primaria, por ejemplo, en diferentes países es anterior al período posterior a la Segunda Guerra Mundial). Tal evolución, finalmente, se sumó en un modelo complejo, integral y sofisticado posterior a la Segunda Guerra, con su Constitucionalismo Humanista y Social y una construcción bien planificada del Estado de Bienestar Social (*Welfare State*), siempre respetando, en la época, las peculiaridades nacionales de los diferentes Estados de Europa Occidental.

documento constitucional que incorporó normas de Derecho Laboral y de Seguridad Social. En Godinho Delgado, M.: "Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho", ob. cit., pp. 33-58.

3. Sobre la estrecha correlación, entre los avances de la seguridad social, con un "núcleo inicial de programas", y también los político-electorales, en torno a la consagración del sufragio universal, incluso en relación con las mujeres, en varios países de Europa Occidental, véase Lessa Kerstenetzky, C.: *O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão – a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2012.

Evidentemente, la atención a estas relevantes necesidades y carencias del ser humano no puede –ni debe– ser realizada exclusivamente por el Estado. Tal exclusividad ni siquiera es el centro del proyecto y la realización histórica y sociológica del Estado de Bienestar Social. De hecho, varias dimensiones o, al menos, parte de estas necesidades y carencias humanas –vistas como parte de los derechos sociales– tienden a ser atendidas, por ejemplo, por la familia (en cualquiera de sus formatos) y, especialmente, por mujeres a lo largo de la historia. Tomemos como ejemplo la educación y la salud, que en parte están garantizadas por la familia, sin embargo, la parte más relevante de ellas la aseguran las instituciones del Estado en el modelo de Estado de Bienestar Social (sistema educacional público universal). Tomando otro ejemplo, la garantía de alimentos básicos, esto puede ser servido efectivamente, en una dimensión sustancial, por el propio mercado económico, siempre que las políticas públicas aseguren, por supuesto, un nivel razonable de ingresos para las personas a través del trabajo o empleo o prestaciones de seguridad social.

Cabe señalar, sin embargo, que, en una estructura de Estado de Bienestar Social, los responsables de las políticas públicas deben estar atentos a la generación y reproducción de condiciones que permitan a las personas integrarse a esta peculiar dinámica social, ya que esta integración satisfactoria y equitativa tiene una dimensión significativa del interés social, del interés público y del interés y objetivo del *Welfare State*.

Por cierto, Gosta Esping-Andersen, en su reconocida obra, *The Three Worlds of Welfare State*, de 1990, lanzó una famosa tipología sobre EBES, partiendo precisamente de estos objetivos⁴. Así, el autor nórdico señaló tres modelos de *Welfare State*: el más sofisticado e igualitario de todos, en el que emerge el predominio de la actuación del Estado y su aparato público en la satisfacción de las necesidades y carencias relevantes de la persona humana (es lo que él llama el “modelo socialdemócrata”, que incluye, por ejemplo, los países escandinavos); el modelo también significativamente igualitario, pero en el que emerge la importante presencia de la familia, además del Estado, en la satisfacción de las necesidades y carencias humanas (esto es lo que el autor denomina el “modelo conservador-corporativista”, en el que Alemania se distingue); y, finalmente, el modelo menos igualitario de los tres, en el que destaca la presencia relevante del mercado capitalista, y algo del Estado, en la satisfacción de estas necesidades y carencias de los individuos (esto es lo que el autor denomina el “modelo liberal-residual”, en el que destaca Estados Unidos, ilustrativamente)⁵.

4. Esping-Anderson, G.: *The three worlds of welfare state*, Princeton University, Princeton, 1990.

5. Véase Esping-Anderson, G.: “O futuro do *welfare state* na nova ordem mundial”, *Lua Nova*, núm. 35, 1995, pp. 73-111; Esping-Anderson, G.: *Politics against markets – the social democratic road to power*, Princeton University, Princeton, 1985. El análisis del trabajo de Gosta ESPING-ANDERSEN es realizado por varios autores, incluso refiriéndose a las críticas que las autoras feministas han dirigido a su tipología. Pueden citarse, por ejemplo: Pimenta de Faria, C. A.: “Uma genealogia das teorias e tipologias do Estado de Bem-Estar Social”, en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. 2. ed., LTr, São Paulo, 2018, p. 33-78; Sátyro, N et al.: “Regimes de bem-estar social na América Latina: uma revisão do debate recente” en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021.

Evidentemente, el segundo modelo (denominado “conservador-corporativista”) tiene que generar, al mismo tiempo, políticas públicas que de alguna manera retribuyan el desempeño de la familia –o mejor dicho, de las mujeres, desde un punto de vista histórico y sociológico real–, bajo pena de comprometer el objetivo civilizador del EBES, sometiendo a las mujeres a una dinámica laboral excesiva, desequilibrada y hasta excluyente. Tales críticas fueron realizadas por destacadas autoras feministas a la construcción tipológica de Esping-Andersen, lo que condujo a una mejora en la elaboración teórica del autor escandinavo⁶.

También es obvio que el tercer modelo (“liberal-residual”) puede convertirse en una falsificación del *Welfare State*, si arroja a la gente al molino del mercado económico sin protecciones y contrapartes públicas capaces de hacer realmente posible la satisfacción de sus necesidades consideradas esenciales e inherentes a la estructura y lógica del Estado de Bienestar Social. Lo cierto es que, en general, el liberalismo extremo –en particular la corriente que en las últimas décadas se denomina neoliberal– tiende a eliminar paulatinamente las responsabilidades del Estado por el bienestar de las personas y de la comunidad, entregando todas las cargas y desafíos a una relación directa entre el ser humano y el mercado económico. En la tipología de Esping-Andersen, se entiende que solo habrá un EBES real si tal extremismo y configuración no ocurren realmente en la práctica histórica.

A. Resumen de características generales

En un trabajo anterior, Mauricio Godinho Delgado y Lorena Vasconcelos Porto destacaron así las características fundamentales del Estado de Bienestar Social, en su versión más compleja, sofisticada y comprehensiva⁷:

1. “Presencia e institucionalización de una democracia multidimensional (política, social, económica, cultural, institucional y jurídica)” en el respectivo país y Estado. Para Delgado y Porto, esta concepción de la democracia se confunde, en la práctica, con el “concepto constitucional de Estado Democrático de Derecho, inherente al Constitucionalismo Humanista y Social europeo posterior a la Segunda Guerra Mundial”.
2. “Presencia e institucionalización de los derechos civiles y políticos, pero ahora desde una perspectiva amplia, inclusiva y antidiscriminatoria, contraria a su concepción restringida, excluyente y discriminatoria inherente al liberalismo original”.
3. “Presencia e institucionalización de una amplia gama de derechos individuales, sociales y colectivos (algunos de ellos juntan simultáneamente, en sí mismos,

6. Al respecto consultar la bibliografía mencionada en la nota 7, inmediatamente anterior.

7. Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L.: “O Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) no capitalismo contemporâneo”, en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *Welfare State – os grandes desafios do Estado de Bem-Estar Social*, LTr, São Paulo, 2019, pp. 23-49.

- las tres dimensiones, como es el caso de los derechos laborales)”. Se mencionan algunos de los principales de estos derechos, conocidos genéricamente como derechos sociales: trabajo y empleo; salud; educación; seguridad social; vivienda; transporte colectivo de personas; alimentación; cultura; ocio. Además, para lograr esta importante característica, el EBES, en su versión más sofisticada, tiende a estructurar los sistemas de educación públicos y universales, los sistemas de salud públicos y universales, los sistemas de seguridad social también con una fuerte participación pública, junto con otras medidas y peculiaridades. Además, a través del pleno empleo o las prestaciones de la seguridad social, también tienden a garantizar que las personas tengan otros derechos, como, por ejemplo, la alimentación.
4. “Presencia, garantía e institucionalización del estatus de actores sociales, económicos y políticos consagrados conferido a los movimientos sociales, especialmente al sindicalismo y sus instituciones”. Es decir, las instituciones intermedias que representan a partes importantes de la sociedad civil son reconocidas y respetadas, incluidas y principalmente las entidades sindicales, ya que actúan en el centro del poder económico existente en el sistema capitalista, atenuando y democratizando este impresionante poder.
 5. “Presencia, garantía e institucionalización de un universo de medios de comunicación en masa razonablemente equilibrado, equitativo, independiente, capaz de transmitir las diversas perspectivas que envuelven los numerosos problemas señalados”.
 6. “Presencia e institucionalización de una participación creciente y equitativa de las mujeres en las diferentes dimensiones de la sociedad civil y la sociedad política”. Como ya se mencionó en este artículo, la lucha de las mujeres desde el siglo XIX y a lo largo del siglo XX ha conquistado, en la gran mayoría de los países europeos, e incluso en otros países del mundo, el derecho al voto universal, incluso durante las primeras décadas del siglo XX. Desde entonces, el movimiento de mujeres habría tenido un impacto relevante en el proceso de construcción y perfeccionamiento de las diferentes experiencias de *Welfare State*.
 7. “Presencia e institucionalización de una participación relevante y estratégica del Estado y sus instituciones en la sociedad y la economía”. Para Delgado y Porto, tal presencia no solo sería un instrumento “para garantizar la universalidad de las políticas públicas que garantizan los derechos sociales de la población, sino también para garantizar la ocurrencia del desarrollo sostenible en el plan del sistema económico capitalista”.
 8. “Presencia e institucionalización de una política tributaria basada en el principio de solidaridad, a fin de asegurar el firme equilibrio fiscal del Estado en fuerte armonía con el principio de igualdad sustancial que es fundamental en las ideas de *Welfare State*”. Cabe agregar que el equilibrio fiscal estatal solo se puede lograr, en la práctica, y sin sacrificios sociales innecesarios, si las características enumeradas en los ítems 7 y 9 –referidas a la acción incisiva del Estado en la economía– también se observan firmemente en las experiencias históricas de EBES.

9. “Presencia e institucionalización de un sistema económico capitalista sostenible y responsable, capaz de permitir la realización del desarrollo sostenible, tipificado por un capitalismo con responsabilidad social y ambiental (responsabilidad socioambiental) y reciprocidad socioeconómica para la población respectiva”⁸.

Estas nueve características, tomadas en su conjunto, corresponden a un estándar sofisticado, complejo y completo del Estado de Bienestar Social, que ni siquiera se logró en todos los países de Europa Occidental posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Como conjunto completo, tuvo lugar, en esencia, en los países ubicados en el centro y norte de Europa Occidental [por ejemplo, en orden alfabético, Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Holanda, Italia, Reino Unido y Suiza, además de los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia)], con un total de 13 países y una población de más de 200 millones de habitantes. Pero, en cualquier caso, alcanzó, en gran medida, a otros países europeos, aunque en tiempos históricos aún más dilatados (caso de los dos países ibéricos, España y Portugal, a título ilustrativo).

Es necesario agregar, en todo caso, a esta lista de características antes mencionadas, la décima característica, encarnada en la presencia e institucionalización de una participación cada vez más igualitaria también de las minorías en las diferentes dimensiones de la sociedad civil y la sociedad política (las mujeres, como sabemos, no pueden considerarse minorías efectivas; siempre han sido discriminadas en la Historia, pero no porque sean minorías efectivas). Cabe añadir que, en varios países occidentales, los segmentos étnicos distintos de los de origen europeo tienen una importancia numérica significativa, y están creciendo incluso en la propia Europa Occidental. En las Américas, el tema de la discriminación y exclusión de personas pertenecientes a determinados grupos étnicos es incluso bastante manifiesto y severo (llegando al racismo, como se conoce), como es el caso, por ejemplo, en países como Estados Unidos, Brasil, Colombia, El Salvador, Ecuador, México, Panamá y Perú⁹.

Es cierto que, durante el período de construcción del EBES en Europa Occidental, esta décima característica no emergió como algo sociológicamente significativo,

8. Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L.: “O Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) no capitalismo contemporâneo”, ob. cit., pp. 23-49.

9. La autora norteamericana Jennifer Pribble –refiriéndose al estudio de Van Cott, 2000– identifica problemas graves de discriminación étnica o racial en diferentes países de las Américas. Junto a EE. UU. (que no es el tema de este artículo), ella señala, en América Latina, al menos siete países con este perfil, enfatizando que este hecho ha influido (o aún influye) negativamente en la construcción de políticas públicas de la prevención de riesgos humanos y sociales (como salud y educación integral, por ejemplo) y el afrontamiento de riesgos humanos y sociales (por ejemplo, como prestaciones de seguridad social también integrales). Dichos países son los siguientes: Brasil; Colombia; El Salvador; Ecuador; México; Panamá; Perú (por razones metodológicas referidas a los datos, la autora no avanza en el análisis de Bolivia y Venezuela, no habiendo forma, en este caso, de cómo insertar, por ejemplo, alguno de los dos países en esta lista –aunque sí sabe que Bolivia, ilustrativamente, también enfrenta problemas de discriminación por factores étnicos–. Naturalmente, el análisis propuesto por Jennifer PRIBBLE no se limita a estos factores –como se verá en el ítem IV de este artículo–, aunque insiste en que son importantes, eso sí, en el estudio del tema sobre los obstáculos y desafíos que enfrenta la implementación de EBES en América Latina. En Pribble, J.: “Mundos apartados: regímenes de política social na América Latina”, en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021. Sobre el racismo en los Estados Unidos y sus múltiples repercusiones en la sociedad civil y política, consulte el documental de Netflix titulado “13th”.

dada la gran homogeneidad étnica que distinguió, en esa etapa histórica, a los países europeos que construyeron el *Welfare State*. Este aspecto, sin embargo, siempre ha sido muy relevante en el contexto de la Historia de los países de las Américas, desde Estados Unidos hasta América Latina, desde la formación e independencia de estos países (siglos XVIII y XIX). En la propia Europa Occidental, sin embargo, el tema comenzó a cobrar protagonismo, importancia y fuerza en las últimas décadas del siglo XX e incluso en la actualidad.

Es claro que la lucha contra la discriminación (cualquier discriminación, incluso por género, orientación sexual, origen, estado, color, edad, etc.) es una parte central del Estado Democrático de Derecho, componente del Constitucionalismo Humanista y Social, estando englobada, en esa medida, por supuesto, en los temas 1, 2, 3, 4 y 6, antes mencionados. Sin embargo, por su notable relevancia, esta lucha debe destacarse de manera expresa, como se ha hecho.

El *Welfare State*, con sus peculiaridades e incluso limitaciones, se hizo presente en otras partes del mundo, como, por ejemplo, en Oceanía, particularmente en Australia y Nueva Zelanda. Con elementos introductorios de finales del siglo XIX (ilustrativamente, un sistema laboral algo completo y sofisticado), el EBES siguió siendo un parámetro del desarrollo socioeconómico en estos dos países de Oceanía, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial.

El EBES también está presente en América, tanto en Canadá como en Estados Unidos, si se observa la tipología de Esping-Andersen. En cualquier caso, parece apropiado encajar a Canadá en el modelo de EBES Integral, mientras que EE.UU. encaja en el estándar de EBES Estricto. La diferencia entre los dos países se justifica, por ejemplo, en vista de la superioridad del sistema de salud canadiense, que es universal y gratuito, en contraste con el sistema norteamericano, que es predominantemente privado y bastante caro, por cierto; la diferenciación también se justifica por el hecho de que el sistema educativo de Canadá, a nivel universitario, es más universal e inclusivo que el estándar específico de Estados Unidos.

Respecto a Estados Unidos, el EBES se diseñó a través de algunos rasgos relevantes, surgidos en el siglo XX, especialmente después del gobierno de Franklin Delano Roosevelt (1933-1945), profundizándose hasta, al menos, los años 1970. Las principales características de esta era progresista son el mantenimiento y expansión de un sistema escolar universal e inclusivo hasta la escuela primaria, el fortalecimiento del Derecho Colectivo del Trabajo a través del empoderamiento de las entidades sindicales, el fuerte papel del Estado en la protección y generación de desarrollo y empleo, con el fin de asegurar un nivel de ingresos significativo para la respectiva población, junto con el inicio de la lucha contra la segregación racial de la minoría negra en ese país. Esta fase progresista se extendió desde la década de 1930 hasta la de 1970, época a partir de la cual será continuamente desmantelada y derrocada por la hegemonía neoliberal surgida de los gobiernos de Richard Nixon y Gerald Ford (1969-1977) y que luego fue acentuada por el gobierno de Ronald Reagan (1981-1989) y administraciones republicanas posteriores. El neoliberalismo, en los últimos 40/50

años, ha debilitado efectivamente las características del EBES en los EE.UU., pero no hasta el punto de comprometer el marco previamente expuesto¹⁰.

Sin embargo, la verdad es que estas experiencias de EBES dispersas no han demostrado ser firmes y en gran medida complejas, sofisticadas y completas, a diferencia del modelo estándar del centro y norte de Europa Occidental después de la Segunda Guerra Mundial (el EBES Integral). Fue, en cierta medida, un EBES delimitado, estricto, aunque, en todo caso, importante en comparación con los modelos políticos, legales, institucionales y socioeconómicos tradicionales ampliamente excluyentes. Solo para que conste, cabe señalar que, en Estados Unidos, a pesar de los avances del *New Deal*, no fue posible romper la hegemonía y prácticas discriminatorias imperantes en varios Estados del sur del país, y mucho menos fue alcanzada la institucionalización de un sistema electoral universal y no discriminatorio, incluso en la actualidad¹¹. Por no hablar de la solidez de las políticas públicas claramente antisindicales y laborales lideradas por varios Estados norteamericanos¹². A esto se suma la ausencia, en el país, de un sistema de salud universal con amplio acceso a la población, junto a las severas restricciones económicas al acceso a la notable red de instituciones universitarias que destaca a los EE.UU.

B. Tipología de estados de bienestar social

Hay varias tipologías de EBES construidas por politólogos, sociólogos, historiadores, economistas, tomando como parámetro, especialmente, las experiencias de Europa Occidental y algunos de los otros ejemplos dispersos de Estado de Bienestar Social que surgieron en el mundo (por ejemplo, Canadá y EE.UU., en las Américas, y Australia y Nueva Zelanda, en Oceanía)¹³.

10. De hecho, la construcción de la hegemonía neoliberal en Estados Unidos también pasó por los nuevos gobiernos demócratas, aunque en menor medida. Por ejemplo, la Comisión Trilateral, destinada, entre otras cosas, a difundir la ideología neoliberal en el mundo, creada en 1973 por David Rockefeller, fue honrada por el posterior gobierno de Carter (1977-1981), mientras que, en el gobierno de Clinton (1993-2001), continuó la tendencia al encarcelamiento masivo de la población negra, así como la política pública de desregulación del mercado financiero. Sin embargo, el tono y la dirección más enfáticos en el sentido ultraliberal han sido indudablemente impulsados y firmemente desarrollados, de hecho, por los gobiernos republicanos (Nixon; Ford; Reagan; Bush; Bush Hijo; Trump), durante sus más de 30 años de mandatos presidenciales alcanzados en esa fase.

11. Sobre el sistema político y electoral estadounidense y sus limitaciones excluyentes, consultar, por ejemplo: Dahl, R.: *A Constituição norte-americana é democrática?*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.; Netflix: *Whose Votes Counts, Explained*, 2020. Sobre las políticas públicas antisindicales y laborales típicas de varios estados componentes de EE.UU., véase: Renda Leal Fernandes, J.: *O Mito EUA – um país sem direitos trabalhistas?*, Juspodium, Salvador, 2021. El autor describe, en la Historia estadounidense, la presencia de varias leyes estatales adversas al sindicalismo, la negociación colectiva y las protecciones laborales normativas, exponiendo también las recurrentes decisiones de la Corte Suprema contrarias a estos derechos sociales y sus instituciones colectivas.

12. Sobre las crecientes restricciones al *Welfare State* en los Estados Unidos, a partir de los gobiernos Richard Nixon y Gerald Ford (1969-1974), véase, por ejemplo: Chomsky, N.: *Réquiem para o sonho americano – os 10 princípios de concentração de riqueza & poder*, Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 2017.

13. Estudios sobre las tipologías centrales del Estado de Bienestar Social, en sus formaciones mejor estructuradas, se pueden encontrar, por ejemplo, en los siguientes artículos y libros: Arretche, M.: "Emergência e Desenvolvimento do *Welfare State*: teorias explicativas", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *Welfare State – os grandes desafios do Estado de Bem-Estar Social*, LTr, São Paulo, 2019, pp. 50-105; Pimenta de Faria, C. A.: "Uma genealogia das teorias e tipologias do Estado de Bem-Estar Social", ob. cit., pp. 33-78; Lessa Kerstenetzky, C.: *O Esta-*

En un libro colectivo publicado recientemente¹⁴, por ejemplo, hay referencias a varias de estas tipologías, aunque el enfoque de los artículos es la realidad de los países latinoamericanos, que es bastante diferente a la vigente en Europa, Canadá y EE.UU.

Los textos del citado libro colectivo destacan, sin embargo, varias clasificaciones instigadoras que buscan investigar las políticas sociales en los diferentes países de América Latina, con el fin de evaluar en qué medida y grado desarrollaron, o no, instituciones inclusivas similares o inspiradas en el estándar del clásico Estado de Bienestar Social. Algunas de estas importantes tipologías elaboradas sobre los países de América Latina, que fueron incluidas en el citado libro colectivo, serán mencionadas en el ítem III de este artículo, a continuación¹⁵.

En este sub-ítem II.B, sin embargo, pretendemos presentar una tipología de *Welfare States* tomando como parámetro los ejemplos clásicos europeos, junto con una referencia a Canadá y Estados Unidos. El objetivo es permitir un análisis comparativo con las experiencias más destacadas de América Latina, a fin de percibir la distancia y las aproximaciones de estas experiencias frente a las características básicas de un Estado de Bienestar Social clásico, las cuales fueron señaladas en el sub-ítem II.A de este texto.

En esa medida, encontramos tres estándares principales de los Estados de Bienestar Social, que se especifican a continuación. Nótese que la clasificación se construye, con fines didácticos, tomando desde el estándar más sofisticado, en primer lugar, hacia el estándar más simple posible, hasta llegar a un amplio grupo de países que ni siquiera pueden ser considerados como Estados de Bienestar Social, aunque incipientes y rudimentarios (por tanto, esta última categoría sería la cuarta expuesta, pero lo cierto es que se refiere a aquellos países que, de hecho, no pueden ser considerados objetivamente como *Welfare States*, ni siquiera rudimentarios o incipientes).

En este contexto, la primera y más avanzada categoría es la formada por el EBES Integral. Se refiere a aquellos *Welfare States* en los que se concretan, con amplitud y claridad, las diez características anteriormente expuestas en este artículo. En general, corresponden a los clásicos Estados de Bienestar Social de Europa Occidental, estructurados justo después de la Segunda Guerra Mundial o un poco más tarde.

Si bien este grupo se puede preservar como una sola categoría, lo cierto es que las diferencias de intensidad de estas características en los distintos países permiten establecer una pequeña gradación entre ellos, es decir, los más sofisticados, complejos y resilientes, por un lado, seguidos de los que están, en tales aspectos, en un nivel ligeramente inferior, pero sin perder el marco central más amplio como un EBES Integral.

Con tales salvedades, esa categoría de *Welfare State* puede dividirse en dos subtipos: por un lado, EBES integrales y sofisticados, en el sentido de que cuentan con una

do de Bem-Estar Social na Idade da Razão, ob. cit.; Kuhnle, S: "O Estado de Bem-Estar Social nos Países Nórdicos" en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*, LTr, São Paulo, 2018, pp. 167-173; Sátyro, N et al.: "Regimes de bem-estar social na América Latina: uma revisão do debate recente", ob. cit.

14. Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, ob. cit.

15. Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, ob. cit.

amplia complejidad de instituciones públicas y normas y prácticas institucionales en la dirección firme de la inclusión, igualdad, democratización y otros objetivos importantes del Estado de Bienestar, como lo demuestran las diez características descritas anteriormente. Por otro lado, están los EBES integrales que no demuestran la misma profunda sofisticación y/o que no tuvieron la misma capacidad, en los últimos 30/40 años, para tener una sólida resiliencia a las presiones y reformas neoliberales, que suelen ser excluyentes y precarias. Cabe aclarar que aquí, en todo caso, el estándar, en esencia, es el mismo –el de un EBES integral–, sin embargo, hay una mera distinción en cuanto a la complejidad y sofisticación de las instituciones y prácticas integradoras y su resistencia al avance neoliberal.

Por otro lado, se señala a los llamados EBES estrictos como la segunda categoría de Estado de Bienestar Social. Estos cuentan con la presencia de la gran mayoría de las diez características mencionadas anteriormente (pero no necesariamente todas), aunque también presentan problemas, deficiencias y limitaciones en varias de estas características incorporadas. En definitiva, en esta categoría se perciben severas restricciones en algunas de las características del EBES, pero sin comprometer la inclusión del respectivo país en esta especial fórmula de estructuración y dinámica de la sociedad política y civil. Este grupo incluye, por ejemplo, los Estados Unidos de América.

Aún dentro de la matriz de los EBES, hay una categoría de transición, en la que los países pueden o no convertirse en un verdadero EBES. Esta categoría se denomina aquí EBES incipientes. En este caso, el país tiene fallas, limitaciones y restricciones muy serias en varias características de un EBES completo; pero, por otro lado, muestra una verdadera línea histórica de construcción de un *Welfare State* dentro de sus fronteras. En estos casos se presentan varios rasgos relevantes, pero casi todos ellos con severas restricciones, sin suficiente generalización para el conjunto de la sociedad, presentando en ocasiones duras falsificaciones al proyecto del Estado de Bienestar Social, entre otros defectos. Sin embargo, es innegable que, históricamente, en esa experiencia histórica concreta, hay una línea de construcción de un verdadero y amplio EBES. Los avances y retrocesos en estas experiencias suelen ser recurrentes, destruyendo muchas veces conquistas por varios períodos, aunque con recuperaciones y mejoras en otros. Es el caso típico de algunos países latinoamericanos.

Finalmente, la tipología menciona expresamente un amplio grupo de países en los que aún no existen características relevantes y sistemáticas de un Estado de Bienestar Social. En este grupo tampoco es clara la existencia de un proceso mínimamente eficiente y diversificado de construcción de un *Welfare State* dentro de sus respectivas fronteras, con la complejidad de instituciones, normas y prácticas que tan bien caracterizan este estándar de estructuración y funcionamiento de la sociedad política y civil. Es decir, la comparación de las diez características de un EBES con la estructura y dinámica institucional, económica y social presentes en este grupo de países los coloca todavía en una posición muy distante de un Estado de Bienestar Social, aunque considerado solo incipiente o rudimentario.

III. AMÉRICA LATINA Y LOS RASGOS ESTRUCTURANTES DEL ESTADO DE BIENESTAR SOCIAL: UN BALANCE ENTRE LOS PARÁMETROS CARACTERÍSTICOS CLÁSICOS Y LOS RASGOS ESTRUCTURANTES RESTRINGIDOS

América Latina, una región formada por aproximadamente una veintena de países, presenta una de las realidades más desiguales del planeta, aunque existen, entre sus diversos países, algunos caracterizados por una economía relativamente diversificada y un segmento poblacional con importantes ingresos individuales o familiares, a pesar de ser una minoría. Sin embargo, incluso entre algunos de estos países algo más desarrollados, la pobreza y la desigualdad socioeconómica siguen siendo marcas impresionantes. En un libro colectivo publicado recientemente¹⁶, diferentes capítulos aportan sólidos datos oficiales internacionales que demuestran este flagelo socioeconómico, institucional, legal y cultural en las dimensiones continental y nacionales¹⁷.

Bajo la perspectiva de la presencia de un Estado de Bienestar Social en algunos de los países que la componen, una evaluación objetiva y rigurosa no encontraría ni siquiera ningún país latinoamericano que pudiera incluirse, a la perfección, en este estándar de estructuración de la sociedad política y civil.

Cabe señalar, al fin y al cabo, que en América Latina, aun considerando los pocos países que presentan ciertas características de instituciones, políticas públicas y normas sociales, los niveles de inclusión social, económica e institucional en cualquier sistema de protección estatal son muy bajos en la región en su conjunto, siendo sumamente elevado el promedio de excluidos y desprotegidos de las políticas públicas de carácter socioeconómico, sanitario y de seguridad social (genéricamente denominados *outsiders*) en la población de la región y sus países. Al respecto, las autoras Natália Sátyro, Danúbia Zanetti y Rosiene Freitas, refiriéndose a un estudio de Maria Candelária Garay, de 2010, que abarca el período 1975-2000, afirmaron que “los *outsiders* representaban el 50% de la población latinoamericana, una gran parte de ese porcentaje vivía en situación de pobreza o pobreza extrema”¹⁸.

En tal marco, de hecho, ninguno de los países latinoamericanos está realmente incluido entre los EBES Integrales, sean los más sofisticados (los 13 que se ubican en el centro y norte de Europa Occidental, favoreciendo a unos 200 millones de personas), sean los demás participantes en este primer bloque mejor estructurado de *Welfare States*. Aunque algunas de las 10 características generales enumeradas en este texto se pueden encontrar en algunos de los países de América Latina –especialmente en cinco de ellos, como Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay (o siete países, si México y Panamá son incluidos en la lista)–, lo cierto es que, en todos los casos, estas características no son extensas, pero sí notoriamente limitadas y restringidas. La

16. Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, ob. cit..

17. Jennifer Pribble, por ejemplo, en un libro específico sobre políticas sociales en países de América Latina, es enfática en esta declaración: “Latin América has long been classified as the most unequal region in the world”. En Pribble, J.: *Welfare and Party Politics in Latin América*, Cambridge University Press, New York, 2014.

18. Sátyro, N. et al.: “Regimes de bem-estar social na América Latina: uma revisão do debate recente”, ob. cit.

distancia entre los temas comparados es tan intensa que no se puede hablar de la presencia, en América Latina, de ningún ejemplo de EBES Integral.

Lo mismo se aplica a los EBES Estrictos, que se caracterizan por una menor presencia de las instituciones estatales en el desempeño de los deberes institucionales y sociales de inclusión y protección de las personas humanas en un entorno social, incluido el económico, político e institucional. La distancia entre las realidades de los cinco (o siete) países latinoamericanos aquí enumerados con las diez características centrales planteadas en este artículo impide también enmarcar a cualquiera de ellos en un verdadero Estado de Bienestar Social Estricto.

Recuerde, además, que los EBES Estrictos delegan diversas funciones y deberes para la inclusión y distribución de bienes y servicios al propio mercado económico –lo que tiende a hacer de la idea de EBES casi una quimera, en ciertas realidades– mientras que, en América Latina, la economía de diferentes países se ha mostrado, durante las últimas cuatro o cinco décadas, sumamente frágil, desarticulada, poco variada y compleja, además de un proceso de desindustrialización incontenible (caso de Brasil, por ejemplo), hechos que demuestran su notoria incapacidad para cumplir funciones y deberes inclusivos y eficientes en términos de relaciones económicas y sociales¹⁹.

Sin embargo, no parece razonable ni objetivo incluir a todo el conjunto de países latinoamericanos en la categoría de países sin rasgos característicos relevantes del EBES. Y es que, en esta amplia y desalentadora categoría, la distancia entre los cinco (o siete) países mencionados en este artículo y el resto de países de esa región con muy pocas de las 10 características señaladas anteriormente –o que tienen solo algunas de ellas, pero generalmente demarcadas por restricciones profundas–, es realmente muy grande. Además, hay que reconocer que los cinco (o siete) países mencionados anteriormente, a diferencia de los demás, sí cuentan con la presencia de varias de las 10 características explicadas, aunque con restricciones en prácticamente todas o varias de ellas.

Por eso parece pertinente incluir a estos cinco países (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay) –o siete, si México y Panamá están incluidos en esta lista– en la categoría de EBES Incipientes. Que quede claro, sin embargo, que la categoría EBES Incipiente se refiere a un Estado de Bienestar Social en construcción, rudimentario, distante aún de un Estado de Bienestar Social básico, que atienda las necesidades mínimas de justicia social e inclusión socioeconómica e institucional de toda la población.

19. Si bien la economía brasileña se muestra en un proceso continuo de desindustrialización –considerando el pico de participación de la industria en el PIB, en 1980/1982 (alrededor del 30%) y los años 2019/2020 (alrededor del 12/11%)–, el caso es que ha exhibido diferentes situaciones y actuaciones en los últimos 30 años. En la década de 1990, por ejemplo, experimentó varios años de desempleo extremadamente alto (10% o más), volviendo a estos niveles por encima del 10% desde 2016 hasta la actualidad. Sin embargo, entre 2003 y 2013, redujo de manera sostenida los niveles de desempleo, llegando a menos del 5% de la población activa del país (sobre estos datos, véase Godinho Delgado, M.: *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2020). Por otro lado, el país ha creado una política pública, en las últimas dos décadas, de transferencia directa de ingresos al segmento más pobre de la población. Por tanto, no es posible tomar un solo dato (desindustrialización) como parámetro de análisis, aunque sí es muy importante, como se verá en el ítem IV de este artículo.

De todos modos, en la categoría de “países sin rasgos característicos relevantes del EBES” se enmarcan notoriamente, por ejemplo, Bolivia, Colombia, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. Se trata de países en los que los grados de exclusión socioeconómica y la ausencia de políticas públicas inclusivas han sido muy acentuados a lo largo de la Historia –con la evaluación y comparación desde el siglo XX–, aunque, por supuesto, existen diferencias en aspectos y gradaciones entre ellos. Desde la perspectiva de un Estado de Bienestar Social, no se considera realista incluirlos en la lista de países latinoamericanos que han logrado, incluso con muchas restricciones, iniciar un proceso de estructuración de un *Welfare State*, con políticas públicas diversificadas en esta dirección (de ahí que se habla de EBES Incipiente). Al respecto, es oportuno reproducir la evaluación explicitada por las autoras Natália Sátyro, Danúbia Zanetti y Rosiene Freitas, refiriéndose a los estudios de Fernando FILGUEIRA, de 1998, y Carlos B. Solano, de 2007, aunque lanzada en otro contexto:

“En estos países, las élites se han apropiado del aparato estatal, utilizando su capacidad fiscal para extraer ingresos sin contrapartida en bienes colectivos, regulación del mercado o servicios sociales. También son países muy heterogéneos en relación a su estructura social, lo que se reflejó en la distribución del ingreso entre áreas urbanas y rurales y en el grado de funcionamiento del mercado, produciendo diferentes configuraciones sociales. El grado de intervención estatal para compartir los riesgos derivados de esta configuración fue mínimo (...) Las escasas intervenciones estatales moldearon las desigualdades estructurales en estos países (...)”²⁰.

En ese sentido, considerando las políticas públicas aplicadas por los diferentes países latinoamericanos, tomando como marco temporal el período hasta la primera década del 2000, las referidas autoras Natália Sátyro, Danúbia Zanetti y Rosiene Freitas estructuran un cuadro comparativo que involucra a los países en la región, de acuerdo con investigaciones y reflexiones de diferentes autores, en relación a los regímenes de bienestar. En esta expresiva e instigadora tabla comparativa (cuadro 1), las tres autoras encuentran en el estudio de Evelyne Huber y John D. Stephens, publicado en 2012, solo cuatro países que presentaron “mayor esfuerzo” hacia el EBES. Estos son Argentina, Chile, Costa Rica y Uruguay. Brasil y México, por su parte, se incluyeron en el grupo dual de quienes presentaron “esfuerzo medio-alto”. Sumando todos estos, se obtiene el número de seis países latinoamericanos.

Tomando como parámetro el estudio de los autores Mario Marcel y Elizabeth Rivera, publicado en 2008, las tres autoras brasileñas mencionadas también encuentran

20. En el original: “Nesses países as elites se apropriaram do aparato do Estado, usando sua capacidade fiscal para extrair renda sem a contrapartida em bens coletivos, regulação do mercado ou serviços sociais. São também países muito heterogêneos em relação à sua estrutura social, o que se refletiu na distribuição de renda entre áreas urbanas e rurais e no grau no qual o mercado operou, produzindo diferentes configurações sociais. O grau de intervenção do Estado no compartilhamento dos riscos advindos dessa configuração foi mínimo (...) As escasas intervenções estatais moldaram as desigualdades estruturais desses países (...)”. En Sátyro, N. et al.: “Regimes de bem-estar social na América Latina: uma revisão do debate recente”, ob. cit.

solo cinco países que están incluidos en lo que fue considerado por M. Marcel y E. Rivera como un “régimen de bienestar potencial”. Estos son Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y Uruguay. México no se incluyó en este bloque, a diferencia de la clasificación anterior.

Finalmente, siguiendo los mismos criterios comparativos, las tres autoras referidas también examinan los marcos elaborados por Juliana Martínez Franzoni, cuyo enfoque es claramente feminista, preocupado por la inserción de las mujeres en las respectivas experiencias de los países latinoamericanos y los correspondientes modelos de políticas públicas (o falta de ellos, por supuesto). En las interesantes investigaciones y reflexiones de Juliana Franzoni, los regímenes considerados “estado-productivista” y “estado-proteccionista” fueron percibidos como los más avanzados, desde la perspectiva del EBES, entre los demás de América Latina (avanzados, dentro de los modestos límites de las experiencias latinoamericanas). Cabe agregar que la autora llama así a los dos regímenes restantes, bastante tradicionales y excluyentes, dentro de su clasificación: “familiarista” y “altamente familiarista”. El resultado de la clasificación realizada por Juliana Franzoni apunta a una dirección muy cercana a la apuntada en las dos investigaciones y clasificaciones mencionadas anteriormente. De hecho, están presentes aquí: Argentina (“estado-productivista”); Brasil (“estado-proteccionista”); Chile (“estado-productivista”); Costa Rica (“estado-proteccionista”); México (“estado-proteccionista”); Panamá (“estado-proteccionista”); Uruguay (“estado-proteccionista”). Como se puede observar, hay entonces siete países, con presencia también de México y Panamá.

Habiendo demostrado la pertinencia de hacer una diferenciación entre un pequeño bloque de países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Uruguay y, si es el caso, también México y Panamá), que formarían el grupo de los clasificados como EBES Incipientes, los demás países mencionados (Bolivia, Colombia, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela) se insertarían en el grupo de “países sin rasgos característicos relevantes de EBES”. Esta diferenciación permite una mejor percepción de los niveles de aproximación al estándar de civilización de los EBES, al mismo tiempo que favorece el análisis de los puntos centrales de diferenciación y los respectivos desafíos a enfrentar para pasar a un nivel diferente de organización en la sociedad política y civil de la región.

Sin embargo, cabe formular tres observaciones y salvedades a este respecto.

En primer lugar, las reflexiones realizadas tomaron en consideración, esencialmente –considerando los estudios incluidos en el libro colectivo mencionado– datos ubicados alrededor del año 2000 (que cubren el largo período anterior y algunos años posteriores al 2000), lo que significa que pueden haber ocurrido cambios positivos (o negativos) en diferentes países en las últimas dos décadas. Se hizo alguna referencia a hechos y políticas públicas ocurridas en los últimos 20 años, pero no abarcan a la totalidad de los países, ni están en el centro del análisis realizado. En esta medida, los efectos reales de las políticas públicas implementadas por los gobiernos progresistas que operan en Bolivia y Venezuela en las últimas dos décadas no son considerados

en el presente estudio –como se dijo, el estudio y la clasificación respectiva tuvieron en cuenta, por los diversos autores retroespecificados, datos que se refieren a principios de la década de 2000–²¹.

En segundo lugar, una de las características de América Latina y sus países –incluso en los países más avanzados de la región– constituye una aparente dinámica irresponsable de *stop and go* en las políticas públicas, dinámica que puede, sí, haberse dado en estas dos últimas décadas en cualquiera de estos países. Es decir, en los períodos en los que las corrientes adversas del *Welfare State* y defensoras del liberalismo extremo asumen el poder, de diferentes formas, tienden a deconstruir el máximo de avances consolidados en la fase progresiva anterior, retrocediendo significativamente el proceso de estructuración del Estado de Bienestar en el respectivo país. Desafortunadamente, esta es una dinámica relativamente común en América Latina, que Brasil viene experimentando, de manera muy enfática, desde 2016. Esta desalentadora peculiaridad debe tenerse en cuenta en cualquier análisis.

Insistimos en este segundo aspecto: es que los obstáculos y desafíos para la implementación del EBES en América Latina son tan grandes y reticentes que, en cada coyuntura histórica, se corre el riesgo de poner mucho que perder en la construcción del *Welfare State* en esta región, incluso en países un poco más avanzados en este tema.

De hecho, como se verá en el ítem IV de este texto, con cada reinicio de la hegemonía neoliberal en el entorno latinoamericano, por ejemplo, se desencadena una fase obsesiva de destrucción de las características relevantes del EBES en estos países. Ya sea por dictaduras (el caso de Chile, que retrocedió la construcción de un EBES en ese país, entre 1973 y 1990, durante el período dictatorial de Pinochet), o por el advenimiento de la dominación ultraliberal a través de atajos políticos tradicionales o creativos (caso de Brasil, desde 2016, con el derrocamiento del gobierno democráticamente reelegido en las elecciones de 2014). El *stop and go* latinoamericano tiene una tendencia a abarcar no solo el desarrollo económico y social, sino también el desarrollo político, institucional y cultural hacia un *Welfare State* efectivo en estos países.

La tercera observación, que también es una salvedad, se refiere al número de países latinoamericanos incluidos en la muestra. Como puede verse, aquí no se comentan todos. Y esta elección se hizo por diferentes razones.

Por un lado, el caso de Cuba. Evidentemente, el país, durante más de cinco décadas, logró estructurar políticas públicas consistentes, efectivas y generalizadas en las áreas de educación, salud y seguridad social. Por este conjunto de factores, el país podría, sí, enmarcarse como un Estado de Bienestar Social. Sin embargo, como sabemos, el régimen político cubano fracasa mucho con respecto a algunas características

21. El análisis particular de estos dos países, Venezuela y Bolivia, con sus especificidades, considerados los gobiernos de Hugo Chávez y Nicolás Maduro (Venezuela: 1999-presente) y Evo Morales (Bolivia: 2006-2019), no es objeto del presente estudio, por tanto. En estos dos casos y sus periodos concretos, habría que realizar estudios específicos sobre estas dos singulares experiencias. La referencia a los dos países, de esta manera, toma en cuenta el período histórico tradicional (o pequeño margen temporal del nuevo período), en el que también efectivamente se incluyeron en el estándar excluyente de la gran mayoría de países latinoamericanos.

sustanciales anteriormente enumeradas, especialmente las que conciernen al tema de la Democracia y sus múltiples dimensiones y derechos (ítems 1, 2, 3 y 5, por ejemplo). Por tanto, resulta imprudente realizar una comparación entre situaciones que difieren fuertemente de varias de las características mostradas en el presente análisis. No se ha emitido ningún juicio sobre el país mencionado; simplemente no se incluyó en el presente estudio, por las razones metodológicas explicadas anteriormente.

Por otro lado, el caso de Venezuela y Bolivia. Como ya se explicó, las conclusiones presentadas enfatizan, especialmente, la etapa previa a los gobiernos de Hugo Chávez y Nicolás Maduro, en Venezuela (que comenzó en 1999, extendiéndose hasta la actualidad), y al gobierno de Evo Morales, en Bolivia (que prevaleció de 2006 a 2019). Tampoco hay juicio sobre estos períodos recientes; sólo se insiste en que tendrían que ser objeto de un estudio específico, para entender si revierten o no la línea conservadora y excluyente que caracterizó las políticas públicas tradicionales de estos dos países²².

Finalmente, hay otros países de América Latina (Haití, por ejemplo) que no compusieron la presente muestra, no formando parte de la Tabla de Clasificación (Tabla 1) del artículo de las autoras Natália Sátyro, Danúbia Zanetti y Rosiene Freitas que se utilizó para la presente reflexión. Aparentemente, estos países (en el caso de Haití, al menos) también entrarían en el grupo de “países sin rasgos característicos relevantes del EBES”. Sin embargo, por razones obvias, no corresponde al presente texto emitir este juicio de valor, que por lo tanto está destinado a futuras investigaciones y análisis.

IV. OBSTÁCULOS Y DESAFÍOS PARA LA AMPLIA ESTRUCTURACIÓN, EN AMÉRICA LATINA, DEL ESTADO DE BIENESTAR SOCIAL

124

En los temas anteriores, este texto ya ha introducido, de alguna manera, los principales obstáculos y desafíos que existen en América Latina para la incorporación del Estado de Bienestar Social entre sus diversos países miembros. Sin embargo, se puede agregar y sistematizar mejor algo al respecto, lo que se hará en este ítem IV.

Para explicar mejor nuestra comprensión del tema, indicaremos, en primer lugar, los factores que llevaron, en general, a la estructuración de un Estado de Bienestar Social en los países occidentales. En esta línea, se tomarán como ejemplos, ya que se trata de situaciones bastante asentadas, parámetros provenientes de Europa Occidental (subpunto 1, más abajo).

Se aclara que los parámetros inherentes a las Américas serán considerados junto con el sub-ítem B de este ítem IV, que abordará específicamente los principales obstáculos y desafíos para la incorporación generalizada, en América Latina, del Estado de Bienestar Social.

22. La autora Jennifer Pribble, en el artículo denominado “Mundos Apartados: regimes de política social na América Latina” (Mundos Separados: regímenes de política social en América Latina), también prefiere excluir del análisis el período reciente de estos dos países debido a la inconsistencia percibida en algunos datos. En Pribble, J.: “Mundos apartados: regimes de política social na América Latina”, ob. cit.

A. Factores positivos para la estructuración del estado de bienestar social en Europa occidental

Existe, en la Historia, un expresivo conjunto de factores que favorecieron la construcción y han favorecido la preservación del Estado de Bienestar Social en Europa Occidental.

Por supuesto, no todos estos factores confluyen, al mismo tiempo, como un bloque unitario, en todas las experiencias exitosas de *Welfare State* en Europa Occidental. Es posible que algunos de estos factores ni siquiera estén presentes en una experiencia histórica nacional concreta específica. Además, suelen existir peculiaridades nacionales que influyen significativamente en el proceso de estructuración de EBES en un país determinado.

Además, como casi todo fenómeno histórico a gran escala, la creación y mejora de un *Welfare State* tiende a resultar de un conjunto diverso de factores, incluyendo estándares más generales que pueden (o no) estar presentes y, sin duda, factores específicos de la realidad histórica de cada país. De todos modos, habiendo realizado todas estas advertencias metodológicas, es pertinente destacar algunos factores que surgieron, con mayor o menor fuerza, en la dinámica de construcción de las principales experiencias de EBES en Europa Occidental.

Los principales factores positivos observados en este diversificado panorama histórico son, entre otros, los siguientes:

1. La institucionalización del entorno, las prácticas, las normas y las instituciones democráticas, ya sea antes del establecimiento del Estado de Bienestar Social, o en la dinámica de estructuración tanto de la Democracia como del propio EBES. La democracia permite a los sectores populares, previamente excluidos o restringidos al sistema imperante, organizarse mejor, en todos los niveles, pudiendo presionar de manera más eficiente para construir contrapartes sociales y públicas en beneficio de dichos sectores, en contraposición a la fase de exclusión predominante.

Además, la Democracia envía una alerta a segmentos socioeconómicos y políticos previamente excluyentes, con el fin de adecuar sus ideas político-ideológicas y sus propuestas de políticas públicas a ciertas concesiones a los segmentos sociales que forman (o han formado) a los *outsiders*, como un medio estratégico para preservar su propia hegemonía en la sociedad en su conjunto.

No pretendemos exagerar el papel de la democracia en la formación y mejora de los *Welfares States*, ni pretendemos ser un factor absoluto. Tampoco se niega que, en la Historia occidental, surgieron momentos de autoritarismo que, excepcionalmente, produjeron estrategias de concesiones a los segmentos excluidos de la sociedad, la economía y las instituciones dominantes. Este fue el caso del gobierno de Bismarck, en Alemania a finales del siglo XIX, por ejemplo, con sus políticas laborales y de seguridad social, que abrió la primera experiencia europea de instituciones que, en el futuro, serían consideradas propias de un *Welfare State*. De hecho, este también fue el caso, en cierto modo, del gobierno de Vargas, en Brasil después de la Revolución de

1930, que inauguró (o profundizó) políticas laborales y de seguridad social que serían el inicio de la idea de un futuro Estado de Bienestar Social en Brasil (que, lamentablemente, todavía está en construcción o incluso bajo amenaza). Solo se está notando que las dictaduras, en general, en Occidente, no han sido favorables a la creación o preservación de Estados de Bienestar Social y políticas públicas relacionadas, al contrario de lo que ocurre con los entornos e instituciones democráticos. Sin embargo, hay que reconocer que, de manera excepcional, en algunos casos, incluso los gobiernos autoritarios han desarrollado estrategias políticas para la inclusión socioeconómica de los segmentos sociales hasta ahora considerados como *outsiders*.

2. La organización e institucionalización de las asociaciones de trabajadores, especialmente los sindicatos, con prácticas y demandas democráticas e inclusivas en el contexto del entorno laboral y de la sociedad en su conjunto, para estructurar la organización esencial de la sociedad civil, en sus segmentos previamente excluidos. La libertad, autonomía y empoderamiento sindical son premisas históricas e institucionales importantes no solo para la creación y sedimentación de la Democracia, sino también para la creación y sedimentación de institutos, normas e instituciones del Estado de Bienestar Social. De hecho, en Europa Occidental, son raros los casos en los que ha surgido un Estado de Bienestar Social Integral sin la presencia de un sindicalismo fuerte y generalizado y respetado por la sociedad civil y la sociedad política en su conjunto²³.

3. La organización e institucionalización de partidos políticos con sólida inserción en los segmentos populares, a fin de establecer y consolidar la organización fundamental de la sociedad civil en sus segmentos previamente excluidos de la economía, la sociedad y las instituciones estatales. Aunque este tipo de partidos políticos, en el ejemplo europeo del siglo XIX, comenzaron como “partidos revolucionarios” -, en el sentido de que inicialmente se oponían al conjunto de la sociedad y el sistema capitalistas-, el hecho es que se fueron adaptando gradualmente a una agenda reformista, ajustándose a la búsqueda pragmática de la democratización de la sociedad política y la sociedad civil, en el marco del capitalismo occidental. La presencia y actuación de estos partidos políticos de extracción popular y progresista fueron determinantes

23. Sobre la correlación entre un movimiento sindical fuerte en Europa (que se convertirá en un movimiento político-partidistas laboristas o socialdemócratas también fuertes) y la generación de un Derecho Laboral relevante en diferentes países europeos, democratizando las relaciones de poder en el entorno laboral y logrando concesiones económicas y profesionales del poder empresarial, además de ubicarse, por regla general, junto a las luchas políticas y sociales, en la sociedad civil y en la sociedad política, para la generación de derechos y garantías de la seguridad social, existe una vasta bibliografía - aunque, en general, nunca reduciendo esta correlación a ninguna exclusividad o inevitabilidad. Como bien señaló Celia Lessa Kerstenetzky, en la Historia de la formación y consolidación de los EBES, “no se detectó un estándar original único”. En Lessa Kerstenetzky, C.: *O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão*, ob. cit. En cuanto al tema relacionado con las correlaciones sindicales, laborales, político-partidistas y afines con dicha formación y consolidación del EBES de Europa Occidental, véase, por ejemplo: Esping-Anderson, G.: *Politics against markets*, ob. cit.; Arretche, M.: “Emergência e Desenvolvimento do Welfare State: teorias explicativas”, ob. cit.; Godinho Delgado, M.: *Capitalismo, Trabalho e Emprego – entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, LTr, São Paulo, 2017; Godinho Delgado, M.: *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2020; Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L.: “O Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) no capitalismo contemporâneo”, ob. cit.; Judt, T. y Snyder, T.: *Pensando o Século XX*, Objetiva, Rio de Janeiro, 2014; Lessa Kerstenetzky, C.: *O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão*, ob. cit.

para la estructuración y concretización de los conceptos de justicia social, igualdad material, solidaridad, contraparte entre los deberes de los segmentos subordinados en la escala social con un conjunto sustancial de derechos también a su favor (los llamados derechos sociales), junto con otros bienes y valores democráticos que se han incorporado a sus experiencias en la historia política e institucional de varios países occidentales.

En todo caso, el propio surgimiento de estos nuevos partidos y movimientos políticos envió una advertencia a los partidos y concepciones tradicionales y / o conservadores existentes para ser más receptivos a la inclusión, en el contexto político, social, institucional y legal, de los segmentos de población hasta entonces considerados como *outsiders*.

4. La organización e institucionalización de diferentes movimientos sociales con composición y pautas propias, aunque convergentes con la lógica y el sentido del *Welfare State*. Aquí destacan los movimientos de mujeres en busca de ciudadanía e igualdad, junto con mejores condiciones de vida y trabajo. Estos movimientos de mujeres surgieron en Europa Occidental y Estados Unidos en un período embrionario del Estado de Bienestar Social, comenzando en la segunda mitad del siglo XIX, aumentando en las décadas siguientes y primeras del siglo XX. La economista Celia Lessa Kerstenetzky incluso señala que en la lucha por la ciudadanía y el derecho al voto, en ese momento, la presencia más fuerte del movimiento de mujeres implicó la conquista de leyes más integrales, con un carácter social más claro²⁴.

En tiempos posteriores a finales del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX, otros movimientos sociales comenzaron a organizarse e institucionalizarse en Europa Occidental –principalmente después de la Segunda Guerra Mundial–, como los movimientos de origen y sustrato étnicos (resultantes de las migraciones acentuadas desde las décadas de 1960 a 1970), movimientos ambientales y movimientos formados frente a la orientación sexual de las personas (movimientos LGBTIQ+ y similares). Dichos movimientos también empezaron a actuar bajo los lineamientos de los *Welfare States*, con el fin de influir y mejorar su estructura, dinámica y regulación correspondiente.

Es claro que en las Américas (del norte, del centro y del sur), la cuestión étnica siempre ha sido muy tensa e impactante, desde el siglo XIX, debido a la conexión de la historia de Estados Unidos y de numerosos países latinoamericanos con la estructura y prácticas de esclavitud con respecto a los negros, traídos coercitivamente desde África durante varios siglos. Además, en varios países de América Latina había (y todavía hay) importantes segmentos étnicos de origen indígena, la mayoría de las veces también excluidos de la sociedad civil y política dominante. Por ello, a diferencia de los ejemplos de Europa Occidental de finales del siglo XIX y principios del XX, en lo

24. Lessa Kerstenetzky, C.: *O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão*, ob. cit. Una investigación exhaustiva sobre el movimiento de mujeres en varios países occidentales, desde finales del siglo XIX, ha sido hecha por la autora española Álvarez González, A. I.: *As Origens e a Comemoração do Dia Internacional das Mulheres*, Expressão Popular, São Paulo, 2010.

que respecta a la formación del *Welfare State*, esta cuestión étnica o racial tendrá un impacto y repercusión mucho mayor en la estructuración de las políticas sociales en el continente americano²⁵.

5. Presencia y sedimentación de una élite política que presenta una comprensión sensible y adecuada de la importancia de la diferencia entre hegemonía política y dominación política. La primera implica concesiones, cambios y compromisos, mientras que la segunda se consume mediante el uso de la fuerza vertical y la exclusión. La construcción de la hegemonía incluye también la incorporación de un proyecto de Nación, País, Estado e Instituciones, en contraposición a la visión más estricta de “territorio” que caracteriza la tradición y práctica de la dominación.

Europa ofrece dos ejemplos llamativos, aunque muy distintos, de la comprensión de las élites de la importancia del concepto de hegemonía, en detrimento del concepto unilateral de dominación. Por un lado, una ruta que resultaría más democrática, flexible y conciliadora, que sería la británica, desde el siglo XVII hasta el siglo XX, bajo la dirección de innumerables estadistas. Por otro lado, una ruta que resultaría autoritaria, pero aún en el marco de la búsqueda de una construcción hegemónica en el período de transición, como ocurrió en Alemania durante las últimas décadas del siglo XIX, bajo la dirección del Canciller Otto von Bismarck. Si bien las diferencias entre las dos rutas son llamativas, tienen en común el rumbo de una importante fase de transición histórica, con la claridad de un proyecto de Nación, País, Estado e Instituciones, en contraposición a la visión más estricta de “territorio”, inherente al ejercicio del poder por pura y simple dominación.

Evidentemente, este tipo de élites no aparece preformado en la trayectoria histórica de ningún país. Pero se forma y se afirma en los desafíos históricos que surgen, y su tipo de elección termina siendo virtuosa (o desastrosa) para el país respectivo.

Una élite que se niega a admitir los cambios, a hacer la transición a un nuevo mundo, a incorporar a los viejos *outsiders* –permaneciendo en la vieja y exclusiva ruta de la pura y simple dominación, en lugar de aceptar la ruta de la construcción hegemónica–, tiende a resistir o incluso comprometer la transición a un *Welfare State* en sus fronteras. Una élite dedicada a la construcción hegemónica, en cambio, posibilita una transición exitosa hacia el futuro y la búsqueda del bienestar en sus fronteras, como propone el proyecto del Estado de Bienestar Social.²⁶

25. La importancia de los problemas étnicos y raciales en las Américas, incluida América Latina, es enfatizada fuertemente por Pribble, J.: “Mundos apartados: regímenes de política social en América Latina”, ob. cit. En el documental de Netflix titulado “13th” se hace un análisis expresivo del racismo en los Estados Unidos, que involucra a la población negra.

26. En su estudio sobre el *Welfare State* en los países nórdicos, Stein Kuhnle destaca la existencia de un “fuerte apoyo popular” a las características del Estado de Bienestar Social escandinavo, concluyendo que ningún “partido político que tenga como objetivo un amplio apoyo popular puede darse hasta el lujo de ignorarlas”. En Kuhnle, S.: “O Estado de Bem-Estar Social nos Países Nórdicos”, ob. cit. Con ello, el autor demuestra la incorporación, por parte de las élites económicas, sociales e institucionales capitalistas, de una idea básica del Estado de Bienestar Social, en lugar de identificarse como oponentes directos y frontales de su existencia. En la misma dirección, el siguiente texto: Kuhnle, S et al.: “Lições do modelo nórdico do Estado de Bem-Estar Social e Governança Consensual”, *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, vol. 3, núm. 1, 2017, pp. 37-52.

6. La estructuración de una economía más compleja y diversificada, con mínimos vestigios de industrialización, constituye también un factor relevante en el surgimiento o mejora del Estado de Bienestar Social en los distintos países europeos. En este caso, cabe señalar que aquí no se reproducen simplemente las teorías de Harold Wilsensky, Richard Titmuss y T. H. Marshall, autores que, entre otros aspectos e incluso considerando las distinciones entre sus tesis, insistieron en la formulación de que el proceso de industrialización, por su complejidad, riqueza y desarrollos tenderá a conducir (aunque no de forma inevitable) a la construcción y desarrollo de un modelo de *Welfare State*.²⁷

Con respecto a este factor (proceso de industrialización en el país respectivo), lo que pretendemos enfatizar aquí es que el proceso de industrialización, aunque incipiente y en un simple brote en el país, genera elementos bastante favorables, por múltiples razones, a la emergencia, en ese contexto, de un EBES.

Por un lado, debido a que la industrialización genera una clase trabajadora diversificada y creciente en las regiones industriales, permitiendo la aparición futura de todos los factores importantes ya bien especificados en los ítems "1", "2" y "3" de este ítem IV, sub-ítem A²⁸.

Por otro lado, debido a que la industrialización impulsa la urbanización de la respectiva sociedad, economía y país, cambiando sustancialmente su formato sociológico, político y cultural, hacia prácticas más avanzadas, politizadas y progresistas que las inherentes a la realidad y los entornos agrarios (y, por tanto, provocando también la aparición de los factores importantes ya señalados en los puntos "1", "2" y "3" de este sub-ítem A del ítem IV de este artículo).

Además, también por el hecho de que industrialización hace que la economía sea más robusta, compleja, diversificada y vigorosa, permitiendo la creación de un excedente económico decisivo para financiar la amplia y eficiente estructura tecnocrática y de servicios, como un Estado de Bienestar Social necesita.

Cabe señalar, en este sentido, que no será necesariamente el segmento industrial el que financie directamente el crecimiento de la tecnocracia estatal para atender las necesidades públicas de la sociedad más compleja, exigente y ciudadana que ha surgido. Sin embargo, la creciente fuerza de la industria y la diversificación que provoca

27. Queda fuera del alcance de este artículo retomar el análisis de las diversas teorías sobre la formación y desarrollo del Estado de Bienestar Social, incluidas las que tratan de la correlación con el proceso industrial del capitalismo. Este análisis sería más adecuado para un artículo (o libro) específico, que está totalmente fuera de los límites de este texto. De hecho, lo que queremos resaltar aquí son solo algunos aspectos relevantes del proceso de industrialización de la economía en conjunto con el establecimiento de un Estado de Bienestar Social en un país determinado. De todos modos, para un análisis de las diferentes teorías sobre el EBES, véase el excelente artículo siguiente: Arretche, M.: "Emergência e Desenvolvimento do *Welfare State*: teorias explicativas", ob. cit.

28. Estos son los factores retroindicados: a) la institucionalización del entorno, las prácticas, las normas y las instituciones democráticas, ya sea antes del establecimiento del Estado de Bienestar Social, o en la dinámica de estructuración tanto de la Democracia como del propio EBES; b) la organización e institucionalización de las asociaciones de trabajadores, especialmente los sindicatos, con prácticas y demandas democráticas e inclusivas en el contexto del entorno laboral y de la sociedad en su conjunto, para estructurar la organización esencial de la sociedad civil, en sus segmentos previamente excluidos ; c) la organización e institucionalización de partidos políticos con sólida inserción en los segmentos populares, a fin de establecer y consolidar la organización fundamental de la sociedad civil en sus segmentos previamente excluidos de la economía, la sociedad y las instituciones estatales.

dentro de los sectores económicos dominantes permiten el traspaso de responsabilidades económicas y fiscales a otros sectores productivos, lo que sería mucho más difícil si los segmentos económicos dominantes fueran aún los tradicionales, que tienden a ser más simples y unitarios, como es el caso de sociedades esencialmente rurales y extractivas (agricultura, ganadería y minería).

Finalmente, el fortalecimiento del Estado y su tecnocracia que brindan los procesos de industrialización y urbanización (estos procesos están interconectados, como vimos), acompañado de la preponderancia que los sectores económicos industrial y de servicios comienzan a tener sobre el sector rural, todo hace más viables los procedimientos e iniciativas para la estructuración de un Estado de Bienestar Social, política, cultural e institucionalmente.

B. Obstáculos y desafíos para la amplia estructuración, en América latina, del estado de bienestar social

Existe consenso entre las decenas de investigadores que componen el libro colectivo ya mencionado en que no existe en América Latina un Estado de Bienestar Social real y efectivo, que guarde las diversas características básicas que distinguen a este modelo de organización en el marco del sistema capitalista²⁹.

Lo máximo que admiten los autores de este artículo específico es hacer una distinción, un resalte pedagógico en el conjunto de países latinoamericanos entre los pocos que cuentan con una variada lista de políticas públicas de este tipo, aunque todavía con numerosas restricciones y brechas, enmarcándolos como EBES Incipientes, es decir, en construcción, en preparación, en proceso de estructuración, en contraste con la gran cantidad de países que ni siquiera cuentan con esta variada lista de políticas públicas inclusivas.

El caso es que, ya en la tercera década del siglo XXI, clama una pregunta indignada: ¿por qué se vuelve tan difícil, tormentoso, generalmente incompleto o incluso fracasado estructurar un verdadero Estado de Bienestar Social en América Latina? ¿Cuáles son los obstáculos y desafíos para la amplia estructuración en los países latinoamericanos de un *Welfare State* efectivo, aunque con adaptaciones, peculiaridades y ajustes, pero que sea capaz de superar la angustiada desigualdad y la exclusión socioeconómica e institucional que demarcan y avergüenzan a esta región, considerada la más desigual de todo el planeta?

El presente artículo planteará algunos aspectos al respecto, aunque sin pretender agotar el tema. Casi todos estos aspectos, sino todos, están contenidos en los textos que componen el libro colectivo ya mencionado y la bibliografía citada, por lo que no son una inferencia específica o singular de estos autores. La lectura de los originales del mencionado libro colectivo fue indispensable para la elaboración del presente texto, que explícitamente menciona, alude y elogia todos los artículos reunidos en el mismo.

29. Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, ob. cit.

Preliminarmente, se registra que, en los temas anteriores del presente artículo, de alguna manera, varios de estos obstáculos y desafíos ya han sido realmente ventilados y expuestos. Aquí, en el sub-ítem IV.B, solo es necesario, de cierta manera, sistematizar estos aspectos negativos y adversos relevantes para la construcción de un Estado de Bienestar Social en América Latina.

Reiteremos, una vez más, la cuestión del método previamente enfatizada: ninguno de estos obstáculos y desafíos es absoluto, ni actúa de forma aislada; algunos de ellos pueden ni siquiera ser tan relevantes en ciertos países, mientras que son bastante significativos en otros. Al fin y al cabo, un fenómeno histórico complejo, como es la estructuración y mejora de un Estado de Bienestar Social, seguramente solo puede ser el resultado de múltiples factores, contando, además, lamentablemente –especialmente en América Latina– con varios y poderosos obstáculos, opositores y desafíos.

El primero de estos obstáculos y desafíos consiste, de hecho, en la ausencia de una larga y consistente tradición democrática en los países de América Latina. Es evidente que existe una enorme gradación entre países en este aspecto, pero, en general, en América Latina, la democracia se ha mostrado, históricamente, bastante frágil.

Como ya se explicó en el sub-ítem IV.B, “1”, el entorno democrático de la sociedad política y la sociedad civil permite a los sectores populares organizarse mejor y presionar la búsqueda de contrapartes de políticas públicas en materia de educación, salud, seguridad social, derechos laborales, en relación con la amplia gama de derechos sociales que constituyen el núcleo de cualquier Estado de Bienestar Social.

Este entorno democrático también da lugar a la posibilidad de avance, por parte de la élite y los partidos tradicionales dominantes, hacia una comprensión más amplia de las diversas formas de gobernanza política del Estado y sociedad civil, acogiendo mejoras en las políticas públicas en la dirección más inclusiva, aunque como una forma de consolidar su hegemonía. Si bien esta posibilidad no es muy común en la Historia de los países latinoamericanos, no se puede descartar por completo.

La regla histórica general, sin embargo, muestra que la democracia es víctima de constantes restricciones, ataques y derrotas en los países de la región. Desde los tradicionales golpes de Estado conservadores que pululaban, incesantemente, en la trayectoria latinoamericana del siglo XX, abarcando la gran mayoría de sus países, hasta los nuevos artificios de los mecanismos de derrocamiento de los gobiernos progresistas creados en las primeras décadas del presente siglo. Todo esto evidencia el hecho de que las élites latinoamericanas, antiguas y nuevas, realmente muestran una enorme dificultad para convivir con el entorno democrático y la inclusión socioeconómica de los segmentos más amplios de las respectivas poblaciones³⁰.

Los obstáculos y desafíos para la estructuración del EBES en la región son profundos y severos.

30. Si bien es posible que en los últimos 120 años se haya producido algún derrocamiento de gobiernos (tomando 1900 como parámetro inicial y 2020 como parámetro final), frente a delitos efectivos de responsabilidad cometidos por el respectivo Presidente de la República, o puede haber sido llevado a cabo por fuerzas efectivamente progresistas, lo cierto es que, en la gran mayoría de las veces, es un mero instrumento para quitar el poder a los líderes progresistas por parte de fuerzas políticas conservadoras, viejas o nuevas.

El segundo de estos obstáculos y desafíos consiste en la ausencia o fragilidad de la organización e institucionalización de las asociaciones de trabajadores, especialmente los sindicatos, con prácticas y demandas democráticas e inclusivas en el contexto del entorno laboral y de la sociedad en su conjunto, a fin de estructurar la organización esencial de la sociedad civil, en sus segmentos previamente excluidos. La libertad, autonomía y empoderamiento sindical son premisas históricas e institucionales importantes no solo para la creación y sedimentación de la Democracia, sino también para la creación y sedimentación de institutos, normas e instituciones del Estado de Bienestar Social.

Lamentablemente, sin embargo, en América Latina, la hostilidad al sindicalismo y su liderazgo es una tradición arraigada en muchos países de la región. Incluso en un país con garantías constitucionales explícitas y detalladas a la libertad y autonomía de los sindicatos, junto con otros principios y normas protectores del Derecho Colectivo del Trabajo y sus instituciones específicas, como es el caso de Brasil desde la Constitución de 1988, se ha vuelto simple, práctico y fácil de hacer inviable la existencia de la gran mayoría de los sindicatos del país, mediante cambios normativos infraconstitucionales (en este caso, provocados por la Ley n.13.467/2017, que eliminó, sin contrapartes, el financiamiento del sistema sindical brasileño).

Añádase la tendencia a aprobar leyes antisindicales y antilaborales en varios países de la región, debilitando no solo el sindicalismo, sino también la negociación colectiva sindical y los derechos laborales individuales y sociales. El autor Adalberto Cardoso, por ejemplo, después de estudiar cuatro países latinoamericanos más desarrollados (Argentina, Brasil, Chile y Uruguay), investigando temas laborales y sindicales, incluida la negociación colectiva, llegó a la importante conclusión de que “una mayor centralización y/o coordinación de la negociación colectiva está directamente asociada a la reducción de las desigualdades”. Sin embargo, se dio cuenta de que las reformas legales ultraliberales implementadas por la dictadura de Pinochet en Chile y por la Ley n. 13.467/2017 en Brasil –en este caso, tras el derrocamiento del gobierno reelegido democráticamente en 2014–, siguieron en la misma dirección de debilitar el sindicalismo y la negociación colectiva laboral, incluida su descentralización al máximo³¹.

Como se señaló, los obstáculos y desafíos son, de hecho, muy profundos y recurrentes en esta región del mundo.

El tercero de estos obstáculos y desafíos consiste en la fragilidad o falta de organización e institucionalización de los partidos políticos (a veces autoidentificados como “movimientos”, “frentes” o expresión similar) con una sólida inserción en los segmentos populares, con el fin de establecer y consolidar la organización fundamental de la

31. Cardoso, A.: “Negociação coletiva e desigualdade na América Latina: um balanço da literatura recente”, en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021. Sobre la reforma laboral neoliberal llevada a cabo recientemente en Brasil, véase, entre otros, los siguientes estudios: Alves, A. C. y Lopes Castro, T. H.: “Reforma trabalhista e movimentos de reestruturação, precarização e redução do Direito do Trabalho no Brasil”, *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, vol. 4, núm. 3, 2018, pp. 130-156.; Godinho Delgado, M. y Neves Delgado, G.: *A Reforma Trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei n. 13.467/2017*, LTr, São Paulo, 2018.

sociedad civil en sus segmentos previamente excluidos de la economía, la sociedad y las instituciones estatales.

La presencia de estos partidos en la construcción del EBES, que es notoria en la Historia de los países de Europa Occidental, también es importante en América Latina. La autora norteamericana Jennifer Pribble, en un libro específico sobre el tema, demuestra la relevancia de esta actuación en el avance de las políticas sociales en los países de la región³².

Sin embargo, una vez más, la fragilidad de la democracia en los países de la región compromete el avance de políticas económicas y sociales inclusivas lideradas por estos partidos o movimientos políticos.

El cuarto de estos obstáculos y desafíos consiste en la aún frágil organización, institucionalización y reconocimiento de diferentes movimientos sociales con una composición y pautas propias, aunque convergentes con la lógica y el sentido del *Welfare State*.

Esta es una referencia, por ejemplo, a los movimientos de mujeres en busca de ciudadanía, dignidad e igualdad, junto con mejores condiciones de vida y trabajo³³. Si bien estos movimientos han logrado importantes victorias a lo largo de los siglos XX y XXI, incluso en América Latina, lo cierto es que deberían estar aún mejor organizados y ser más consistentes, especialmente teniendo en cuenta que las mujeres, junto con los niños, los jóvenes y los ancianos son el público objetivo mejor protegido y respetado por las experiencias avanzadas del *Welfare State*.

También se refiere a los movimientos étnicos de poblaciones negras e indígenas en busca de ciudadanía, dignidad e igualdad, además de la búsqueda de mejores condiciones de vida, trabajo y socioeconómicas en general. Son estas poblaciones y movimientos los que se encuentran en el punto más profundo de la exclusión socioeconómica e institucional propia de los sistemas de poder basados en una cruda dominación excluyente, que aún prevalece en varios países de la América Latina. Al respecto, la autora Jennifer Pribble señala que la discriminación étnica y racial es uno de los aspectos centrales de la estrategia dominante de mantener aislados y excluidos a los grupos de población negra e indígena, dificultando aún más la generalización de las políticas económicas y sociales tan relevantes para la construcción del Estado de Bienestar Social en los respectivos países³⁴.

En este contexto, si bien la resistencia de estas etnias es impresionante, lo cierto es que este aspecto aún se perfila como un severo obstáculo para el avance del EBES en varios países de América Latina.

También hay que agregar que el racismo tiende a penetrar la cultura dominante en países resistentes a los derechos sociales y al Estado de Bienestar Social, instigando a las élites a ver los derechos sociales, incluido el trabajo y la seguridad social, como

32. Pribble, J.: *Welfare and Party Politics in Latin America*, ob. cit.

33. Molyneux, M: "Justiça de gênero, cidadania e diferença na América Latina", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021.

34. Pribble, J.: "Mundos apartados: regimes de política social na América Latina", ob. cit.

derechos menores, algo así como sub-derechos, merecedores de una tutela jurídica de segundo nivel, reticente, en una gradación lógicamente inferior en el orden jurídico.

También es necesario referirse a movimientos con enfoque ambiental en busca de la consecución del capitalismo socioambiental, en lugar del modelo depredador que demarca varios países latinoamericanos.

Además, es necesario referirse a movimientos constituidos frente a la orientación sexual de las personas (LGBTIQ+ y movimientos afines), en busca de libertad, igualdad y mejores condiciones de vida y trabajo.

El quinto de estos obstáculos y desafíos es la mayor dificultad para encontrar, históricamente, en los países de América Latina, la presencia y sedimentación de una élite política que tenga una comprensión sensible y adecuada de la importancia de la diferencia entre “hegemonía política” y “dominación política”. Como se dijo, la hegemonía política implica concesiones, cambios y compromisos, mientras que la dominación política se consume mediante el uso de la fuerza vertical y la exclusión. La construcción de la hegemonía incluye también la incorporación de un proyecto de Nación, País, Estado e Instituciones, en contraposición a la visión más estricta de “territorio” que caracteriza la tradición y práctica de la dominación.

En América Latina es muy común la presencia de élites de estricta dominación, sin ninguna visión significativa de “Nación”, “País”, “Estado”, “Instituciones”, pero con una visión de “territorio”, es decir, un lugar destinado a la pura y simple extracción de riquezas y, en consecuencia, destinado al mantenimiento continuo de la exclusión.

Por supuesto, aunque es poco común, existen élites sensatas y de mente abierta en América Latina, como bien observa la autora Jennifer Pribble, refiriéndose, por ejemplo, a la evolución de las políticas sociales en Costa Rica. Es que, si bien la autora no vio algunos de los factores tendientes a la construcción de políticas sociales avanzadas en ese país (como una industrialización significativa y correspondiente clase obrera, por ejemplo), se percató de que la suma de un entorno democrático razonablemente consolidado durante el siglo XX y el surgimiento de un liderazgo tradicional, pero sensible a la incorporación de sectores desfavorecidos (el caso del presidente Rafael Calderón Guardia, en la década de 1940, por ejemplo), propició la creación de un sistema nacional de seguridad social en 1941³⁵.

En Brasil, algo similar también sucedió en la década de 1930. Ascendido al poder por la Revolución de 1930, Getúlio Vargas, representante de las oligarquías en Rio Grande do Sul y otras oligarquías regionales, mantuvo los amplios poderes generalmente otorgados a estas oligarquías tradicionales en sus estados de origen, pero con esta nueva alianza política, logró enfrentar el poder de la antigua alianza oligárquica dominante entre Minas y São Paulo, los estados con mayor población y electorado en ese momento. En este marco, un liderazgo político originalmente conservador logró

35. Pribble, J.: “Mundos apartados: regimes de política social na América Latina”, ob. cit. De hecho, en sus cuatro años en el cargo, Rafael Calderón Guardia impulsó varios avances en el país: creó la Caja Costarricense del Seguro Social, promulgó el Código Laboral, incorporó el capítulo de Garantías Sociales a la Constitución, promulgó la Ley de Nuevas Industrias, fundó la Universidad de Costa Rica, entre otras medidas.

governar y modernizar el país, eliminando prontamente de la economía la exclusividad agroexportadora (pero sin dejar de proteger las exportaciones y los exportadores rurales), fomentando la industrialización de la economía brasileña, creando agencias estatales y una nueva tecnocracia para planificar y promover diferentes aspectos de la sociedad y la economía brasileñas. Al mismo tiempo, como parte integral del mismo amplio proyecto, encaminado a construir una nueva hegemonía y la consumación de una transición hacia un país más industrial, más urbano y más inclusivo, logró la incorporación de las clases trabajadoras urbanas al *establishment*, la ampliación de la legislación laboral que organiza los derechos en las relaciones de empleo, junto con el reconocimiento del derecho al voto de las mujeres³⁶. Aunque indudablemente fue un liderazgo político autoritario (como Bismarck, en Alemania, unas décadas antes), el estadista brasileño amplió enormemente el conjunto de alianzas del poder político, económico y social, modernizando profundamente la economía y la sociedad nacionales, con el fin de inaugurar una fase de crecimiento económico, a través de políticas keynesianas, que duraría más de 50 años (con algunos reflujos, claro), entre 1930 y 1982/83. Es, por tanto, un claro ejemplo de construcción hegemónica, con cambios ampliamente inclusivos, dirigidos a la industrialización, urbanización e inclusión social de parte de la población previamente excluida, en lugar del tradicional ejercicio estéril de la mera dominación política excluyente³⁷.

El sexto de estos obstáculos y desafíos consiste en la ausencia, en varios países de América Latina, de una economía relativamente compleja y diversificada, con algunos rastros mínimos de industrialización. Es que esta ausencia tenderá a impedir el surgimiento de una clase trabajadora urbana con una capacidad más clara de agregación y organización y de formar sindicatos obreros y partidos políticos de extracción laboral.

36. Sobre los aspectos económicos y la respectiva política pública de desarrollo del primer gobierno de Vargas (1930-1945), véase Leopoldi, M. A.: "A economia política do primeiro governo Vargas (1930-1945): a política econômica em tempos de turbulência", en Ferreira, J. y Almeida Neves Delgado, L. de (coord.): *O Brasil Republicano – o tempo do nacional-estatismo – do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo – Livro 2, Civilização Brasileira*, Rio de Janeiro, 2003, pp. 241-285. Sobre la política social del primer gobierno de Vargas (1930-45), especialmente laboral y de seguridad social, véase: D'Araujo, M. C.: "Estado, classe trabalhadora e políticas sociais", en Ferreira, J. y Almeida Neves Delgado, L. de (coord.): *O Brasil Republicano – o tempo do nacional-estatismo – do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo – Livro 2, Civilização Brasileira*, Rio de Janeiro, 2003, pp. 213-239.

37. En cuanto al proceso de industrialización y desarrollo económico estructurado por el modelo keynesiano del gobierno Vargas, cabe señalar que su final puede fijarse en los años 1982/1983, período en el que el gobierno brasileño sucumbió a la firma de varias "cartas de intención" de política pública con el Fondo Monetario Internacional. Este giro económico e ideológico marcaría simbólicamente el inicio de la hegemonía neoliberalista en la burocracia económica y financiera de Brasil, a pesar de que las tasas de crecimiento aún han sido altas en algunos de los años siguientes. En cuanto al proceso de industrialización y desarrollo económico estructurado en la era Vargas y mantenido, con amplio éxito, por cerca de 50 años en Brasil, nótese el análisis de la Profa. Maria Antonieta Leopoldi, de la UFF: "Durante el período 1929-1987, Brasil fue uno de los países que más creció en el mundo (...) Esta ola de crecimiento económico viene ocurriendo desde principios del siglo XX, pero es impulsada por el primer gobierno de Vargas, que realiza la difícil tarea de responder a las turbulencias internas y externas y hacer de este desafío una experiencia de aprendizaje para el crecimiento continuo. Las políticas de desarrollo de la era Vargas y las instituciones creadas para implementarlas fueron seguidas en la década de 1950 y posteriormente en el régimen militar, lo que explica, por ejemplo, la diferencia entre las tasas de crecimiento brasileño y argentino. En este último país, las diferentes estrategias adoptadas por los distintos grupos políticos que se sucedieron en el poder explican gran parte del bajo desempeño del PIB en el período". En Leopoldi, M. A.: "A economia política do primeiro governo Vargas (1930-1945): a política econômica em tempos de turbulência", ob. cit.

Además, esta brecha económica y social reducirá las tasas de urbanización de la economía y la sociedad, comprometiendo también la ruptura de los lazos tradicionales y aislacionistas inherentes a la vida rural y que perpetúan sistemas de dominación más crudos.

A esto se suma el hecho de que esta ausencia del sector industrial reduce sustancialmente la formación de un excedente económico en la sociedad, capaz de sustentar inversiones estatales en diferentes derechos sociales, además de la estructuración de instituciones públicas dedicadas a la organización y dinamización del futuro EBES.

Pero, por supuesto, éste, al igual que los demás, no es un obstáculo insuperable. Por cierto, como señala Jennifer Pribble, el ejemplo costarricense da fe de la posibilidad de excepciones³⁸.

El séptimo de estos obstáculos y desafíos consiste en la ideología económica y política neoliberal, que es sofisticada y bien organizada, con fuerte prestigio en el seno de las élites latinoamericanas y de los medios de comunicación en masa, sin olvidar las tecnocracias de las entidades multilaterales internacionales e, incluso, de los diversos países de América Latina. Esta ideología, acompañada de su detallado folleto programático de políticas públicas antihumanistas, antisociales y antidesarrollo, constituye el más reciente y poderoso obstáculo y desafío para la implantación del Estado de Bienestar Social en los países de América Latina.

Deflagrada, de manera multidimensional, en los diferentes países de Occidente, desde la década de 1970, a raíz de la crisis económica que surgió en ese período (la llamada “crisis del petróleo”), esta ideología y receta para estructurar políticas públicas se volvieron francamente dominantes en América Latina, la región del mundo donde se han logrado más éxitos y destrucción en las últimas cuatro décadas.

Para el neoliberalismo, el Estado deja de ser agente y factor de desarrollo económico (con lo cual, por supuesto, no hay, por regla general, un desarrollo económico efectivo en los países que siguen sus pautas); el Estado también deja de ser inductor del proceso de industrialización de la economía (con lo cual, obviamente, se degradan el ritmo y la participación de la industria en el PIB de los países que adoptan esta corriente, o incluso no se desencadena un proceso industrial consistente en los países ubicados en un nivel económico más incipiente.); el Estado, en la misma línea, tampoco planifica el desarrollo económico y gestiona estratégicamente los excedentes económicos alcanzados por los diferentes sectores del sistema productivo, en beneficio de un desarrollo más armónico, eficiente y generalizado de la sociedad en su conjunto.

En línea con estos parámetros, la idea de políticas sociales pierde relevancia efectiva en el contexto de las políticas públicas (excepto como compensaciones residuales y mitigantes), más aún la construcción y mejora de un complejo y sofisticado sistema de distribución de la renta y los servicios públicos, junto con las garantías sociales, del tipo característico de los Estados de Bienestar Social.

38. Pribble, J.: “Mundos apartados: regímenes de política social na América Latina”, ob. cit.

Estancamiento económico (o tasas de crecimiento mediocres durante décadas); deterioro de varios sectores de la economía, salvo algunos nichos muy específicos (como el sector financiero, el sector agroindustrial y el sector de extracción de minerales, por ejemplo); desindustrialización acentuada y creciente; altas tasas de desempleo en el mercado laboral; altos niveles de mano de obra informal en la economía; concentración de ingresos incontenibles e incesantes; mantenimiento de la pobreza y exclusión de gran parte de la población nacional; destrucción o desguace de la tecnocracia estatal centrada en los campos sociales de prestación de servicios; desarticulación y degradación de los derechos sociales; hostilidad y debilitamiento del sindicalismo: estos son solo algunos de los efectos recurrentes de la influencia del neoliberalismo en las élites latinoamericanas, tanto miembros de la sociedad civil como miembros de la sociedad política de los respectivos países³⁹.

Si bien el neoliberalismo es bien conocido en la experiencia concreta de los países europeos, habiendo logrado algunas victorias puntuales en su intento de desmantelar los Estados de Bienestar Social de los respectivos países de ese continente (menos, es cierto, en los EBES Integrales y Sofisticados europeos que en algunos EBES mediterráneos e ibéricos), lo cierto es que nunca ha logrado provocar el mismo nivel de destrucción y desigualdad que ha alcanzado en América Latina⁴⁰.

El poder de estos siete obstáculos y desafíos que enfrentan los países de América Latina hace que sea realmente difícil y dramático estructurar un EBES en esta región del mundo. Sin embargo, la realidad de los países aquí ubicados y la mayoría de sus poblaciones resalta cada vez más la necesidad de construir, precisamente en estos países, esta sofisticada fórmula de gestión de la sociedad civil y la sociedad política de éxito generalizado en otras partes del mundo.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Este artículo buscó investigar y reflexionar sobre el estándar de organización de la sociedad política y la sociedad civil que se hizo prevalente en los principales países de Europa Occidental poco después de la Segunda Guerra Mundial, denominado Estado de Bienestar Social (EBES), y/o *Welfare State*. El objetivo final del texto fue encontrar las razones de la no estructuración en los países de América Latina de este estándar más sofisticado y justo de organización de la sociedad política y civil.

Para lograr sus objetivos, este artículo, en primer lugar, buscó identificar las principales características de los Estados de Bienestar Social, tanto a nivel de sociedad política como a nivel de sociedad civil. En esta investigación se encontraron nueve

39. Sobre esta corriente de pensamiento y orientación de políticas públicas, véase, por ejemplo, Godinho Delgado, M.: *Capitalismo, Trabalho e Emprego*, ob. cit.

40. En los países asiáticos, por diferentes razones, el neoliberalismo no ha logrado expandirse en la sociedad civil y en la sociedad política en general. No por casualidad, en los últimos 40 años, varios de estos países han mostrado tasas de desarrollo económico extremadamente altas, logrando sacar a cientos de millones de personas de la pobreza absoluta. En esa medida, la vertiente neoliberalista permanece, de hecho, como una especie de ola regresiva abrumadora esencialmente occidental.

características más relevantes de los Estados del Bienestar, a las que se agregó una décima característica, que se percibió mejor solo en los períodos más recientes del EBES europeo.

El presente estudio no cubre meras peculiaridades de las formaciones humanas y sociales existentes en el mundo occidental, sino un conjunto de principios, instituciones y normas que permiten el logro de la construcción de un Estado, sociedad y economía más desarrollados, justos e igualitarios, capaces de superar el núcleo de los riesgos y necesidades humanas y sociales.

Teniendo en cuenta estas diez características principales, el texto elaboró una tipología de *Welfare States*, desde el estándar más sofisticado de estructuración del EBES hasta el estándar mínimo de organización que aún cumple con sus peculiaridades centrales.

Sistematizadas estas bases iniciales de investigación y reflexión, el artículo comenzó a examinar la realidad de los países de América Latina, buscando identificar en qué medida han alcanzado (o no) estas principales características de los Estados de Bienestar Social. En este marco, el texto, a partir de la bibliografía aquí referenciada y del libro colectivo recientemente publicado (Godinho Delgado y Vasconcelos Porto, 2021), constató que no existe, en esencia, ningún país de la región que implemente plenamente este estándar de organización de la sociedad política y civil.

Sin embargo, este artículo, también en concordancia con los distintos textos aquí citados y con base en las investigaciones y reflexiones desarrolladas en ellos, también concluyó que efectivamente existe un pequeño grupo de países de la región que están más cerca del régimen del EBES, aunque todavía están lejos de sus principales características. Este pequeño grupo de países (entre cinco y siete como máximo) tiene algunas características del Estado de Bienestar Social, pero no todas. Además, existen brechas, restricciones e insuficiencias severas en la implementación histórica de varias de estas características.

En cualquier caso, el resto de países latinoamericanos que se destacaron en el estudio están, de hecho, muy lejos de los estándares inherentes a un Estado de Bienestar Social.

En su último ítem, el artículo examina los principales obstáculos para el avance del EBES en los países de América Latina y cuáles son los principales desafíos para lograr un mejor resultado en dichos países.

Bibliografía

- Álvarez González, A. I.: *As Origens e a Comemoração do Dia Internacional das Mulheres*, Expressão Popular, São Paulo, 2010.
- Alves, A. C. y Lopes Castro, T. H.: "Reforma trabalhista e movimentos de reestruturação, precarização e redução do Direito do Trabalho no Brasil", *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, vol. 4, núm. 3, 2018.
- Arretche, M.: "Emergência e Desenvolvimento do *Welfare State*: teorias explicativas", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *Welfare State – os grandes desafios do Estado de Bem-Estar Social*, LTr, São Paulo, 2019.

- Cardoso, A.: "Negociação coletiva e desigualdade na América Latina: um balanço da literatura recente", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021.
- Chomsky, N.: *Réquiem para o sonho americano – os 10 princípios de concentração de riqueza & poder*, Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 2017.
- Dahl, R.: *A Constituição norte-americana é democrática?*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.
- D'Araujo, M. C.: "Estado, classe trabalhadora e políticas sociais", en Ferreira, J. y Almeida Neves Delgado, L. de (coord.): *O Brasil Republicano – o tempo do nacional-estatismo – do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo – Livro 2*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.
- Esping-Anderson, G.: "O futuro do *welfare state* na nova ordem mundial", *Lua Nova*, núm. 35, 1995.
- Esping-Anderson, G.: *Politics against markets – the social democratic road to power*, Princeton University, Princeton, 1985.
- Esping-Anderson, G.: *The three worlds of welfare state*, Princeton University, Princeton, 1990.
- Ferreira, J. y Almeida Neves Delgado, L. de (coord.): *O Brasil Republicano – o tempo do nacional-estatismo – do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo – Livro 2*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.
- Godinho Delgado, M.: *Capitalismo, Trabalho e Emprego – entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, LTr, São Paulo, 2017.
- Godinho Delgado, M.: "Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho", en Godinho Delgado, M. y Neves Delgado, G.: *Constituição da República e Direitos Fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*, LTr, São Paulo, 2017.
- Godinho Delgado, M.: *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2020.
- Godinho Delgado, M. y Neves Delgado, G.: *Constituição da República e Direitos Fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed, LTr, São Paulo, 2017.
- Godinho Delgado, M. y Neves Delgado, G.: *A Reforma Trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei n. 13.467/2017*, LTr, São Paulo, 2018.
- Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. 2. ed., LTr, São Paulo, 2018.
- Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L.: "O Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) no capitalismo contemporâneo", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *Welfare State – os grandes desafios do Estado de Bem-Estar Social*, LTr, São Paulo, 2019.
- Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *Welfare State – os grandes desafios do Estado de Bem-Estar Social*, LTr, São Paulo, 2019.
- Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021.
- Judt, T. y Snyder, T.: *Pensando o Século XX*, Objetiva, Rio de Janeiro, 2014.
- Kuhnle, S.: "O Estado de Bem-Estar Social nos Países Nórdicos" en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. 2. ed., LTr, São Paulo, 2018.
- Kuhnle, S et al.: "Lições do modelo nórdico do Estado de Bem-Estar Social e Governança Consensual", *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, vol. 3, núm. 1, 2017.
- Leopoldi, M. A.: "A economia política do primeiro governo Vargas (1930-1945): a política econômica em tempos de turbulência", en Ferreira, J. y Almeida Neves Delgado, L. de (coord.): *O Brasil Republicano – o tempo do nacional-estatismo – do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo – Livro 2*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.
- Lessa Kerstenetzky, C.: *O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão – a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2012.
- Molyneux, M.: "Justiça de gênero, cidadania e diferença na América Latina", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021.

- Pimenta de Faria, C. A.: "Uma genealogia das teorias e tipologias do Estado de Bem-Estar Social", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*, LTr, São Paulo, 2018.
- Pribble, J.: "Mundos apartados: regimes de política social na América Latina", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021.
- Pribble, J.: *Welfare and Party Politics in Latin América*, Cambridge University Press, New York, 2014.
- Renda Leal Fernandes, J.: *O Mito EUA – um país sem direitos trabalhistas?*, Juspodium, Salvador, 2021.
- Sátyro, N et al.: "Regimes de bem-estar social na América Latina: uma revisão do debate recente" en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021.
- Van Cott, D. L.: "Party system development and indigenous populations in Latin América", *Party Polit*, vol. 6, núm. 2, 2000.



The Welfare State: general characteristics, obstacles and challenges in Latin America*

ESTADO DE BIENESTAR SOCIAL: CARACTERÍSTICAS GENERALES, OBSTÁCULOS Y DESAFÍOS EN AMÉRICA LATINA

Mauricio Godinho Delgado**

Professor of Labor Law

University of the Federal District - UDF (Brazil)

mauriciogdelgado@gmail.com  0000-0001-5883-1438

Lorena Vasconcelos Porto

Professor of Labor Law

Universidad Externado de Colombia

Mackenzie Presbyterian University (Brazil)

loreporto@yahoo.com.br

loreporto@yahoo.com.br  0000-0002-3532-1176

Recibido: 14.05.2021 | Aceptado: 17.06.2021

ABSTRACT

This paper provides an analysis of the organizational model of the political and the civil societies which became prevalent in Western Europe after the Second World War: the Welfare State. It also provides a discussion on the reasons why this model of organization has never been effectively implemented in any Latin American country. To this end, firstly, the text highlights the many and most important characteristics of the Welfare State, with attention to the peculiarities it assumes in specific European countries. Secondly, based on these comparative elements, a typological synthesis of the Welfare States is drawn, considering the range from the most sophisticated examples to those which only meet the minimum relevant criteria of this model of State and social organization. Finally, the reality of Latin American countries is analyzed and it is indicated to what extent they have (or have not) structured something that could be effectively considered a Welfare State. In this framework, it is concluded that, although there are a few Latin American countries showing progress in terms of achieving these characteristics in comparison with the great majority of countries in the region, the obstacles and challenges for the full structuring of a real Welfare State in this region of the globe are still persistent.

KEYWORDS

Welfare State
Characteristics of the Welfare State
Typology of the Welfare States
Latin America and Aspects of the Welfare State
Obstacles faced in the effective structuring of the Welfare State in Latin America

* This paper was translated from Portuguese to English by Bianca Kunrath.

** This paper was written by two authors. The author whose name appears first did the initial writing of the paper, while the author whose name appears in second place revised and expanded the text, including the introduction of new bibliographical sources and references. Este artículo fue escrito por dos autores. El autor cuyo nombre aparece primero hizo la redacción inicial del artículo, mientras que el autor cuyo nombre aparece en segundo lugar revisó y amplió el texto, incluyendo la introducción de nuevas fuentes y referencias bibliográficas.

RESUMEN

Este artículo busca analizar el modelo organizativo de la sociedad política y la sociedad civil que se hizo prevalente en Europa Occidental poco después de la Segunda Guerra Mundial, llamado Estado de Bienestar Social (o Welfare State), y debatir las razones por las que este estándar de organización nunca ha alcanzado una efectiva implementación en cualquier país de América Latina. Para ello, el texto, en primer lugar, destaca las diversas y más importantes características del EBES, salvaguardando las peculiaridades que asume en determinados países europeos. A partir de este conjunto de elementos comparativos, se realiza una síntesis tipológica de los Estados de Bienestar, tomando en consideración desde el más sofisticado hasta el que solo reúne el mínimo de características relevantes a este modelo de organización estatal y social. Finalmente, analiza la realidad de los países latinoamericanos, indicando en qué medida han estructurado (o no) algo que podría considerarse un Estado de Bienestar Social efectivo. En este contexto, concluye que, aunque hay algunos países de América Latina que han avanzado más en el logro de estas características, en comparación con la gran mayoría de los países de la región, aun así, los obstáculos y desafíos para la estructuración completa de un EBES real en esta región del mundo siguen presentes y severos.

PALABRAS CLAVE

Estado de Bienestar Social (EBES)
Caracterización del EBES
Tipología de Estados de Bienestar Social América Latina y rasgos característicos del EBES
Dificultades para estructurar eficazmente el EBES en América Latina

CONTENTS

- I. INTRODUCTION
- II. THE WELFARE STATE: GENERAL CHARACTERISTICS
 - A. Summary of the general characteristics
 - B. Typology of welfare states
- III. LATIN AMERICA AND THE STRUCTURING TRAITS OF THE WELFARE STATE: A BALANCE BETWEEN THE CLASSICAL CHARACTERISTICS AND THE RESTRICTED STRUCTURING TRAITS
- IV. OBSTACLES AND CHALLENGES TO THE STRUCTURING OF THE WELFARE STATE IN LATIN AMERICA
 - A. Positive factors for the structuring of the welfare state in western Europe
 - B. Obstacles and challenges to the broad structuring of the welfare state in latin America
- V. FINAL CONSIDERATIONS
Bibliography

I. INTRODUCTION

This paper seeks to examine the organizational model of the political and the civil societies which became prevalent in the major Western European countries immediately after World War II, known as the Welfare State, and the reasons why it did not achieve its full structuring in the Latin American countries.

To this end, firstly, the text seeks to highlight the main characteristics of the Welfare State, regarding both the political society and the civil society. In this study, nine most relevant characteristics are listed, to which it is added a tenth characteristic, perceived only in more recent periods of the European Welfare States.

Taking these ten main characteristics into consideration, the text provides a typology of the Welfare States, from the most sophisticated pattern of structuring to the minimum standard of organization which still meets its essential criteria of definition.

Once these initial bases for reflection have been established, the paper examines the reality of the Latin American countries, in order to determine to what extent they implement (or not) these main characteristics. Within this framework and on the basis of significant specialized bibliography, the text verifies that, virtually, no country in the region entirely materializes this organizational pattern in the political and the civil societies.

However, the article also concludes, in consonance with various texts hereby referenced, that a small group of countries in the region are closer to the Welfare State model, even though they still do not carry its main characteristics. In any case, the remaining countries remain significantly distant from the Welfare State standards.

Item IV of the article concludes, therefore, by examining the main obstacles to the advancement of the Welfare State model in Latin American countries and the main challenges to be faced in order to achieve better results in this field in the countries of this region of the globe.

II. THE WELFARE STATE: GENERAL CHARACTERISTICS

The Welfare State consists of an organizational pattern for political and civil societies. It has become complex, comprehensive, and sophisticated in the Western European experience, particularly after the end of World War II, in the context of the Humanist and Social Constitutionalism, which has also an essentially European root (Constitutions of France, in 1946; Italy, in 1947; and Germany, in 1949; and later Constitutions of Portugal, in 1976; and Spain, in 1978)¹.

Naturally, elements of the future Welfare State emerged in Western Europe as early as the second half of the 19th century, with the structuring of institutions and norms regulating labor relations as well as matters of social security and work-related injuries. Such labor and social security elements were further developed in the first decades of the 20th century, with the advent of Social Constitutionalism, in 1919 –introduced, in Europe, by the Weimar Constitution (which inserted in the constitutional framework rules regarding Labor and Social Security Law)– and with the creation of the International Labor Organization (ILO), also in 1919, which conferred a new and differentiated status to Individual Labor Law and Collective Labor Law, as well as to labor unionism².

1. Godinho Delgado, M.: “Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho”, en Godinho Delgado, M. y Neves Delgado, G.: *Constituição da República e Direitos Fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*, LTr, São Paulo, 2017, pp. 33-58.

2. In the Americas, Social Constitutionalism was introduced by the Mexican Constitution of 1917, the first constitutional document which included rules of Labor Law and Social Security Law. In Godinho Delgado, M.: “Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho”, ob. cit., pp. 33-58.

The subsequent institutionalization of a civil and a political society, both respectful towards labor and its institutions as well as towards human beings' physical and mental health, in its various phases of life, by means of a public health and social security system: all these elements would be important characteristic criteria to define the Welfare State which emerged soon after the Second World War in Western Europe.

Other elements of the future Welfare State are the conquest and extension of political rights to non-property owners and to women, with the purpose of achieving effective universal suffrage, without subterfuges and artificial obstacles –a process which also took place in different European countries from the second half of the 19th century on and intensified in the first decades of the 20th century–³.

It is also an important part of this historical phase the affirmation of the idea of social rights, in contrast to the simple and excluding idea of strictly individual rights, which arose from early liberalism. At first, social rights merited a rather simple conception, restricted to the notion of economic benefits and services owed by the state to individuals (in which rights to social security as well as to health and education were especially included). Later, social rights began to merit a better-constructed conception, capable of perceiving that the civil society can –and must– also be a provider of social rights to certain less-favored portions of the population (of which labor rights are a perfect example, where the debtor may be the employing company or other possible employing subjects).

In the context of the growing democratization of social, economic and power relations, tending to generate a society which is not only democratic but also truly inclusive –a process which became more sophisticated in Western Europe right after World War II– new social rights have emerged, such as universal and free education, universal and free health care, culture as a social right, mass transportation as a social right, housing as a social right, food as a basic guarantee and social right, along with other elements and values. Naturally, this evolution occurred at different paces in Western European countries (universal public and free education, at least in primary education, for example, preceded the period subsequent to the World War II in different countries). Such evolution, finally, combined into a complex, comprehensive and sophisticated model after the Second World War, with the Humanist and Social Constitutionalism and a well-designed construction of the Welfare State –with attention to the national peculiarities of the different Western European states of that time–.

Evidently, the State cannot –and must not– exclusively meet these relevant human needs. Such exclusivism is not even the focus of the project and the historical and sociological construction of the Welfare State. In fact, several dimensions or, at least, part of these human needs –considered to be part of the list of social rights– tend to be met, for example, by the family (in any of its traditional or new formats, it should

3. About the close correlation between advances in social security, with an “initial nucleus of programs,” and political-electoral advances, concerning the consecration of universal suffrage, including women as well, in several Western European countries, see Lessa Kerstenetzky, C.: *O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão – a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2012.

be noted) and, especially, by women throughout history. Let us take education and health as an example, which are partly guaranteed by the family, however, the most relevant part of them is ensured by State institutions in the Welfare State model (universal public health and education system). As to the right to basic nutrition, for example, it may indeed be guaranteed, in a substantial manner, by the economic market itself, provided that public policies ensure a reasonable level of income for individuals through work, employment or social security benefits.

It should be noted, however, that, in a Welfare State structure, public policy makers should be attentive to the generation and reproduction of conditions which can allow people to integrate into this peculiar social dynamic, since this satisfactory and equitable integration comprises a significant dimension of the social interest, of the public interest and of the interest and objective of the Welfare State.

In his renowned work from 1990, "The Three Worlds of the Welfare State", Gosta Esping-Andersen introduced a famous typology of the Welfare State, based exactly on these guidelines⁴. The Nordic author thereby identified three models of the Welfare State: The most sophisticated and egalitarian among them all, in which the prevalence of the State and its public equipment prevails in meeting the relevant human needs (what he calls the "social democratic model", for instance, the one followed by Scandinavian countries); the model that is also significantly egalitarian, but in which the important presence of the family, in addition to the State, stands out in meeting human needs (what the author calls the "conservative-corporativist model", for which Germany stands out); and, finally, the less egalitarian model among the three, in which the relevant presence of the capitalist market stands out along with a modest presence of the State in meeting the needs of the individuals (what the author calls the "liberal-residual model", for which the USA stands out, illustratively) (Esping-Anderson, 1985; Esping-Anderson, 1995)⁵.

Obviously, the second model (called "conservative-corporativist") must generate, concomitantly, public policies which somehow reward the performance of the family –or rather, of women, from a real historical and sociological point of view– otherwise this second model may compromise the civilizing objective of the Welfare State, submitting women to an excessive, unbalanced and excluding labor dynamic. Such critiques were made by important feminist authors to Esping-Andersen's typological construction, leading to an improvement in the Scandinavian author's theoretical elaboration⁶.

4. Esping-Anderson, G.: *The three worlds of welfare state*, Princeton University, Princeton, 1990.

5. See Esping-Anderson, G.: "O futuro do *welfare state* na nova ordem mundial", *Lua Nova*, núm. 35, 1995, pp. 73-111; Esping-Anderson, G.: *Politics against markets – the social democratic road to power*, Princeton University, Princeton, 1985. The analysis of Gosta Esping-Andersen's work was carried out by several authors, which included the critiques made by feminist authors towards his typology. For instance: Pimenta de Faria, C. A.: "Uma genealogia das teorias e tipologias do Estado de Bem-Estar Social", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*, LTr, São Paulo, 2018, p. 33-78; Sátyro, N et al.: "Regimes de bem-estar social na América Latina: uma revisão do debate recente" en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021.

6. About this topic, see the chapters mentioned in note 7, immediately before.

It is also obvious that the third model (“liberal-residual”) can become a counterfeit of the Welfare State in case it throws people into the mill of the economic market without public protections and compensations which can effectively fulfill their primordial and inherent needs within the structure and logic of the Welfare State. The truth is that, in general, extreme liberalism –in particular the current that in recent decades has been called neoliberalism– tends to gradually eliminate the State’s responsibilities for the welfare of individuals and the community, transferring all the burden and challenges to a direct relationship between human beings and the economic market. In Esping-Andersen’s typology, it is understood that a real Welfare State will only exist if such extremism and configuration do not effectively take place in historical practice.

A. Summary of the general characteristics

In a previous work, Mauricio Godinho Delgado and Lorena Vasconcelos Porto highlighted the fundamental characteristics of the Welfare State, in its most complex, sophisticated and comprehensive version⁷:

1. “Presence and institutionalization of a multidimensional democracy (political, social, economic, cultural, institutional and legal)” in the respective country and State. For Delgado and Porto, this conception of democracy is, in reality, mistaken for the “constitutional concept of Democratic Rule of Law, inherent to the European Humanist and Social Constitutionalism of the post-World War II period”.
2. “Presence and institutionalization of civil and political rights, however, under a broad, inclusive and anti-discriminatory perspective - as opposed to its restricted, exclusionary and discriminatory conception inherent to the original liberalism”.
3. “Presence and institutionalization of a wide range of individual, social and collective rights (some of them simultaneously bringing together, in themselves, the three dimensions, as occurs with labor rights).” Some of the main rights from this group, generically known as social rights, must be cited: work and employment; health; education; social security; housing; collective transportation; food; culture; leisure. It should be added that, in order to materialize this important characteristic, the Welfare State, in its most sophisticated version, tends to structure public and universal education systems, public and universal health systems and social security systems, also with strong public participation, along with other measures and peculiarities. In addition, by means of full employment or social security benefits, they also tend to ensure other rights, such as access to food.

7. Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L.: “O Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) no capitalismo contemporâneo”, en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *Welfare State – os grandes desafios do Estado de Bem-Estar Social*, LTr, São Paulo, 2019, pp. 23-49.

4. "Presence, guarantee and institutionalization of the status of social movements as established social, economic and political actor, especially labor unions and their institutions". That is, the intermediary institutions representing important portions of the civil society are recognized and respected, including especially the labor union entities, since they act at the center of the economic power of capitalism, mitigating and democratizing this power.
5. "Presence, guarantee and institutionalization of a reasonably balanced, equanimous, independent mass media vehicles, capable of transmitting the diverse perspectives which the countless highlighted problems involve".
6. "Presence and institutionalization of increasing equal participation of women in the various dimensions of the civil and the political societies". As already mentioned in this article, the women's struggle initiated in the 19th century and throughout the 20th century, conquered, in the great majority of European countries –and even in other countries around the globe– the right to universal suffrage, still during the first decades of the 20th century. The women's movement would, since then, have a relevant impact on the process of construction and improvement of the different Welfare State experiences.
7. "Presence and institutionalization of relevant and strategic participation of the State and its institutions in society and the economy". For Delgado and Porto, such presence would not only be an instrument "to guarantee the universality of public policies assuring social rights to the population, but the occurrence of sustainable development in the capitalist economic system".
8. "Presence and institutionalization of a tax policy on the basis of the principle of solidarity, so as to ensure the fiscal good-standing of the State in harmony with the principle of substantial equality, which is essential to the Welfare State ideology". It should be added that the fiscal good-standing of the State can only be reached without unnecessary social sacrifices provided that the characteristics listed in items 7 and 9 –referring to State intervention in the economy– are also observed in the historical experiences of the Welfare State.
9. "Presence and institutionalization of a sustainable and responsive capitalist economic system, which is also able to provide sustainable development, characterized by a capitalist model with social and environmental responsibility (socio-environmental responsibility) and socio-economic reciprocity for the respective population"⁸.

These nine characteristics correspond to a sophisticated, complex, and comprehensive Welfare State pattern, which was not, however, achieved in all post-World War II Western European countries. As a comprehensive set, it was accomplished, essentially, in the countries located in the center and north of Western Europe (for instance, Germany, Austria, Belgium, France, Holland, Italy, the United Kingdom and

8. Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L.: "O Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) no capitalismo contemporâneo", ob. cit., pp. 23-49.

Switzerland, as well as the Nordic countries –Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden–), amounting to 13 countries and a population of over 200 million. However, it has reached, to a significant extent, other European countries, despite the slower pace (as is the case of the two Iberian countries, Spain and Portugal, for example).

Regardless, a tenth characteristic must be added to this list. It consists in the presence and institutionalization of growing equal participation of minorities in the various dimensions of the civil and the political societies (women, as we know, cannot be considered effective minorities; even though they have always been discriminated against in history). It should be added that, in several Western countries, ethnic segments other than those of European origin represent a significant number of people, and are growing, in fact, even in Western Europe itself. In the Americas, the issue of discrimination and exclusion of people belonging to certain ethnic groups is quite manifest and severe (reaching the point of racism, as we know), as occurs, for example, in the USA, Brazil, Colombia, El Salvador, Ecuador, Mexico, Panama and Peru⁹.

It is true that, during the period of construction of the Welfare State in Western Europe, this tenth characteristic did not figure as something sociologically significant, in view of the great ethnic homogeneity of the European countries that built the Welfare State at that historical moment. This aspect, however, has always been relevant in the history of the countries of the Americas, from the US to Latin America, since the formation and independence of these countries (18th and 19th centuries). In Western Europe itself, however, the theme began to gain prominence, importance, and strength in the last decades of the 20th century and up to the present day.

It is clear that the struggle against discrimination (any discrimination, it should be noted, including that based on sex, sexual orientation, origin, status, color, age, etc.) is a primary part of the Democratic Rule of Law, a component of the Humanist and Social Constitutionalism, and is included, evidently, in topics 1, 2, 3, 4 and 6, mentioned above. However, due to its notable relevance, this fight must be hereby highlighted.

The Welfare State, with its peculiarities and limitations, has been present in other parts of the world, such as Oceania, particularly in Australia and New Zealand. With introductory elements from the late nineteenth century on (for instance, a somewhat

9. The North American author Jennifer Pribble, referring to the work by Van Cott, 2000, identifies serious problems of ethnic or racial discrimination in different countries of the Americas. Along with the USA (which is not the subject of this paper), she points out, in Latin America, at least seven countries with this profile, emphasizing that this fact has influenced (or still influences) negatively the construction of public policies of human and social risks prevention (such as universally accessible health and education, for example) and human and social risks management (such as social security benefits). Such countries are the following: Brazil; Colombia; El Salvador; Ecuador; Mexico; Panama; Peru (for methodological reasons concerning data, the author does not advance the analysis into Bolivia and Venezuela, in which case there is no way to insert, for example, either country in the present list - although it is known that Bolivia also faces severe problems of discrimination due to ethnic factors). Naturally, the analysis proposed by Jennifer Pribble is not restricted to these factors –as will be seen in item IV of this article–, although she insists that they are important in the study of the obstacles and challenges that the Welfare State implementation faces in Latin America. In Pribble, J.: “Mundos apartados: regimes de política social na América Latina”, en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021. About racism in the USA and its various repercussions in the civil and political societies, see the documentary “13th” by Netflix.

comprehensive and sophisticated labor system), the Welfare State remained a standard of socioeconomic development in these two countries, especially after World War II.

The Welfare State is also present in the Americas, both in Canada and the US, observing the Esping-Andersen typology. In any case, it seems appropriate to place Canada in the Comprehensive Welfare State model, while the US fits the Strict Welfare State model. The difference between the two countries is justified, for example, in view of the superiority of the Canadian health care system, which is universal and free, as opposed to the US system, which is mostly private and quite costly; the differentiation is also justified by the fact that Canada's educational system, at the university level, is more universal and inclusive than the US standard.

As for the United States, the Welfare State was designed by means of some relevant features that emerged in the 20th century, especially after the Franklin Delano Roosevelt administration (1933-1945), which intensified until at least the 1970s. The maintenance and expansion of a universal and inclusive school system covering until elementary school, the strengthening of Collective Labor Law through the empowerment of labor unions, the strong role of the State in protecting and generating development and employment in order to ensure a significant level of income for the population, along with the beginning of the fight against racial segregation against the black minority in that country, are remarkable traits of this progressive era. This progressive phase lasted from the 1930s until the 1970s, from which moment it began to be continuously dismantled and destroyed by the neoliberal hegemony that emerged since the Richard Nixon and Gerald Ford administrations (1969-1977) and that was later accentuated by Ronald Reagan (1981-1989) and subsequent republican administrations. Neoliberalism, over the last 40/50 years, has effectively weakened the features of the Welfare State model in the US, not to the point, however, of compromising the framework laid out above¹⁰.

The truth is, however, that these scattered experiments failed to prove to be complex, sophisticated and comprehensive, unlike the standard model of central and northern Western Europe after World War II (the Comprehensive Welfare State model). It was a somewhat limited Welfare State, but nevertheless important compared to the traditional exclusionary political, legal, institutional and socio-economic models. It should be noted that, in the USA, despite the advances of the New Deal, the hegemony and discriminatory practices prevailing in several southern states could not be overturned, much less the institutionalization of a universal, non-discriminatory electoral system was achieved, even considering contemporary days¹¹. Not to mention the strength of

10. In fact, the construction of neoliberal hegemony in the US also took place during the New Democratic governments, although to a lesser extent. For example, the Trilateral Commission, created in 1973 by David Rockefeller, with the purpose of, among other things, spreading the neo-liberalist ideology around the world, was given prestige by the subsequent Carter administration (1977-1981), while the Clinton administration (1993-2001) continued the trend of massive incarceration of the black population and also the public policy of deregulation of the financial market. However, the most emphatic tone and direction in the ultraliberal direction were undoubtedly set and firmly developed, in fact, by the Republican governments (Nixon, Ford, Reagan, H. W. Bush, W. Bush, and Trump), throughout over 30 years of presidential mandates.

11. About the American political and electoral systems and its exclusionary limitations, see, for instance: Dahl, R.: *A Constituição norte-americana é democrática?* 2. ed., Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.; Netflix: *Whose*

public policies that were clearly anti-labor and anti-union, sustained by various North American states¹². In addition, the absence of a universal health care system in the country, along with severe economic restrictions on access to the remarkable network of university institutions that distinguishes the USA, should also be noted.

B. Typology of welfare states

Several typologies on the Welfare State models were built by political scientists, sociologists, historians, economists, using mostly as standard the Western European experiences and some of the other scattered examples of Welfare States that have emerged in the world (for example, Canada and the USA, in the Americas, and Australia and New Zealand, in Oceania)¹³.

In a recently published collective book¹⁴, for instance, there is reference to several of these typologies, although the focus of the articles stands on the reality of Latin American countries, which is quite different from the reality in Europe, Canada and the USA.

The texts of the mentioned collective book highlight, however, several instigating classifications that seek to research social policies in the various Latin American countries, in order to assess to what extent they have developed, or not, inclusive institutions similar or inspired in the model of the classic Welfare State. Some of these important typologies elaborated based on the Latin American countries, which were exposed in the aforementioned collective work, will be referred to in item III of the present article¹⁵.

Nonetheless, in this subitem II.B, a typology of Welfare States will be presented based on the classic European examples, as well as on Canada and the United States. The objective is to allow a comparative analysis with the most prominent Latin American experiences in order to understand how far and how close these experiences are

Votes Counts, Explained, 2020. About the typical anti-labor and anti-union public policies of several American States, see: Renda Leal Fernandes, J.: *O Mito EUA – um país sem direitos trabalhistas?*, Juspodium, Salvador, 2021. The author describes the presence of various State laws incompatible with unionism, collective bargaining and labor protection regulations in the Northamerican history, exposing as well the recurrent decisions of the Supreme Court against these social rights and its institutions.

12. About the growing restrictions to the Welfare State in the USA, starting from the Richard Nixon and Gerard Ford administrations (1969-1974), see, for instance: Chomsky, N.: *Réquiem para o sonho americano – os 10 princípios de concentração de riqueza & poder*, Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 2017.

13. Studies about the main typologies of the Welfare State, with its best-structured examples, may be found, for instance, in the following articles and books: Arretche, M.: “Emergência e Desenvolvimento do *Welfare State*: teorias explicativas”, en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *Welfare State – os grandes desafios do Estado de Bem-Estar Social*, LTr, São Paulo, 2019, pp. 50-105; Pimenta de Faria, C. A.: “Uma genealogia das teorias e tipologias do Estado de Bem-Estar Social”, ob. cit., pp. 33-78; Lessa Kerstenetzky, C.: *O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão*, ob. cit., 2012; Kuhnle, S.: “O Estado de Bem-Estar Social nos Países Nórdicos” en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*, LTr, São Paulo, 2018, pp. 167-173; Sátyro, N et al.: “Regimes de bem-estar social na América Latina: uma revisão do debate recente”, ob. cit.

14. Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, ob. cit.

15. Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, ob. cit.

in relation to the basic characteristics of a classic Welfare State, which were pointed out in subitem II.A of this text.

Thus, three major patterns of Welfare States were identified. The classification was conceived, for didactic purposes, considering from the most sophisticated examples, in the first place, until the simplest ones, thus reaching a large group of countries that cannot even be classified as Welfare States, despite being rudimentary and incipient versions (therefore, this last category would be a fourth pattern, but the truth is that it refers to those countries that, in fact, do not classify, objectively, as a Welfare State, albeit in an initial stage).

In this context, the first and most advanced category is that formed by Comprehensive Welfare States. These refer to those welfare states in which the ten characteristics hereby outlined earlier are clearly and extensively established. In general, they correspond to the classic Western European Welfare States, structured immediately after the Second World War or a little later.

Although one can preserve this group as a single category, the fact is that the differences in intensity of these characteristics in the various countries allow one to establish a small scale among them, i.e., the most sophisticated, complex, and resilient, on the one hand, followed by those that are situated, as far as these aspects are concerned, at a slightly lower level –without losing, however, the essential framework of a comprehensive Welfare State–.

With these observations, this category of Welfare State can be divided into two subtypes: on the one hand, comprehensive and sophisticated Welfare States –in the sense that they boast a complex set of public institutions and institutional norms and practices which aim for inclusion, equality, democratization, and other important objectives of the Welfare State– as evidenced by the ten characteristics outlined above. On the other hand, there are comprehensive Welfare States, which do not demonstrate the same high level of sophistication and/or have not had the same capacity to exhibit, in the last 30/40 years, a solid resilience against neoliberal pressures and reforms, which are usually exclusionary and damaging. It should be clarified that the pattern, in its essence, is the same –that of a comprehensive Welfare State– with, however, a mere distinction as to the complexity and sophistication of the institutions and practices that are part of it and their resistance to the neoliberalist advances.

The second category concerns the strict Welfare State model. This pattern has most (but not necessarily all) of the ten characteristics indicated above, although they also have problems, deficiencies, and limitations in several of the characteristics incorporated. In this category, in summary, serious restrictions are identified in some of the characteristics of the Welfare State, without, however, compromising the correspondence of the respective country with this structure and dynamics. This group includes, for example, the United States of America.

Finally, still within the Welfare State model, there is a transition category –in which countries may or may not victoriously become true Welfare State models–. This category is hereby named Incipient Welfare States. In this case, the country has flaws, limitations, and serious restrictions to several characteristics of a first-level Welfare

State; on the other hand, it shows a real historical line of construction in that direction within its borders. In these cases, several relevant features are present, but almost all of them with severe restrictions, without enough dissemination, presenting at times serious counterfeits of the Welfare State project, along with other defects. However, it is undeniable that there is a vivid line of construction of a first-level Welfare State in the history of that society. The advances and setbacks in these experiences tend to be recurrent, often destroying achievements over several periods, although with resummptions and improvements in others. This is the typical case in some Latin American countries.

Finally, the typology mentions a large group of countries in which relevant and systematic characteristic traits of a Welfare State do not yet exist. In this group, the existence of a minimally efficient and diversified process of construction of a Welfare State within their respective borders, with a characteristic complex structure of institutions, norms and practices, is also not clear. In other words, a comparison between the ten characteristics of a Welfare State and the institutional, economic and social structure and dynamics of this group of countries still puts them in a distant position regarding the Welfare State model, notwithstanding their incipient or rudimentary status.

III. LATIN AMERICA AND THE STRUCTURING TRAITS OF THE WELFARE STATE: A BALANCE BETWEEN THE CLASSICAL CHARACTERISTICS AND THE RESTRICTED STRUCTURING TRAITS

Latin America, a region formed by approximately twenty countries, displays one of the most unequal realities on the planet, although there are, among its various countries, some characterized by a relatively diversified economy and a populational segment with significant individual or family income, despite being a minority. However, even among some of these somewhat more developed countries, poverty and socioeconomic inequality remain striking features. In a recently published collective¹⁶, different chapters bring solid international official data attesting to this socioeconomic, institutional, legal, and cultural scourge in continental and national dimensions¹⁷.

From the perspective of the presence of a Welfare State in some of its countries, an objective and rigorous evaluation would not find any Latin American country which could perfectly fit into this structure pattern.

It is worth noting, in conclusion, that in Latin America, the levels of social, economic and institutional inclusion in any State protection system are very low in the region in general, even considering the few countries that present certain traits of institutions, public policies and social norms. Also, the average number of excluded and unpro-

16. Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, ob. cit.

17. Jennifer Pribble, for instance, in a specific work about the social policies in Latin American countries, strongly affirms: "Latin América has long been classified as the most unequal region in the world". In Pribble, J.: *Welfare and Party Politics in Latin América*, Cambridge University Press, New York, 2014.

tected population (generally known as outsiders) from the socioeconomic, sanitary and assistance policies is extremely elevated. In this regard, authors Natália Sátyro, Danúbia Zanetti and Rosiene Freitas, referring to a study by Maria Candelária Garay, from 2010, covering the period 1975-2000, found that “the outsiders represented 50% of the Latin American population, and a large part of this percentage lived in poverty or extreme poverty”.¹⁸

In such framework, in fact, the Latin American countries belong to neither subcategory of Comprehensive Welfare States, the most sophisticated ones (the thirteen located in central and northern Western Europe, favoring about 200 million people) or the other participants of this best structured bloc of Welfare States. Although some of the ten general characteristics listed in this text may be found in some of the Latin American countries –especially in five of them: Argentina, Brazil, Chile, Costa Rica, and Uruguay (or seven countries, if Mexico and Panama are included in the list)– the fact is that, in all cases, these characteristics are not widespread, but rather notoriously limited and restricted. The distance between the compared topics is so great that one cannot speak of the presence in Latin America of any example of a comprehensive Welfare State.

The same applies to Strict Welfare State models, which are characterized by a weaker presence of State institutions in the realization of institutional and social duties of inclusion and protection of human beings in society, which includes its economic, political, institutional aspects. The distance between the realities of the five (or seven) Latin American countries listed above and the ten central characteristics presented in this article also precludes the classification of any of them as a true Strict Welfare State.

It should also be noted that Strict Welfare States delegate various functions and duties of inclusion and distribution of goods and services to the market itself –which tends to make the idea of welfare states almost a chimera in certain realities– while in Latin America the economy of the various countries has shown itself to be, over the last four/five decades, extremely fragile, disjointed, not sufficiently varied and complex, in addition to being in a relentless process of deindustrialization (as in the case of Brazil, for example). All these facts demonstrate their notorious incapacity to execute inclusive and efficient functions and duties regarding economic and social relations¹⁹.

However, it does not seem reasonable and objective to fit all Latin American countries into the category of countries without relevant Welfare State characteristics. The

18. Sátyro, N. et al.: “Regimes de bem-estar social na América Latina: uma revisão do debate recente”, ob. cit.

19. Although the Brazilian economy demonstrates to be in a continuous process of deindustrialization –if one considers the peak of the participation of industry in the GDP, in 1980/1982 (about 30%) and the years 2019/2020 (about 12/11%)–, the fact is that it has displayed diverse performances in the last 30 years. For example, in the 1990s, it had several years of extremely high unemployment rate (10% or more), returning to those levels in 2016 until the present. However, between 2003 and 2013, unemployment levels steadily reduced, affecting thus less than 5% of the country's active population (regarding these data, see Godinho Delgado, 2020). On the other hand, the country has created public policies, in the last two decades, of direct income transfer to the poorest segment of the population. Hence, one cannot take only one piece of data (deindustrialization) as parameter for analysis - although it is very important, indeed, as will be seen in item IV of this article.

reason is that, in this large and discouraging category, the distance between the five (or seven) countries mentioned in this article and the other countries of this region with very few of the 10 characteristics indicated above –or with a few of them, but with deep restrictions– is very significant, indeed. At the same time, it must be recognized that the five (or seven) countries mentioned above, unlike the others, do exhibit the presence of several of the 10 characteristics mentioned above, although with restrictions in practically all or several of them.

That is why it seems pertinent to classify these five countries (Argentina, Brazil, Chile, Costa Rica, and Uruguay) –or seven, if Mexico and Panama are included in this list– in the category of Incipient Welfare States. It should be clarified, however, that the Incipient Welfare States category refers to a rudimentary Welfare State, under construction, still far from a basic Welfare State that meets the minimum needs of social justice and socioeconomic and institutional inclusion of the entire population.

In any case, Bolivia, Colombia, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Peru, Dominican Republic, and Venezuela fall into the category of countries without relevant Welfare State characteristics. These are countries in which the degrees of socioeconomic exclusion and the absence of inclusive public policies have been prominent throughout history –considering the evaluation and comparison from the 20th century onwards– although there are differences in aspects and scale among them. From the perspective of a Welfare State, it is not realistic to include them in the list of Latin American countries that have managed, albeit with many restrictions, to begin a process of structuring a Welfare State, with diversified public policies in that direction (hence the term Incipient Welfare States). In this regard, it is opportune to reproduce the evaluation exposed by the authors Natalia Sátyro, Danúbia Zanetti and Rosiene Freitas, referring to studies by Fernando Figueira, from 1998, and Carlos B. Solano, 2007, although made in a somewhat different context:

“In these countries the elites have dominated the State apparatus, using their fiscal capacity to extract income without compensation in the form of collective goods, market regulation or social services. They are also very heterogeneous countries in terms of their social structure, which was reflected in the distribution of income between urban and rural areas and in the degree to which the market operated, producing different social configurations. The degree of State intervention in sharing risks arising from this configuration was minimal (...) The scarce State interventions shaped the structural inequalities of these countries (...)”²⁰.

20. Originally: “Nesses países as elites se apropriaram do aparato do Estado, usando sua capacidade fiscal para extrair renda sem a contrapartida em bens coletivos, regulação do mercado ou serviços sociais. São também países muito heterogêneos em relação à sua estrutura social, o que se refletiu na distribuição de renda entre áreas urbanas e rurais e no grau no qual o mercado operou, produzindo diferentes configurações sociais. O grau de intervenção do Estado no compartilhamento dos riscos advindos dessa configuração foi mínimo (...) As escassas intervenções estatais moldaram as desigualdades estruturais desses países (...)” In Sátyro, N et al.: “Regimes de bem-estar social na América Latina: uma revisão do debate recente”, ob. cit.

In passing, considering the public policies applied by several Latin American countries until the first decade of the 2000s, the referred authors Natália Sátyro, Danúbia Zanetti and Rosiene Freitas structure a comparative picture involving the countries of the region, in accordance with the research and findings of different authors, regarding the welfare regimes. In this expressive and instigating comparison chart (chart 1), the three authors find in the study by Evelyne Huber and John D. Stephens, published in 2012, only four countries which presented “greater effort” towards the Welfare model. These are Argentina, Chile, Costa Rica, and Uruguay. Brazil and Mexico, on the other hand, were placed in the dual group of those that showed “medium-high effort”. In total, there would be six Latin American countries.

Considering the study by Mario Marcel and Elizabeth Rivera, released in 2008, the three Brazilian authors mentioned above also find only five countries that correspond to what was considered by M. Marcel and E. Rivera a “potential welfare regime”. These are Argentina, Brazil, Chile, Costa Rica and Uruguay. Mexico was not included in this block –unlike the previous classification–.

Finally, following the same comparative criterion, the three mentioned authors also examine the frameworks created by Juliana Martinez Franzoni, whose feminist standpoint is evident, concerned with the insertion of women in the respective experiences of Latin American countries and their corresponding public policy models (or the lack of them). In Juliana Franzoni’s instigating research, the regimes considered “State-productivist” and “State-protectionist” were perceived as the most advanced, under the Welfare State perspective, among the others in Latin America (advanced within the modest limits of Latin American experiences). It should be added that the author names the two remaining regimes as “familiarist” and “highly familialist”, both quite traditional and exclusive. The result of the classification made by Juliana Franzoni points to a direction very close to that noted in the two previous researches and classifications mentioned above. In fact, the following countries are thereby represented: Argentina (“State-productivist”); Brazil (“State-protectionist”); Chile (“State-productivist”); Costa Rica (“State-protectionist”); Mexico (“State-protectionist”); Panama (“State-protectionist”); Uruguay (“State-protectionist”). As may be seen, these are seven countries, with Mexico and Panama also present.

Having demonstrated the pertinence of making a differentiation among a small bloc of Latin American countries (Argentina, Brazil, Chile, Costa Rica, Uruguay, and, if it is the case, also Mexico and Panama), which would form the group of those classified as Incipient Welfare States, the other countries mentioned (Bolivia, Colombia, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Peru, Dominican Republic, and Venezuela) would be inserted into the group of “countries without relevant Welfare State characteristic traits”. This differentiation enables a better perception of the levels of approximation to the civilization pattern of the Welfare regime, while at the same time favoring the analysis of the central points of differentiation and the respective challenges to be faced in order to move to a different level of organization in the political and the civil society of the region.

However, three observations and caveats should be made in this regard.

Firstly, the reflections made took into consideration, essentially, - considering the studies included in the mentioned collective book - data from approximately the year 2000 (covering the long precedent period and some years subsequent to 2000), which means that positive (or negative) changes may have occurred in different countries during these last two decades. Some reference was made to facts and public policies that took place in the last 20 years, but they do not cover all the countries and were not the focus of the analysis. To this extent, this study does not consider the real effects of the public policies implemented by the progressive governments in Bolivia and Venezuela in the last two decades²¹.

Secondly, one of the characteristics of Latin America and its countries –even in the most advanced countries of the region– is the stop-and-go dynamic in public policies, a dynamic that may indeed have occurred in these two recent decades in some of these countries. In other words, in periods in which trends opposed to the Welfare State and advocates of extreme liberalism take power, by various means, they tend to dismantle, as much as possible, the advances consolidated in the previous progressive phase, thus significantly slowing the process of structuring of the Welfare State in the respective country. Unfortunately, this is a relatively common dynamic in Latin America, which Brazil has been experiencing quite emphatically since 2016. This discouraging peculiarity must be effectively taken into account in any analysis.

This second aspect must be stressed: the obstacles and challenges to the implementation of the Welfare State in Latin America are so significant and relentless that, at each historical juncture, there is the risk of losing a great deal in the construction of the Welfare State in this region, even in countries which are somewhat more advanced in this area.

In fact, as will be seen in item IV of this text, each time the neoliberal hegemony returns in Latin America, for example, an obsessive phase of destruction of the relevant traces of the Welfare structure in these countries is triggered. Either by dictatorships (the case of Chile, between 1973 and 1990, during Pinochet's dictatorial period), or by ultraliberal domination by means of traditional or creative political shortcuts (the case of Brazil, starting in 2016, with the overthrow of the democratically re-elected government in the 2014 election). The Latin American stop-and-go tends to encompass not only economic and social development, but also political, institutional, and cultural development towards an effective Welfare State in these countries.

The third observation –which is also a caveat– concerns the number of Latin American countries in the sample. As may be seen, not all of them are discussed here. And this choice was made for different reasons.

21. The individual analysis of these two countries, Venezuela and Bolivia, with their specificities, considering the governments of Hugo Chávez and Nicolas Maduro (Venezuela: 1999-present) and Evo Morales (Bolivia: 2006-2019), is not the object of the present study. In these two cases and their respective specific periods, studies of their own would have to be conducted on these two unique experiences. The reference to the two countries, thus, takes into consideration the traditional historical period (or a small margin of the new period), in which they effectively also correspond to the exclusionary pattern of the vast majority of Latin American countries.

On the one hand, the case of Cuba. It is evident that the country, for more than five decades, has managed to structure consistent, effective, and generalized public policies in the areas of education, health, and social security. For this set of factors, it could indeed be framed as a Welfare State. However, as is well known, the Cuban political regime fails miserably with regard to some of the substantial characteristics previously listed, especially those concerning democracy and its multiple dimensions and rights (items 1, 2, 3 and 5, for example). In this way, it would be reckless to level situations which strongly differ from several of the characteristics displayed in the present analysis. Therefore, no judgment has been made about the aforementioned country; it was simply not included in the present study, for the methodological reasons explained above.

On the other hand, the case of Venezuela and Bolivia. As already explained, the exposed conclusions emphasize, especially, the phase before the governments of Hugo Chaves and Nicolas Maduro, in Venezuela (which began in 1999, extending to the present day), and the government of Evo Morales, in Bolivia (which prevailed from 2006 until 2019). Equally, no judgment is being made on these recent periods; it is only emphasized that they would have to be the object of specific study in order to apprehend whether or not they reversed the conservative and exclusionary line that used to characterize the traditional public policies of these two countries²².

Finally, there are other Latin American countries (Haiti, for example) that were not considered in the present sample and are not part of the Classification Chart (Chart 1) in the article by Natália Sátyro, Danúbia Zanetti and Rosiene Freitas that served as basis for this reflection. Apparently, such countries (Haiti's case, at least) would also correspond to the group of "countries without relevant Welfare characteristic traits". However, for obvious reasons, the present work does not propose such judgment, which is thus left for another research and analysis.

IV. OBSTACLES AND CHALLENGES TO THE STRUCTURING OF THE WELFARE STATE IN LATIN AMERICA

In the previous topics, it has been already introduced, to a certain extent, the main obstacles and challenges to the incorporation of the Welfare State among the several Latin American countries. However, something in this regard may still be added and better systematized.

In order to better explain our understanding of the subject, firstly, the factors that, in general, led to the structuring of a Welfare State in Western countries will be listed. Hence, standards will be extracted from Western European countries, as these are well-established regimes (subitem A).

22. The author Jennifer PRIBBLE, in the study named "*Mundos Apartados: regimes de política social na América Latina*" (Worlds Apart: Social Policy Regimes in Latin America), prefers as well to exclude from the analysis the recent period of these two countries due to the inconsistency perceived in some data. In Pribble, J.: "*Mundos apartados: regimes de política social na América Latina*", ob. cit.

Inherent parameters to the Americas will be considered along with subitem B of item IV, whose object consists of the main obstacles and challenges to the full incorporation of the Welfare State in Latin America.

A. Positive factors for the structuring of the welfare state in western Europe

In history, there is an expressive set of factors which favored the construction and the preservation of the Welfare State in Western Europe.

Naturally, not all factors come together at one given time, as a unitary block, in all successful Western European Welfare State experiences. Some of these factors may not even be present in a particular national historical experience. In addition, there are usually national peculiarities that have significant influence on the process of structuring the Welfare regime in each country.

Furthermore, as with almost any wide-ranging historical phenomenon, the creation and improvement of a Welfare State tends to result from a diverse set of factors, including more general patterns that may (or may not) be present and factors which are specific to the historical reality of each country. Regardless, once these methodological reservations have been exposed, it is pertinent to highlight some factors that have emerged, with greater or lesser force, in the dynamics of the construction of the main Welfare experiences in Western Europe.

The main positive factors noted in this diverse historical panorama are the following, among others:

1. The institutionalization of democratic environments, practices, law and institutions, either prior to the establishment of the Welfare State, or during the structuring of democracy and the Welfare regime itself. Democracy allows the popular sectors, either those previously excluded or those restrictedly included in the prevailing system, to better organize themselves, at all levels, with more leverage to efficiently pressure for the implementation of social and public compensations in benefit of such sectors, in contrast with the phase of exclusion.

In addition, democracy alerts the previously exclusivist socioeconomic and political segments to adapt their ideology and their public policy proposals to certain concessions to the social segments that form (or used to form) the outsiders, as a strategic means of preserving their own hegemony in society.

This paper does not aim to exaggerate the role of democracy in the formation and improvement of the Welfares States, nor to affirm it as an absolute factor. It does not deny either that, in Western History, there have been moments of authoritarianism that, exceptionally, implemented concessions to the segments excluded from society, from the economy and from the dominant institutions. This was the case of Bismarck's government in Germany in the end of the 19th century, for example, with its labor and welfare policies, which introduced the first European institutions that, in the future, would be considered characteristic to the Welfare model. In fact, this was also the case, to a certain extent, of Vargas's government in Brazil after the Revolution of 1930,

which inaugurated (or strengthened) social security and labor policies that would be the beginning of a future Welfare State in Brazil (which, unfortunately, is still under construction or even under threat). This is simply a constatation that dictatorships, in general, in the West, have not been favorable to the creation or preservation of Welfare States and related public policies, contrary to what happens with democratic environments and institutions. However, it must be recognized that, as an exception, in some cases, even authoritarian governments have elaborated political strategies of socioeconomic inclusion of social segments until then considered as outsiders.

2. The organization and institutionalization of workers' associations, especially labor unions, with democratic and inclusive practices and claims in the context of the working environment and society as a whole, so as to structure the organization of the civil society in its previously excluded segments. Trade union freedom, autonomy and empowerment are important historical and institutional premises not only for the establishment of democracy, but also for the establishment of Welfare State norms and institutions. Indeed, in Western Europe, it is rare for a Comprehensive Welfare State to emerge without the presence of a strong, widespread trade unionism, respected by the civil and political societies²³.

3. The organization and institutionalization of political parties with solid insertion in the popular segments, so as to establish and consolidate the fundamental organization of civil society in the segments which were previously excluded from economic, social and State institutions. Although these types of political parties, in the European example of the 19th century, started as "revolutionary parties" –in the sense that they were initially opposed to capitalism as a whole–, the fact is that they gradually adapted to a reformist agenda, adjusting themselves to the pragmatic search for the democratization of political and civil society, in the framework of Western capitalism. The presence and performance of these political parties of popular and progressive roots were decisive for the structuring and materialization of the concepts of social justice, material equality, solidarity, the counterbalance between the duties of the subordinated segments with a substantial range of rights also in their favor (known as social rights), along with other democratic values that were incorporated in their experiences in the political and institutional history of several Western countries.

23. On the correlation between a strong trade union movement in Europe (which will also unfold into a strong labor or social democratic political movement) and the generation of relevant labor regulation in the various European countries, democratizing power relations in the workplace and obtaining economic and professional concessions from the companies in favour of workers, alongside the political and social struggles in civil society and in political society for social security rights and guarantees, there is a vast bibliography - although, in general, this correlation is never reduced to any exclusivity or inevitability. As Celia Lessa Kerstenetzky points out, in the history of the formation and consolidation of the Welfare State model, "no single original pattern has been detected". In Lessa Kerstenetzky, C.: *O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão*, ob. cit. On the subject of correlations between trade unionism, labor, political parties and the formation and consolidation of Western European Welfare States, see, for example: Esping-Anderson, G.: *Politics against markets*, ob. cit.; Arretche, M.: "Emergência e Desenvolvimento do *Welfare State*: teorias explicativas", ob. cit.; Godinho Delgado, M.: *Capitalismo, Trabalho e Emprego – entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, LTr, São Paulo, 2017; Godinho Delgado, M.: *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2020; Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L.: "O Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) no capitalismo contemporâneo", ob. cit.; Judt, T. y Snyder, T.: *Pensando o Século XX*, Objetiva, Rio de Janeiro, 2014; Lessa Kerstenetzky, C.: *O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão*, ob. cit.

In any case, the very emergence of these new political parties and movements has alerted the traditional and/or conservative parties to become more receptive to the inclusion of population segments, until then considered as outsiders, in the political, social, institutional and legal context.

4. The organization and institutionalization of distinct social movements with their own composition and guidelines, although convergent with the logic of the Welfare State. It should be highlighted thereof women's movements in search of citizenship and equality, along with better living and working conditions. These women's movements emerged in Western Europe and the United States during the embryonic period of the Welfare State, starting in the second half of the 19th century, and became more prominent in the following decades and in the beginning of the 20th century. The economist Célia Lessa Kerstenetzky points out that in the struggle for citizenship and the right to vote, at that time, the stronger presence of the women's movement implied the conquest of more comprehensive laws, with a clear social nature.²⁴

A certain period after the end of the 19th century and the first decades of the 20th century, other social movements began to form and to be institutionalized in Western Europe –especially after World War II– such as the movements of ethnic origin (resulting from the accentuated migrations from the 1960s-70s), the environmental movements and the movements formed in view of the sexual orientation of human beings (LGBTIQ+ and similar movements). These movements also began to act on the guidelines of the Welfare States, so as to influence and improve their structure, dynamics and regulation.

It is clear that in the Americas (North, Central and South), the ethnic issue has always been quite tense and powerful, since the discovery and early colonization of the continent, due to the connection of the history of the U.S. and many Latin American countries with the structure and practices of slavery towards black people, coercively brought from Africa for several centuries. In addition, in several Latin American countries there also existed (and still exist) significant ethnic segments of indigenous origin, mostly also excluded from the civil and political societies. For this reason, unlike Western European examples from the late nineteenth and early twentieth centuries, with respect to the formation of the Welfare State, this ethnic or racial issue will indeed have a much greater impact and repercussions on the structuring of social policies in the American continent²⁵.

5. The consolidation of a political elite that presents a sensible and adequate understanding of the importance of the difference between political hegemony and political domination. The former involves concessions, changes and commitments, while

24. Lessa Kerstenetzky, C.: *O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão*, ob. cit. An exhaustive research on the women's movement in several western countries, since the end of the 19th century, has been done by the Spanish author Álvarez González, A. I.: *As Origens e a Comemoração do Dia Internacional das Mulheres*, Expressão Popular, São Paulo, 2010.

25. The importance of the ethnical and racial issue in the Americas, including Latin America, is strongly highlighted by Pribble, J.: "Mundos apartados: regimes de política social na América Latina", ob. cit. A substantial analysis on racism in the USA, involving the population of black people, is made in the documentary by Netflix entitled "13th".

the latter is consummated through the use of verticalizing force and exclusion. The construction of hegemony must also include an ideal project of nation, country, State, and institutions, in contrast to the narrower vision of territory that characterizes the practice of domination.

Europe provides two striking –although very distinct– examples of the elites’ understanding of the importance of the concept of hegemony, to the detriment of the unilateral concept of domination. On one side, a path which would prove to be more democratic, flexible and conciliatory, the British one, from the 17th century until the 20th century, under the leadership of countless statesmen. On the other, a path that would prove to be authoritarian, but still within the framework of the search for a hegemonic construction in the transition period, as occurred in Germany during the final decades of the 19th century, under the leadership of Chancellor Otto von Bismarck. Although there are differences between the two paths, they have in common the direction of an important phase of historical transition, with a clearly established desired idea of nation, country, State and institutions, in contrast with the narrower vision of territory, inherent to the exercise of power by pure and simple domination.

Evidently, this type of elite does not emerge preformed in the historical trajectory of any country. It rather forms and asserts itself in the historical challenges that arise, and its choice ends up being virtuous (or disastrous) for the respective country.

An elite that refuses to admit change, to make the transition to a new world, to incorporate the former outsiders –sticking to the old and exclusionary route of sheer domination instead of embracing the route of hegemonic construction– tends to resist or even compromise the transition to a Welfare State. On the other hand, an elite dedicated to hegemonic construction enables a successful transition to the future and the pursuit of well-being, as proposed by the Welfare State project²⁶.

6. The structuring of a more complex and diversified economy, with minimal traces of industrialization, is also a relevant factor in the emergence or improvement of the Welfare State in the various European countries. In this case, it must be emphasized that we are not simply hereby reproducing the theories of Harold Wilensky, Richard Titmuss and T. H. Marshall, authors who, among other aspects and even considering the distinctions between their theses, insisted that the process of industrialization, due to its complexity, richness and developments, would tend to lead (although not inevitably) to the construction and development of a Welfare State model²⁷.

26. In his study of the Nordic Welfare State, Stein Kuhnle highlights the existence of “strong popular support” to the characteristics of the Scandinavian Welfare State, concluding that no “political party aiming at broad popular support can afford to ignore them”. In Kuhnle, S: “O Estado de Bem-Estar Social nos Países Nórdicos”, ob. cit. The author thereby demonstrates the incorporation, by the capitalist economic, social and institutional elites, of a basic ideology of the Welfare State, instead of identifying themselves as direct opponents of its existence. In the same direction, the following text: Kuhnle, S et al.: “Lições do modelo nórdico do Estado de Bem-Estar Social e Governança Consensual”, *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, vol. 3, núm. 1, 2017, pp. 37-52.

27. It is beyond the scope of this article to resume the analysis of the various theories on the formation and development of the Welfare State, including those dealing with its correlation with the industrial process of capitalism. This analysis would be more adequate for a specific article (or book) - which is entirely beyond the limits of the present text. In fact, what is hereby highlighted is only some relevant aspects of the process of industrialization of the economy in conjunction with the establishment of a Welfare State in a given country. In any case, for an analysis of

With regard to this factor (the industrialization process in the respective country), what must be emphasized hereby is that the industrialization process, although incipient in the country, creates quite favorable elements, for multiple reasons, for the emergence of a Welfare State in that context.

On the one hand, due to the fact that industrialization generated a diversified and growing working class in the industrial regions, propitiating the future emergence of all the important factors already specified in numbers "1", "2" and "3" of this item IV, subitem A²⁸.

On the other hand, due to the fact that industrialization promotes the urbanization of the respective society, economy and country, substantially changing its sociological, political and cultural format, towards more advanced, politicized and progressive practices than those inherent to the agrarian reality (and, consequently, also causing the emergence of the important factors already indicated in sub-items "1", "2" and "3" of this item IV, sub-item A of this article).

In addition, industrialization made the economy more robust, complex, diversified and powerful, allowing the creation of an economic surplus that would be decisive in financing the entire technocratic and service structure, as broad and efficient as a Welfare State needs to be.

It should be noted, in this aspect, that the industrial segment will not necessarily finance the growth of the state technocracy in order to attend to the public needs of the more complex and demanding society which has emerged. However, the growing strength of industry and the diversification it causes within the dominant economic sectors allow the displacement of economic and tax responsibilities to other productive sectors –which would be much more difficult if the dominant economic segments were still the traditional ones, which tend to be simpler and unitary– as it usually happens in essentially rural and extractive societies (agriculture, farming and mining).

Finally, the strengthening of the State and its technocracy which the processes of industrialization and urbanization propitiate (interconnected processes, as explained above), accompanied by the preponderance that the industrial and service economic sectors begin to hold over the agricultural and mining sectors (herein referred to simply as the rural sector), make the procedures and initiatives for structuring a more politically, culturally, and institutionally viable Welfare State.

the various theories on the Welfare model, see the excellent article: Arretche, M.: "Emergência e Desenvolvimento do *Welfare State*: teorias explicativas", ob. cit.

28. The factors indicated above are the following: a) institutionalization of a democratic environment, practices, norms and institutions, either before the establishment of the Welfare regime, or in the structuring of both democracy and the welfare regime itself; b) organization and institutionalization of associative entities of workers, especially trade union entities, with democratic and inclusive practices and claims in the context of the working and social environment, so as to structure the essential organization of civil society, in its previously excluded segments; c) organization and institutionalization of political parties with solid insertion in the popular segments, in order to establish and consolidate the essential organization of civil society in its previously segments excluded from the economy, society and State institutions.

B. Obstacles and challenges to the broad structuring of the welfare state in latin America

There is consensus among the dozens of researchers who compose the recent collective book already mentioned that there is no effective, real Welfare State in Latin America, which holds the diverse basic characteristics that distinguish this model of organization in the framework of the capitalist system²⁹.

The most the present authors admit is to make a distinction, a pedagogical highlight in the set of Latin American countries among those few which have a varied list of public policies of this nature, although still with countless restrictions and gaps, classifying them as Incipient Welfare States, that is, under construction, in the process of structuring, in contrast with the large number of countries that do not even hold this varied range of inclusive public policies.

The fact is that, in the third decade of the 21st century, an important question is being raised: why is the path to structure a true Welfare State in Latin America so difficult, tormenting, usually incomplete or even failed? What are the obstacles and challenges for the full structuring of an effective Welfare State in Latin American countries, even with adaptations, peculiarities, and adjustments, but which can overcome the stark inequality and socioeconomic and institutional exclusion that deeply mark and shame this region, considered to be the most unequal in the world?

The present article will raise some aspects in this regard, although it does not intend to be exhaustive. Almost all of these aspects are mentioned in the texts which compose the recent collective book already mentioned and in the bibliography cited, and are not, therefore, a specific or singular inference from these authors. The reading of the originals of the mentioned collective book was indispensable for the elaboration of the present text, which explicitly mentions, refers to, and praises all the articles reunited therein.

Still preliminarily, it should be noted that, in the previous topics of this article, in a certain way, many of these obstacles and challenges have already been ventilated and exposed. In the current item IV.B, it remains only necessary to systematize these relevant negative and adverse aspects to the construction of a Welfare State in Latin America.

Once more, the method previously emphasized is repeated: none of these obstacles and challenges are absolute, nor do they act in isolation; some of them may even be less relevant in certain countries, while being quite significant in others. Ultimately, a complex historical phenomenon such as the structuring and improvement of a Welfare State can only be the result of multiple factors, counting, moreover, unfortunately –especially in Latin America– on various and powerful obstacles, adversaries and challenges.

The first of these obstacles and challenges consists, in fact, in the absence of a long and consistent democratic tradition in Latin American countries. It is clear that there is

29. Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, ob. cit.

an enormous variation among the countries with respect to this aspect, but in general, Latin America has historically shown itself to bear very fragile democracies.

As already exposed in item IV.A, “1”, the democratic environment of the political and civil society enables the popular sectors to better organize themselves and to have more capacity to exert pressure in the search for compensations from public policies regarding education, health, social security, labor rights, in summary, regarding the wide range of social rights which compose the core of any Welfare State.

This democratic environment also provides the possibility for the dominant elite and traditional parties to advance towards a broader understanding of the various forms of political governance of the State and of civil society, welcoming improvements in public policies in a more inclusive direction, even if as a way of consolidating their hegemony. Although this possibility is not common in the history of Latin American countries, it cannot be entirely ruled out.

The general historical rule, however, shows that democracy is the victim of constant restrictions, attacks and defeats in the countries of the region. From the traditional conservative *coups d'état* which have proliferated ceaselessly throughout the Latin American trajectory of the 20th century, covering the great majority of its countries, to the new and artificial mechanisms of overthrowing progressive governments, which have become recurrent in the first decades of the present century. All of this highlights the fact that Latin American elites, old and new, really do have enormous difficulty in living with a democratic environment and with the socioeconomic inclusion of the broadest segments of their respective populations³⁰.

The obstacles and challenges to the structuring of the Welfare regime in the region are deeply rooted and severe.

The second of these obstacles and challenges is the absence or weakness of the organization and institutionalization of workers' associations, especially labor unions, with democratic and inclusive practices and claims in the context of the working and social environment, so as to structure the essential organization of civil society in its previously excluded segments. Trade union freedom, autonomy and empowerment are important historical and institutional premises not only for the creation and consolidation of democracy, but also for the creation and consolidation of norms and institutions of the Welfare State.

Regrettably, however, in Latin America the hostility against trade unionism and its leadership is a deeply rooted tradition in many countries of the region. Even in a country with an explicit and detailed constitutional right to freedom and autonomy of labor unions, along with other protective principles and rules of Collective Labor Law and its specific institutions –as is the case of Brazil since the 1988 Constitution– it has become simple, practical and easy to invalidate the existence of the vast majority

30. Although some overthrow of governments may have actually occurred in the last 120 years (hereby considering 1900 as the beginning and 2020 as the end), in the face of real crimes of responsibility committed by the respective President of the Republic, or may have been carried out by effectively progressive forces, the truth is that, in the vast majority of cases, they are merely instruments for removing progressive leaders from power by old or new conservative political forces.

of the country's labor unions, by means of infra-constitutional normative changes (in this case, caused by Act No. 13,467/2017, that eliminated, without compensation, the financing of the Brazilian labor union system).

In addition, the tendency to pass anti-union and anti-labor laws in several countries in the region, weakening not only unionism, but also union labor collective bargaining and individual and social labor rights. Adalberto Cardoso, for example, after studying four more developed Latin American countries (Argentina, Brazil, Chile and Uruguay), researching labor and union issues, including collective bargaining, reached the important conclusion that "greater centralization and/or bargaining coordination is directly associated with reduction of inequalities". However, he noticed that the ultraliberal legal reforms implemented by the Pinochet dictatorship in Chile and by Act No. 13,467/2017 in Brazil –in this case, after the overthrow of the democratically reelected government in 2014– followed in the same direction of weakening unionism and labor collective bargaining, including by decentralizing it as much as possible³¹.

As may be seen, the obstacles and challenges are deep and recurrent in this region of the globe.

The third of these obstacles and challenges consists in the weakness or lack of organization and institutionalization of political parties (sometimes self-identified as "movements", "fronts" or a similar expression) with solid insertion in the popular segments, so as to establish and consolidate the fundamental organization of civil society therein, which were previously excluded from the market, society and State institutions.

The presence of these parties in the construction of the Welfare State –which is notorious in the history of Western European countries– also bears importance in Latin America. North American author Jennifer Pribble, in a book on the subject, proves the relevance of these actions in the advancement of social policies in countries of the region³².

However, once again, the fragility of democracy in these countries compromises the advancement of inclusive economic and social policies spearheaded by these political parties or movements.

The fourth of these obstacles and challenges consists in the still fragile organization, institutionalization and recognition of distinct social movements, with their own composition and guidelines, although still convergent with the logic of the Welfare State.

This is a reference, for example, to women's movements in search of citizenship, dignity and equality, along with better living and working conditions³³. Although these

31. Cardoso, A.: "Negociação coletiva e desigualdade na América Latina: um balanço da literatura recente", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021. About the neoliberal reform on labor law recently carried out in Brazil, see, amongst others, the following studies: Alves, A. C. y Lopes Castro, T. H.: "Reforma trabalhista e movimentos de reestruturação, precarização e redução do Direito do Trabalho no Brasil", *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, vol. 4, núm. 3, 2018, p. 130-156.; Godinho Delgado, M. y Neves Delgado, G.: *A Reforma Trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2. ed, LTr, São Paulo, 2018.

32. Pribble, J.: *Welfare and Party Politics in Latin América*, ob. cit.

33. Molyneux, M.: "Justiça de gênero, cidadania e diferença na América Latina", en Godinho Delgado, M. y Vascon-

movements have achieved important victories throughout the 20th and 21st centuries –even in Latin America– the fact is that they should be even better organized and more consistent, especially given the fact that women –along with children, young people and the elderly– are the target public which is best protected and respected by advanced Welfare State experiences.

This is also a reference to ethnic movements of black and indigenous populations in search of citizenship, dignity, and equality, as well as of better living, working, and socioeconomic conditions in general. Those are the populations and movements which suffer the most extreme socioeconomic and institutional exclusion, typical of power systems based on pure exclusionary domination, which still prevails in several countries in Latin America. In passing, the author Jennifer Pribble points out that ethnic and racial discrimination is one of the central aspects of the dominant strategy to keep the black and indigenous population groups isolated and excluded, making it even more difficult to generalize the relevant economic and social policies to the construction of the Welfare State in the respective countries³⁴.

In this context, although the resistance of these ethnic groups is impressive, the fact is that this aspect still emerges as a severe obstacle to the advancement of the Welfare State in several Latin American countries.

It should also be added that racism tends to penetrate the dominant culture in countries which resist to the establishment of social rights and the Welfare State, instigating the elites to view social rights, including labor and social security rights, as less important rights, subrights, deserving of second-rate, reticent legal protection, placed in a logically inferior level in the legal order.

It is also necessary to make a reference to movements with an environmental focus, in search of a socio-environmental capitalism, instead of the predatory model which is so characteristic of several Latin American countries.

In addition, there are also movements which gather people based on their sexual orientation (LGBTIQ+ and similar movements), in search of freedom, equality, and better living and working conditions.

The fifth of these obstacles and challenges consists in the stronger difficulty in finding, historically, in Latin American countries, the presence and consolidation of a political elite who has a sensible and adequate understanding of the importance of the difference between political hegemony and political domination. As mentioned earlier, political hegemony involves concessions, changes and commitments, while political domination is consummated through the use of verticalizing force and exclusion. The construction of hegemony also includes the incorporation of an ideal project of nation, country, State, and institutions, in contrast with the narrower vision of territory which characterizes the tradition and practice of domination.

In Latin America it is quite common the presence of elites of strict domination, without any significant vision of “nation”, “country”, “State” and “institutions”, but rather

celos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021.

34. Pribble, J.: “Mundos apartados: regimes de política social na América Latina”, ob. cit.

with a vision of territory, that is, a place destined to the pure and simple extraction of wealth and, consequently, destined to the continuous maintenance of exclusion.

Naturally, even though rare, sensible elites with a broader vision do exist in Latin America, as author Jennifer Pribble well observes, referring, for example, to the evolution of social policies in Costa Rica. Although the author did not see some of the factors tending to the construction of advanced social policies in that country (such as significant industrialization and a corresponding working class, for example), she came to the conclusion that the sum of a reasonably consolidated democratic environment during the 20th century and the emergence of a traditional leadership, but sensitive to the incorporation of disadvantaged sectors (as was the case of President Rafael Calderón Guardia in the 1940s, for example), led to the creation of a national social security system in 1941³⁵.

In Brazil, something similar also happened in the 1930s. Brought to power by the Revolution of 1930, Getúlio Vargas, representing the oligarchies of Rio Grande do Sul and other regional oligarchies, kept the powers usually granted to these traditional oligarchies in their States of origin, but, with this newly designed political alliance, he was able to confront the power of the previously dominant oligarchical alliance between Minas and São Paulo, the States at the time with the largest populations and electorates. In this framework, an originally conservative political leadership managed to govern and modernize the country, eliminating, right away, the exclusivism of the agricultural exportation (without ceasing, however, to protect exports and rural exporters), encouraging the industrialization of the Brazilian economy, creating state agencies and a new technocracy to plan and promote different aspects of the Brazilian society and economy. Simultaneously, as part of the same project aimed at building a new hegemony and consummating a transition to a more industrial, urban and inclusive country, he achieved the incorporation of the urban working classes to the establishment, the expansion of labor legislation which established rights in employment relations, along with the recognition of women's right to vote³⁶. Although he was undoubtedly an authoritarian political leader (such as Bismarck, in Germany, a few decades earlier), the Brazilian statesman greatly widened the arc of alliances of political, economic and social power, profoundly modernizing the national economy and society, in order to inaugurate a phase of economic growth, via Keynesian policies, that would last for more than 50 years (with some setbacks, notwithstanding),

35. Pribble, J.: "Mundos apartados: regimes de política social na América Latina", ob. cit. In fact, during the four-year government, Rafael Calderón Guardia promoted several advances in the country: he created the Costa Rican Social Security Fund, approved the Labor Law Code, incorporated into the Constitution a chapter on Social Rights, approved the Bill on New Industries, founded the University of Costa Rica, amongst other measures.

36. On the economic aspects and developmentalist social policies in the first Vargas government (1930-1945), see Leopoldi, M. A.: "A economia política do primeiro governo Vargas (1930-1945): a política econômica em tempos de turbulência", en Ferreira, J. y Almeida Neves Delgado, L. de (coord.): *O Brasil Republicano – o tempo do nacional-estatismo – do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo – Livro 2*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003, pp. 241-285. On the social policies of the first Vargas government (1930-45), especially the ones concerning labor and social security, see: D'Araujo, M. C.: "Estado, classe trabalhadora e políticas sociais", en Ferreira, J. y Almeida Neves Delgado, L. de (coord.): *O Brasil Republicano – o tempo do nacional-estatismo – do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo – Livro 2*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003, pp. 213-239.

between 1930 and 1982/83. It is, therefore, a clear example of hegemonic construction, oriented towards industrialization, urbanization and social inclusion of part of the previously excluded population, instead of the traditional sterile exercise of excluding political domination³⁷.

The sixth of these obstacles and challenges is the absence in several Latin American countries of a relatively complex and diversified economy, with consistent traces of industrialization. This absence will tend to prevent the emergence of an urban working class with clearer aggregation and organization capacity, and the ability to form labor unions and political parties of labor extraction. In addition, this economic and social gap will decrease the urbanization rates of the economy and of society, thus compromising the breach of traditional and isolationist ties, inherent to rural life and which perpetuate systems of domination.

Also, this absence of an industrial sector substantially reduces the formation of an economic surplus in society, capable of supporting State investments in various social rights, as well as the structuring of public institutions dedicated to the organization of a future Welfare State.

However, evidently, this –as well as the others– is not an insurmountable obstacle. As Jennifer Pribble points out, the example of Costa Rica attests to the possibility of exceptions³⁸.

The seventh of these obstacles and challenges is the neoliberalist economic and political ideology. This ideology has proven to be sophisticatedly well organized over the decades in this region, with a strong prestige in the core of the Latin American elites and the mass media, as well as in the technocracies of the various Latin American countries. This ideology, accompanied by its detailed program of anti-humanist, anti-social and anti-developmental public policies, constitutes the most recent and powerful obstacle and challenge to the implementation of the Welfare State in Latin American countries.

Born in a multidimensional way in several Western countries since the 1970s, in the wake of the economic crisis from that period (the “oil crisis”), this ideology and

37. About the process of industrialization and economic development structured by the Keynesian model of the Vargas government, it should be noted that its end may be established in the years 1982/1983, period in which the Brazilian government succumbed to the signing of several “letters of intent” of public policies with the International Monetary Fund. This economic and ideological turn would symbolically mark the beginning of the neoliberal hegemony in Brazil’s economic and financial bureaucracy, notwithstanding the fact that growth rates were still high in some of the following years. Regarding the process of industrialization and economic development structured in the Vargas era and maintained, with great success, for about 50 years in Brazil, see the analysis by Prof. Maria Antonieta Leopoldi, of UFF: “During the period 1929-1987 Brazil was one of the fastest growing countries in the world (...) This wave of economic growth had already been coming since the beginning of the twentieth century, but it gained momentum in the first Vargas government, which undertook the difficult task of responding to internal and external turbulence and turning this challenge into a lesson for continued growth. The development policies of the Vargas era and the institutions created to implement them are followed up in the 1950s and later during the military regime, which explains, for example, the difference between Brazilian and Argentinian growth rates. In the latter, the different strategies adopted by the various political groups that succeeded each other in power explain good part of the low GDP performance in the period”. In Leopoldi, M. A.: “A economia política do primeiro governo Vargas (1930-1945): a política econômica em tempos de turbulência”, ob. cit.

38. Pribble, J.: “Mundos apartados: regimes de política social na América Latina”, ob. cit.

recipe for structuring public policies have become frankly dominant in Latin America, the region of the globe where they have achieved the most success and destruction in the last four decades.

For neoliberalism, the State ceases to be an agent and factor of economic development (with which, evidently, there is no longer, as a general rule, effective economic development in the countries which follow its guidelines); the State also ceases to induce the process of industrialization of the economy (with which the pace and participation of industry in the GDP begins to degrade, or not even a consistent industrial process initiates in countries with a more modest economic performance); the State also ceases to plan economic development and strategically manage the economic surpluses achieved by the different sectors of the productive system, for the benefit of a more harmonious, efficient and generalized development for society as a whole.

In line with such neoliberal parameters, the idea of social policies effectively loses relevance in the context of public policies (except as residual compensations and mitigators), even more so the construction and improvement of a complex and sophisticated system of income distribution and public services, along with social rights, a characteristic trait of Welfare States.

Economic stagnation (or mediocre growth rates for decades); deterioration of several sectors of the economy, except for some very specific niches (such as the financial sector, the agricultural business sector, and the mineral extraction sector, for example); accentuated and growing deindustrialization; high unemployment rates in the labor market; high rates of informality of the labor force in the economy; relentless process of income concentration; maintenance of misery and exclusion of a large part of the national population; dismantlement of the State technocracy oriented to the social fields of service provision; reduction on the number of social rights; harassment and weakening of trade unions - these are only some of the recurrent effects of the influence of neoliberalism on the Latin American elites, whether they are members of the civil society or of the political society³⁹.

Although neoliberalism is well known in the concrete experience of European countries, having achieved some victories in its attempt to disarticulate the Welfare States (less so, indeed, in the European Comprehensive and Sophisticated Welfare States than in some Mediterranean and Iberian Welfare States), the fact is that it never managed to provoke the same level of destruction and inequality that it has achieved in Latin America⁴⁰.

The power of these seven obstacles and challenges faced by Latin American countries makes it quite difficult and dramatic to structure a Welfare regime in this region of the globe. However, the reality of the countries located therein and of most of their

39. About this thought orientation on public policies, see, for instance: Godinho Delgado, M.: *Capitalismo, Trabalho e Emprego*, ob. cit.

40. In Asian countries, for different reasons, neoliberalism did not manage to advance in civil and political society in general. Not coincidentally, in the last 40 years, several of these countries have boasted very high economic development rates, managing to lift hundreds of millions of people out of absolute poverty. The neoliberal trend remains, in fact, a kind of overwhelming essentially western regressive wave.

populations increasingly shows the need to build this sophisticated management model of the civil and political societies, which has been widely successful in other parts of the planet.

V. FINAL CONSIDERATIONS

The present article sought to investigate and reflect on the pattern of organization of the political and civil society that became prevalent in the major countries of Western Europe after World War II: The Welfare State model. The final objective of this work was to expose the reasons for the failure in the structuring of this more sophisticated and fairer pattern of organization of the political and civil society in the countries in the Latin American countries.

To reach its objectives, the present article first sought to identify the main characteristics of Welfare States, both in terms of political society and civil society. In this investigation, the nine most relevant characteristics of Welfare States were exposed, to which a tenth characteristic was added, which was better perceived only in the most recent periods of European Welfare States.

This study does not cover mere peculiarities of human and social formations existing in the Western world, but a set of principles, institutions, and norms that propitiate the construction of a more developed, fairer, and more egalitarian State, society, and economy, capable of overcoming the core of human and social needs.

Taking these ten main characteristics into consideration, it was elaborated a typology of the Welfare States, considering from the most sophisticated pattern of Welfare regimes to the minimum standard of organization which still meets its essential peculiarities.

Once these initial bases of research and reflection had been systematized, the article continued to the examination of the reality of the Latin American countries, seeking to identify to what extent they have (or have not) materialized the main characteristics of the Welfare regime. Within this framework, the text, based on the bibliography referenced here and on the recent collective book already cited herein (Godinho Delgado and Vasconcelos Porto, 2021), verified that there is, in essence, no country in the region that fully materializes this pattern of organization of the political and civil society.

However, this article, also in accordance with the various texts hereby cited and based on the research and reflections developed in them, also concluded that there is indeed a small group of countries in the region that are closer to the Welfare regime, although, even so, they are still far from its main characteristics. This small group of countries (between five and seven at most) bears some characteristics of a Welfare State, but not all of them. In addition, there are gaps, restrictions, and severe insufficiencies in the historical implementation of several of these characteristics.

In any case, the other Latin American countries mentioned in the study, in fact, fall short of the standards of a Welfare State.

In its last section, the article examines the main obstacles to the advancement of the Welfare regime in Latin American countries and what the main challenges to achieve better results are.

Bibliography

- Álvarez González, A. I.: *As Origens e a Comemoração do Dia Internacional das Mulheres*, Expressão Popular, São Paulo, 2010.
- Alves, A. C. y Lopes Castro, T. H.: "Reforma trabalhista e movimentos de reestruturação, precarização e redução do Direito do Trabalho no Brasil", *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, vol. 4, núm. 3, 2018.
- Arretche, M.: "Emergência e Desenvolvimento do *Welfare State*: teorias explicativas", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *Welfare State – os grandes desafios do Estado de Bem-Estar Social*, LTr, São Paulo, 2019.
- Cardoso, A.: "Negociação coletiva e desigualdade na América Latina: um balanço da literatura recente", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021.
- Chomsky, N.: *Réquiem para o sonho americano – os 10 princípios de concentração de riqueza & poder*, Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 2017.
- Dahl, R.: *A Constituição norte-americana é democrática?*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.
- D'Araujo, M. C.: "Estado, classe trabalhadora e políticas sociais", en Ferreira, J. y Almeida Neves Delgado, L. de (coord.): *O Brasil Republicano – o tempo do nacional-estatismo – do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo – Livro 2*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.
- Esping-Anderson, G.: "O futuro do *welfare state* na nova ordem mundial", *Lua Nova*, núm. 35, 1995.
- Esping-Anderson, G.: *Politics against markets – the social democratic road to power*, Princeton University, Princeton, 1985.
- Esping-Anderson, G.: *The three worlds of welfare state*, Princeton University, Princeton, 1990.
- Ferreira, J. y Almeida Neves Delgado, L. de (coord.): *O Brasil Republicano – o tempo do nacional-estatismo – do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo – Livro 2*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.
- Godinho Delgado, M.: *Capitalismo, Trabalho e Emprego – entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*, LTr, São Paulo, 2017.
- Godinho Delgado, M.: "Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho", en Godinho Delgado, M. y Neves Delgado, G.: *Constituição da República e Direitos Fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*, LTr, São Paulo, 2017.
- Godinho Delgado, M.: *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2020.
- Godinho Delgado, M. y Neves Delgado, G.: *Constituição da República e Direitos Fundamentais – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4. ed, LTr, São Paulo, 2017.
- Godinho Delgado, M. y Neves Delgado, G.: *A Reforma Trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. 2, São Paulo, 2018.
- Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. 2. ed., LTr, São Paulo, 2018.
- Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L.: "O Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*) no capitalismo contemporâneo", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *Welfare State – os grandes desafios do Estado de Bem-Estar Social*, LTr, São Paulo, 2019.
- Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *Welfare State – os grandes desafios do Estado de Bem-Estar Social*, LTr, São Paulo, 2019.

- Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021.
- Judt, T. y Snyder, T.: *Pensando o Século XX*, Objetiva, Rio de Janeiro, 2014.
- Kuhnle, S: "O Estado de Bem-Estar Social nos Países Nórdicos" en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*, LTr, São Paulo, 2018.
- Kuhnle, S et al.: "Lições do modelo nórdico do Estado de Bem-Estar Social e Governança Consensual", *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*, vol. 3, núm. 1, 2017.
- Leopoldi, M. A.: "A economia política do primeiro governo Vargas (1930-1945): a política econômica em tempos de turbulência", en Ferreira, J. y Almeida Neves Delgado, L. de (coord.): *O Brasil Republicano – o tempo do nacional-estatismo – do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo – Livro 2*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.
- Lessa Kerstenetzky, C.: *O Estado de Bem-Estar Social na Idade da Razão – a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2012.
- Molyneux, M: "Justiça de gênero, cidadania e diferença na América Latina", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021.
- Pimenta de Faria, C. A.: "Uma genealogia das teorias e tipologias do Estado de Bem-Estar Social", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*, LTr, São Paulo, 2018.
- Pribble, J.: "Mundos apartados: regimes de política social na América Latina", en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021.
- Pribble, J.: *Welfare and Party Politics in Latin América*, Cambridge University Press, New York, 2014.
- Renda Leal Fernandes, J.: *O Mito EUA – um país sem direitos trabalhistas?*, Juspodium, Salvador, 2021.
- Sátyro, N et al.: "Regimes de bem-estar social na América Latina: uma revisão do debate recente" en Godinho Delgado, M. y Vasconcelos Porto, L. (coord.): *O Estado de Bem-Estar Social na América Latina*, Tirant Lo Blanch, São Paulo, 2021.
- Van Cott, D. L.: "Party system development and indigenous populations in Latin América", *Party Polit*, vol. 6, núm. 2, 2000.



¿Quién vigila al algoritmo?: los derechos de información de los representantes de los repartidores en la empresa sobre los algoritmos de las plataformas de reparto

WHO'S WATCHING THE ALGORITHM?: THE INFORMATION RIGHTS OF DELIVERY DRIVERS' REPRESENTATIVES IN THE COMPANY ON DELIVERY PLATFORM ALGORITHMS

Francisco Pérez Amorós

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Autónoma de Barcelona

Investigador de honor del Institut d'Estudis del Treball

perez_amoros@hotmail.com 0000-0003-0803-9578

Recibido: 26.05.2021 | Aceptado: 04.06.2021

RESUMEN

Se presentan unas reflexiones sobre el derecho de información de los representantes en la empresa en materia de algoritmos, regulado en el reciente Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, en favor de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales. Al respecto se parte del "Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social", adoptado, el 10 de marzo 2021, entre el Gobierno, CC.OO., UGT y CEOE y CEPYME, y se tiene presente la STS de 25 de septiembre de 2020 sobre la laboralidad de los repartidores. Se comentan los elementos clásicos del nuevo derecho de información: sujetos (emisor y receptor) objeto (tiempo, forma y contenido) y finalidad.

ABSTRACT

Reflections are presented on the right to information of company representatives on algorithms, regulated in the recent Real Decreto-Ley 9/2021, of 11 May, in favour of people dedicated to distribution in the field of digital platforms. This is based on the "Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social", adopted on 10 March 2021 between the Government, CC.OO., UGT and CEOE and CEPYME, and takes into account the STS of 25 September 2020 on the employment status of delivery workers. The classic elements of the new right to information are discussed: subjects (sender and receiver) object (time, form and content) and purpose.

PALABRAS CLAVE

Derecho de información
Real Decreto-ley 9/2021
Algoritmos
Plataformas digitales
Repartidores

KEYWORDS

Right to information
Real Decreto-ley 9/2021
Algorithms
Digital platforms
Delivery drivers

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DEL ACUERDO DE LA MESA DE DIÁLOGO SOCIAL DE 10 DE MARZO DE 2021 AL REAL DECRETO-LEY 9/2021, DE 11 DE MAYO: TODO BAJO LA MIRADA DE LA STS DE 25 DE DICIEMBRE DE 2020
- III. REFERENTES DEL NUEVO DERECHO DE INFORMACIÓN
 - A. Aspectos generales
 - B. Los elementos clásicos del nuevo derecho de información: sujetos, objeto y finalidad.
 1. Sujeto emisor y receptor(es)
 2. Objeto: tiempo y momento, forma, y contenido
 3. Objetivo

I. INTRODUCCIÓN

Estas páginas se dedican a formular unas reflexiones sobre el derecho de información de referencia contemplado en el Real Decreto 9/2021, de 11 de mayo¹, a cuyos efectos es oportuno tener presente como lo ha (pre)configurado el “Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social”, adoptado, el 10 de marzo de 2021, entre el Gobierno, CC.OO., UGT y CEOE y CEPYME, sobre el servicio que prestan los repartidores y sus condiciones de trabajo (en adelante, el Acuerdo), del que dicha norma legal trae su causa.

Conviene anotar que el texto de dicho Acuerdo final y los documentos de parte considerados en mesa tripartita durante la negociación social del mismo, no se han publicitado institucionalmente, siendo así que los utilizados, citados y/o transcritos en estas páginas, se han obtenido de fuentes “indirectas” (constantemente sujetas a posibles cambios al socaire de propuestas y contrapropuestas de los negociadores), con el riesgo o margen de error que todo ello comporta².

Todas estas circunstancias, junto con lo reciente que es la publicación del referido Real Decreto-ley 9/2021, explica –a criterio de quien suscribe– que esta glosa del derecho de información de referencia contemplado en el mismo, no incluya citas doctrinales ni jurisprudenciales.

1. Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (BOE, 12), disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7840.

2. El “Blog de Eduardo Rojo” (<http://www.eduardorojotorrecilla.es>) también es de comprobada utilidad para el seguimiento de las reuniones de la mesa de diálogo sobre la cuestión, y para el conocimiento de sus trabajos y de la documentación de parte; en especial, sus entradas de 9, 18 y 21 de noviembre, y 12 diciembre de 2020; y 2 y 22 de enero y 1 y 16 de marzo de 2021. En todo caso, las deficiencias en la localización, cita y manejo de los documentos que pudieran apreciarse en este estudio, son de quien lo suscribe.

II. DEL ACUERDO DE LA MESA DE DIÁLOGO SOCIAL DE 10 DE MARZO DE 2021 AL REAL DECRETO-LEY 9/2021, DE 11 MAYO: TODO BAJO LA MIRADA DE LA STS 805/2020, DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2020

Se presenta a continuación la evolución que ha seguido la configuración del derecho de información en cuestión durante el diálogo social desarrollado en la mesa tripartita hasta alcanzar el Acuerdo final; y, en un apartado propio (III, *infra*), se comentará su regulación en el Real Decreto-ley 9/2021.

El diálogo social sobre la regulación del trabajo en empresas de economía de plataforma se inicia institucionalmente con la primera reunión de la mesa tripartita (MITES; CEOE y CEPYME; y, CC.OO. y UGT) celebrada el día 21 de octubre de 2020 y se cierra con el referido “Acuerdo de la mesa de Diálogo Social”, finalmente, alcanzado el 10 de marzo de 2021³: todo ello ha transcurrido bajo la mirada de la STS de 25 de septiembre de 2020, entendida como el resultado final de una labor judicial en torno a la laboralidad de los repartidores que bien merece un estudio monográfico, y que como tal tuvo sus primeras manifestaciones hace ya bastantes años, y que últimamente ha alcanzado mayor resonancia en el foro y en los medios.

Para ordenar la exposición, cabe recordar, con carácter previo, algunas cuestiones temáticas y cronológicas del diálogo social de referencia.

Durante la negociación tripartita, en el Acuerdo final resultante (y en el posterior Real Decreto-ley 9/2021), los temas tratados se pueden agrupar en dos bloques, que según el orden en que se han reflejado en ambos textos, son: en el primero se trata del derecho de información del comité de empresa sobre los algoritmos que utiliza la empresa y que afectan las condiciones de trabajo, y, el acceso y mantenimiento del empleo; y, en segundo, se considera la laboralidad de las actividades de reparto en el ámbito de las plataformas digitales de gestión algorítmica, tema que avanzado el diálogo social y en el Real Decreto-ley 9/2021, se planteará como una presunción de laboralidad. Ambas temáticas son distintas: la primera se refiere al derecho de información sobre algoritmos, en cualquier empresa que se utilicen (también pues, en las empresas de reparto con plataforma; y, la segunda, se refiere a la presunción de laboralidad, concretamente, de los repartidores con tales plataformas digitales, temática que se obvia en estas páginas. Son dos bloques temáticos, ciertamente diferenciables,

3. Bajo la rúbrica “Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social: Real Decreto-Ley para la laboralización de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales”, se ha publicado en la red la parte dispositiva de dicho Acuerdo, disponible en <https://www.ccoo.es/40c061e2eaeae7db7cbd560ac15a617f000001.pdf> (última consulta: 12 de mayo de 2021). Y, bajo la rúbrica “Acuerdo de Diálogo Social: Proyecto de Real Decreto-Ley para la garantía de los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales”, se ha publicado en la red, con la etiqueta de “Borrador”, la Exposición de Motivos y la parte dispositiva de dicho Acuerdo, de consulta en <https://forelab.com/wp-content/uploads/ley-rider.pdf> (última consulta: 12 de mayo de 2021). La parte dispositiva incluida de ambos documentos coinciden entre sí, salvo alguna cuestión en punto a las disposiciones finales; el primero de documentos coincide con la parte dispositiva del Real Decreto-ley 9/2021 salvo alguna cuestión en punto a las disposiciones finales; y, el segundo de los documentos citados coincide con la parte dispositiva del referido RDL, y, sus respectivas Exposiciones de Motivos, guardan algunas diferencias.

pero con claras entre ambas relaciones (de la ajenidad laboral a la información debida) que han variado a lo largo de la negociación, y que, debidamente combinados entre sí, dan cuerpo, en concreto, al derecho de información de los representantes de los repartidores en la empresa, sobre los algoritmos de las plataformas de reparto, que es el objeto de atención en este ensayo.

Y como segunda previa se expone que en la negociación tripartita considerada podrían diferenciar dos etapas, distintas entre sí por el objetivo que persiguen⁴: en la primera etapa, abriendo el foco del debate, se trataba de regular aspectos del trabajo en el ámbito de las plataformas digitales de cualquier actividad y sector, incluido el derecho de información sobre algoritmos; mientras que, en una segunda fase, limitando el ámbito, se trató de regular el trabajo de las personas que –en concreto– prestan servicios de reparto para empresas de la economía de plataformas en y, la presunción de laboralidad de los repartidores en concretos, separando ambos temas. Este giro reduccionista del ámbito que sufre el proyecto en plena discusión del mismo, lógicamente, condiciona la estructura y el contenido del Acuerdo final de 10 de marzo de 2020, y del posterior Real Decreto-ley 9/2021, y, debe tenerse presente para tratar del derecho de información en concreto tal y como se hace en estas páginas.

Comentadas que han sido tales cuestiones más contextuales, se pasa a comentar que durante el diálogo social se han planteado sucesivas propuestas del derecho de información del comité de empresa sobre los algoritmos que gestionan las plataformas digitales –incluidas las de reparto–, propuestas todas, sustentadas en la modificación del artículo 64 LET, que como es sabido trata de “Derechos de información y consulta y competencias”, y cuya redacción vigente acusa un evidente desgaste manifiesto tras tantas y cuantas modificaciones ha sufrido hasta hoy día por muy distintas razones.

4. La primera fase del diálogo social, que gira en torno al trabajo de las plataformas digitales en general, se inicia con una primera reunión de la mesa de diálogo social el 21 de octubre de 2020 que toma como referente la primera versión de la primera propuesta ministerial, rubricada –gráfica, expresiva y didácticamente– “Anteproyecto de ley contra la huida del Derecho del Trabajo a través de las nuevas tecnologías”. En una segunda reunión de la mesa tripartita ya se toma en consideración una segunda versión del Anteproyecto bastante distinta que la primera, que seguirá modificándose con ocasión de la tercera, cuarta y quinta reunión de la mesa (26 de noviembre y 3 de diciembre de 2020, y 17 de diciembre de 2020) que tratan sobre sus respectivas y nuevas propuestas ministeriales y/o sindicales (sucesivamente: “Propuesta sindical sobre plataformas”, “Contrapropuesta MITES a la propuesta sindical plataformas” propuestas en la reunión de 26 de noviembre 2020, y las “Consideraciones sindicales sobre la propuesta del MITES 26.11.2020” que fueron tratadas en la reunión de la mesa del 3 de diciembre de 2020). En la última reunión de la primera fase, ya aparecían más sobre si intentar una regulación de todo el trabajo con plataformas tendría un final exitoso, y se comenzó a plantear que quizás convendría explorar la posibilidad de tratar de regular sólo los trabajos con plataforma de reparto (repartidores), dicho sea, sin exponer las opiniones de los tres negociadores al respecto de tal cambio de escenario, aunque resulta fácil adivinar que las tres son diferentes, y dos, claramente contrarias entre sí. En una segunda fase del diálogo social, la discusión da un giro: en la reunión de la mesa de diálogo social celebrada el 20 de enero de 2021, el MITES presenta una nueva propuesta más escueta reduciendo su planteamiento, al derecho de información sobre algoritmos en empresas de la economía de plataformas de cualquier sector, y a la presunción de laboralidad de las personas que prestan servicios de reparto (repartidores) con plataforma. Tras posteriores reuniones de la mesa tripartita, en la última del 10 de marzo de 2021 se adopta el Acuerdo final, rubricado, como se ha apuntado, “Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social: Real Decreto-Ley para la laboralización de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales”. Una simple comparativa entre el título de la primera propuesta ministerial y el de este Acuerdo final, avanza resumidamente algunos detalles del proceso. Se aprovecha esta nota a pie de página para significar que no consta que las representaciones empresariales en el diálogo, presentaran propuestas escritas para debatirlas como tales en el ámbito de la mesa institucional, aunque sí que expresaron sus opiniones por otras vías y en otras sedes.

Sigue una apretada síntesis de las propuestas del derecho de información planteadas durante el diálogo social, sinopsis que (aunque resulta algo compleja de elaborar, por las anticipadas dificultades que tienen el manejo de la documentación de parte utilizada en la mesa) puede resultar útil para comentar el derecho de información de referencia tal y como ha quedado plasmado en el Acuerdo de 10 de marzo de 2021, y en el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo.

Salvo error u omisión, tales antecedentes se pueden compendiar en los tres siguientes:

1º) Durante la referida primera etapa del diálogo social, sólo se plantea una –la primera– propuesta sobre el derecho de información en cuestión tenida y debatida como tal en la mesa de diálogo social.

El MITES, atendiendo peticiones sindicales, en un momento dado de la negociación, incorpora en su mencionado “Anteproyecto de ley contra la huida del Derecho del Trabajo a través de las nuevas tecnologías” un punto referido al derecho de información, que reza:

“(...) la representación legal de las personas trabajadoras tendrá derecho a toda la información relativa a los parámetros y reglas de toma de decisión utilizados por los algoritmos utilizados por la empresa que puedan incidir directa o indirectamente en las condiciones de trabajo y de acceso y mantenimiento del empleo. Esta información deberá proporcionarse de forma clara y exhaustiva con carácter trimestral”.

Es una propuesta para ampliar el ámbito material del derecho información, modificando el punto 2 del ordinal del artículo 64 LET, cuyo literal resultaría ser el siguiente:

“Artículo 64. Derechos de información y consulta y competencias (...) 2) (...) el comité de empresa tendrá derecho a ser informado trimestralmente...” [sobre las materias que se indican en punto 2.a) hasta 2.d)], y “toda la información relativa a los parámetros y reglas de toma de decisión utilizados por los algoritmos utilizados por la empresa que puedan incidir directa o indirectamente en las condiciones de trabajo y de acceso y mantenimiento del empleo. Esta información deberá proporcionarse de forma clara y exhaustiva con carácter trimestral” (en negrita, el añadido a ubicar en una nueva letra del repetido artículo 64.2).

A subrayar los siguientes aspectos: se trata de un auténtico “derecho” de información del comité de empresa (ex art. 64.2 LET); el nuevo objeto de información es (son) “los algoritmos utilizados por la empresa” (organización, administración y control versus subordinación y ajenidad laboral) que “puedan incidir directa o indirectamente en las condiciones de trabajo y de acceso y mantenimiento del empleo”: no todos los algoritmos pues; puntualizando, que la información “deberá proporcionarse de forma clara y exhaustiva con carácter trimestral”, una precisión esta teóricamente superflua por ya prevista, pero prácticamente más que sintomática. Esta versión del derecho a la información, aunque no será la definitiva, aporta datos para la reflexión final.

2º) Y, ya en la referida segunda fase del diálogo social, en la que, se reduce el ámbito del diálogo tripartito en los términos referidos, se formulan nuevas y sucesivas propuestas ministeriales sobre el derecho de información comentado (reunión de 20 de enero de 2021).

Se plantea una modificación del artículo 64 LET, consistente en añadir en su punto 5 letra f), *in fine*, el siguiente y conciso párrafo: "(...) incluido cuando deriven de cálculos matemáticos a algoritmos".

Resultando así, que el pasaje del artículo 64.5.f) LET, por lo que aquí y ahora interesa, quedaría redactado así:

"Artículo 64. Derechos de información y consulta y competencias (...) 5) El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto. Asimismo, tendrá derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo. El comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este, sobre las siguientes cuestiones: (...) f) La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo, incluido cuando deriven de cálculos matemáticos a algoritmos".

A subrayar que, en esta ocasión, la modificación, por su ubicación en el pasaje del artículo 64 LET, hace que los algoritmos no sean sólo objeto del derecho de información, sino también del derecho de consulta (que, a su vez, conlleva el referido "derecho a emitir informe previo..."), todo ello de forma conjunta y encadenada de manera que la información adquiere mayor relevancia; y se también de subraya, que en la nueva propuesta se concreta expresamente que los algoritmos son objeto de la información (consulta e informe), y que lo son todos los que incidan en la materia laboral –trabajo y empleo– ampliamente configurada (art. 64 LET), siempre respetando los límites a la información previstos con carácter general. Por lo que en su momento se apuntará, se adelanta que la nueva previsión del ordinal del artículo 64.5.f) LET, (pre)configura a los algoritmos como una materia más del derecho a la participación y negociación colectiva con todo lo que ello comporta en favor del derecho de información. Esta versión del derecho a la información, aunque no será la definitiva, también aporta datos para la reflexión final.

3º) Algo más avanzada la segunda fase del diálogo social, la mesa de diálogo, conoce y considera una nueva propuesta ministerial presentada bajo la referida rúbrica "Acuerdo de la mesa de diálogo social: Real Decreto-Ley para la laboralización de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales", que, en su

caso, se aprobaría como “Real-Decreto-ley” (art. 86 CE), dicho sea, a todos los efectos jurídicos y de política del derecho, y que se refiere solo a dos cuestiones sustantivas: al derecho de información del trabajo con plataforma en general (incluido pues, el de los repartidores), y a la presunción de laboralidad de los repartidores con plataforma.

La nueva proposición sobre el derecho de información en cuestión, tras las oportunas negociaciones, consiste en incorporar una nueva letra -d)- al punto 4 del repetido artículo 64 LET, cuyo literal quedaría así:

“Artículo 64. Derechos de información y consulta y competencias (...) 4. El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a (ser informado)” (...) d) (...) “los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles” (la letra “d” resulta del añadido referido).

Esta es la fórmula que, siguiendo el *iter* que se describirá, está vigente hoy día.

4º) La anterior propuesta sobre el derecho de información en cuestión, se incluiría, en sus propios términos, en el repetido “Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social de 10 de marzo de 2021 (Real Decreto-ley para la garantía de los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales)”, y posteriormente se recoge, íntegramente, en el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, tal y como se comprobará y comentará en el siguiente apartado de este estudio.

Son, pues, tres fórmulas del derecho a la información las que se han sucedido durante el tiempo que ha durado el diálogo social sobre el tema referido, y es la tercera de las mismas la que se aplicará en breve tal y como se detallará. El derecho de información ha estado presente en el diálogo desde el principio hasta el final, no todas las cuestiones han perdurado hasta el final.

III. REFERENTES DEL NUEVO DERECHO DE INFORMACIÓN

El Real Decreto-ley 2/2021, de 11 de mayo⁵, en su artículo único uno, estipula que:

“El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, queda modificado como sigue: (...) Se introduce una nueva letra d) en el artículo 64.4, con la siguiente redacción: “d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”.

5. Contiene un artículo único, con dos puntos, y dos disposiciones finales, publicado en el BOE, 12, y como se ha anticipado, de consulta en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-7840.

El artículo estatutario, así modificado, y por lo que aquí interesa, queda redactado así:

“Artículo 64. Derechos de información y consulta y competencias (...) 4. El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a (...) d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles”.

A recordar que la primera reunión de la Mesa de Diálogo Social se celebró el día 21 octubre 2020, que el Acuerdo final se adoptó el 10 de marzo de 2021, que el Real Decreto-ley 2/2021, de 21 de mayo, se publica el 12 de mayo de 2021, y que el mismo previene que la norma “entrará en vigor a los tres meses de su publicación...” (Disposición Final segunda), es decir, el día 12 de agosto de 2021, bien parece pues que el legislador –por la razones que sean– ha actuado pausadamente desde la adopción del Acuerdo final.

A. Aspectos generales

Partiendo de la idea que el derecho de información forma parte del derecho de libertad sindical –derecho de derechos– dicho sea con mayúsculas, a nivel conceptual y de garantías (derechos fundamentales), se formulan a continuación unas consideraciones generales sobre el Real Decreto-ley 9/2021 para contextualizar el estudio particular del derecho de información previsto en su artículo único punto dos:

1ª) El Real Decreto-Ley es sucinto por extensión y contenido; como se detallará, es la fórmula más breve de todas las debatidas mientras duró el diálogo social sobre la cuestión. Su título, expresa el carácter tuitivo del ordenamiento laboral, y subjetivamente se refiere a los repartidores con plataforma digital.

Ya se ha apuntado, pero conviene acentuarlo: es resultado de la concertación social tripartita y, consiguientemente, es un ejemplo de legislación concertada; a lo que se debe añadir sin solución de continuidad, que, como ha tomado la forma de Real Decreto-ley, su debate en sede parlamentaria ha sido lo conciso que prevé la Ley de leyes para este tipo de normas (art. 86 CE). Esta es una combinación interesante desde la óptica de la política del derecho.

2ª) Según la Exposición de Motivos (II, *in prius*) y el articulado de la norma, su ámbito subjetivo cubre dos colectivos: a trabajadores con plataformas digitales en general –incluidos los de reparto– (artículo único uno sobre derecho de información), y, a trabajadores de reparto (repartidores) en concreto (artículo único dos sobre presunción laboralidad); en cambio, el título de la norma, parece dirigida sólo a los repartidores, divergencias que, quizás, son derivadas de los giros que dio el diálogo social según se ha comentado.

Y, el ámbito material se limita a cubrir tres aspectos, ordenados y presentados, precisamente, como se resume ahora: el derecho de información del comité de empresa

sobre la materia referida en todos los sectores, la presunción de laboralidad en el ámbito concreto de las plataformas digitales de reparto, y, en tercer lugar se refiere la norma a su título competencial y su entrada en; siendo así que los dos primeros –y únicos– aspectos más “sustantivos” se presentan agrupados en un mismo y único ordinal (“artículo único”), y el resto, más “adjetivo”, se presenta, en sendas disposiciones finales.

Como se ha anticipado, el Acuerdo de 10 de marzo de 2021 y el consiguiente Real Decreto-ley 2/2021 son las fórmula más escueta subjetiva y materialmente de entre todas propuestas y contrapropuestas barajadas durante el proceso de diálogo: recordar que algunos de los asuntos debatidos (generalidades sobre laboralidad del trabajo de repartidores: ajenidad y subordinación; y, algunas cuestiones instrumentales de cariz registral) mientras duró el diálogo social sobre la cuestión, pero suprimidos en el texto final, podrían animar la reflexión sobre la laboralización de los repartidores en general, y del derecho de información en particular. Es por ello que algunas de tales pérdidas en el camino se recordarán cuando mejor convenga por razones de orden en el discurso, aunque ahora ya se puede adelantar que, por ejemplo, de haberse mantenido en el texto final el “Registro de algoritmos”, previsto en propuestas anteriores, tal derecho de información hubiera salido reforzado.

3ª) La norma legal de referencia, establece, en segundo lugar, la denominada “*presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto*” en beneficio de los repartidores (artículo único dos del Real Decreto-ley 2/2021 –y del Acuerdo de la Mesa de Diálogo Social– todo ex art. 8.1 LET), que es una manera determinada de suponer la laboralidad de tales trabajadores (ex art. 1.1; no por la vía inclusiones del art. 2 LET; dando por citada también la Ley 10/2007, LETA, y concordantes).

Esta presunción seguro que merecerá pronta atención en el foro iuslaboralista por lo que representa y como se previene, aquí se trae a colación porque incide sobre el derecho de información de referencia.

A tales efectos interesa resalta que es una presunción reforzada (*sic* Exposición de Motivos de dicha norma de 2021) a partir de los tres referentes citados en la norma (art. único. dos Real Decreto- ley 9/2021). La presunción descrita, intenta evitar fraudes y falsos autónomos de cualquier modalidad (incluidos TRADES) entre los repartidores, operación que también puede casar con la defensa de la competencia. E interesa recordar que se trata de una presunción que no afecta o desdice las exclusiones plenas del pasaje 1.3 LET (art. único dos, segundo párrafo), especialmente la de los transportistas [art. 1.3.g) LET] que en su día se establecieron no sin polémica; la contraposición entre los transportistas de entonces (excluidos) y los mensajeros de hoy (incluidos) ayuda a resetear el sentido de la dependencia laboral, como presupuesto permanente pero cambiante –“flexibilizado”, en expresión *sic* Exposición de Motivos– como elemento conceptual de la relación laboral.

Tal presunción revaloriza el derecho de información, por cuando menos dos motivos. Primero, porque el derecho de información es el único tema sustantivo que acompaña al aspecto estelar del diálogo social, cual es la laboralización de los repartidores, y, porque no siempre que se ha “laboralizado” un colectivo de personas se ha reconocido, conjuntamente, tal derecho de información de forma expresa y sin solución de

continuidad como se hace en esta ocasión. En segundo lugar, tal presunción revaloriza tal derecho de información, porque al definir a los “empleadores” como se hace⁶, se está, indirectamente, anticipando algunos datos elementales sobre el perfil (características y contenido) de la información que deberán transmitir sobre su gestión empresarial: si se parte de la idea que la gestión empresarial [“(...) organización, dirección y control (...)”], se hace con una plataforma digital activada por algoritmos (“gestión algorítmica”) que inciden en el servicio y de las condiciones de trabajo, y –por otra parte– se obliga al empresario a informar sobre su gestión (por todos, *ex art.* 64 LET), se puede y debe concluir que deberá informar sobre los algoritmos utilizados (*art. único, dos del Acuerdo*) en los términos que se precisarán.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 9/2021, aporta otros más datos útiles para comentar tal presunción de laboralidad y para relacionarla con el derecho de información considerado de acuerdo con la vigente normativa (*arts.* 1, 2, 8 y 20, y, Disposición adicional primera LET *versus art.* 64 LET), datos que aquí no se pueden comentar por razones de extensión. Pero si conviene anotar que tal Exposición de Motivos contempla consideraciones que podrían hacer pensar que el legislador admite ciertas “dudas” cuando expresa que “la valoración de la naturaleza real del vínculo, va a depender en gran medida de la información verificable que se tenga acerca del desarrollo de la actividad a través de plataformas, que debe permitir discernir si las condiciones de prestación de servicios manifestadas en una relación concreta encajan en la situación descrita por dicha disposición, siempre desde el mayor respeto a los secretos industrial y comercial de las empresas conforme a la normativa, que no se ven cuestionados por esta información sobre las derivadas laborales de los algoritmos u otras operaciones matemáticas al servicio de la organización empresarial”, planteamiento este que -s.e.u.o. por nuestra parte- no constaba en los mismos términos en los borradores anteriores, comparativa que se hace para debate; de la misma manera que se subraya la mención y la ubicación de la cita a dichos secretos profesional y comercial en la Exposición de Motivos (Exposición de Motivos II, penúltimo párrafo).

En aras a la seguridad frente a la pertinaz realidad, se valorara muy positivamente que Real Decreto-ley 9/2021 asegure la laboralización de los repartidores vía presunción, aunque a efectos dialécticos siempre cabe preguntarse si, teóricamente, “era o no necesario” hacerlo teniendo en cuenta la LET vigente y las sentencias dictadas sobre la cuestión (*arts.* 1, 2, 8. 20 LET y LETA, y STS de 25 de septiembre de 2020); de la misma manera que parece un gran acierto que, de forma paralela, se considere el derecho de información sobre los algoritmos que activan la plataforma digital, pero también cabe preguntarse, dialécticamente, si era indispensable hacerlo expresamente si se acepta que convenida la laboralidad, la información es debida *per se* (*ex art.* 64 LET en su versión anterior al Real Decreto-ley 9/2021). El legislador, con la presunción de laboralidad, intenta evitar huidas del Derecho del Trabajo a través de las nuevas

6. Quienes “(...) ejercen facultades (...) de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital” (*art. único, uno del Acuerdo*).

tecnologías (*sic* Exposición de Motivos), y quiere evitar fraudes en favor de la competencia leal, una idea básica, que el legislador tiene muy presente desde el inicio del diálogo social, tal y como se ha comprobado.

4ª) El Real decreto-ley 9/2021 entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE (Disposición final segunda), es decir el 12 agosto 2021. Obviando otras consideraciones que merece esta *vacatio*, se apunta que la misma no impide (ni impedirá) seguir defendiendo la laboralidad de los repartidores ni el derecho de información en cuestión antes de la entrada en vigor de la norma (*ex* LET, y STS de 25 de septiembre de 2020, entre otras).

5ª) Y como penúltima consideración general sobre el Real Decreto-ley 9/2021, digamos –reiteremos– lo siguiente, siempre con tono reflexivo. Siendo cierto que la norma de 11 de mayo de 2021 introduce las dos novedades sustantivas precitadas –derecho de información general, y presunción laboral de los repartidores en concreto–, también lo es que la más sustancial por más novedosa (el derecho de información del comité de empresa sobre los algoritmos en todas las empresas y sectores que utilicen plataformas digitales), quizás, no ha resultado ser la más mediática (la presunción de laboralidad de los repartidores con plataforma digital), detalle que no compromete la relevancia de ambas. Una relevancia de ambas que se prueba recordando que tales cuestiones son las únicas cuestiones sustantivas contempladas en la norma legal, y añadiendo que una (el derecho de información) garantiza la finalidad que propone la otra (la presunción de laboralidad de los repartidores), idea que se recogía en la Exposición de Motivos contemplado en el mencionado documento “Acuerdo de Diálogo Social: Proyecto de Real Decreto-ley para la garantía de los derechos laborales de las personas dedicado al reparto en el ámbito de plataformas digitales” (etiquetado de “borrador”), y que no consta en el homónimo del actual Real Decreto-ley 2/2021.

6ª) Y como cuestión contextual más general, pero no por ello menos importante, se anota que el derecho de información debatido es un derecho colectivo y sindical que se ejerce en un sector en el que el que el ejercicio de los mismos, no resulta fácil.

Pues bien, en este contexto general se ubica el -nuevo- derecho de información sobre algoritmos de referencia, que se comenta en el apartado siguiente con la brevedad anunciada.

B. Los elementos clásicos del nuevo derecho de información: sujetos, objeto y finalidad

A partir de la estructura clásica del derecho de información de los representantes de los trabajadores, se comentan las novedades del mismo cuando se informa sobre los algoritmos, advirtiendo que siendo cierto que tal derecho rige en todas las empresas que se organicen con plataformas activadas con algoritmos, también lo es que, en estas páginas se reconduce a las empresas de reparto con plataforma (repartidores).

Al respecto dos acotaciones: muchos de los comentarios del derecho de información sobre algoritmos ya se plantean al tratar de la información en general o sobre

otras materias, no cabe pues reiterarlos (remisión); y, en las apreciaciones que se formularán, las citas legales de apoyo, serán las mínimas, reservando para otra ocasión mayor detalles, incluidos los de derecho comunitario e internacional.

Por su ubicación en el punto 4 del artículo 64 LET, se deduce que se trata de un “derecho” a “ser informado” (deber de informar), es decir se sitúa en el escenario, que, como es sabido, no es, en principio, el más garantista de todos los configurados en los restantes apartados del ordinal referenciado, pues en el considerado, sólo trata expresamente de información (ser informado), mientras que otros tratan de consulta e informes; aunque nada impide que para estudiar el artículo 64.4 LET se puedan tenerse en cuenta referentes del derecho de información de mayor nivel previsto en otros apartados del mismo pasaje, una operación de mejora, que sistemáticamente es posible. La referencia literal a “ser informado” del referido artículo 64.4 LET, admite una interpretación expansiva en el marco general de tal pasaje, y como parte que es del derecho de participación y de negociación colectiva.

Se recuerda que las propuestas sobre el derecho de información en materia de algoritmos debatidas presentadas anteriormente en la mesa de negociación tripartita, eran quizás más garantistas por estar ubicadas en otros apartados del repetido artículo 64 LET.

1. Sujeto emisor y receptor (es)

El sujeto obligado a emitir la información es el empresario [“por la empresa”, *sic*, arts. único uno Real Decreto-ley 9/2021 y 64.4.d) LET], un deber de información que se debe entender de distinta manera según sea una empresa estatal o multinacional, dicho sea, con la brevedad propia del caso.

El sujeto receptor es el “comité de empresa” [arts. único uno Real Decreto-ley 9/2021 y 64.4.d) LET]; y por todos: comités de centro, intercentros y conjuntos, según LET), que es tanto como decir que también lo son los delegados de personal (alternativamente) y, también lo son (acumulativamente: doble canal de representación) las representaciones sindicales en la empresa (delegados y/o secciones sindicales *versus* sindicatos, según LET y LOLS, y, convenios colectivos aplicables, dicho sin mayores detalles y debates, que no sea incluir en el debate a los representantes de comités de empresa europeos como receptores de tal información, cuando así lo permitan o requieran las normas comunitarias.

El sindicato al que esté afiliado el repartidor tendrá, pues derecho a recibir la información (que, como se dirá, también podría obtener por la vía de la negociación colectiva).

Siempre podría ocurrir, por ejemplo, que la empresa no tenga representación de los trabajadores, circunstancia que no debe dejar sin información a los asalariados, sino que se debe cubrir tal vacío de la misma o parecida manera –analogía– que se hace con otros derechos colectivos. Un convenio colectivo del sector podría y debería cubrir lagunas.

A tener presente que, la persona trabajadora, en este caso la repartidora o el repartidor, como tal, debe recibir información sobre los algoritmos desde el mismo momento de su contratación, cuestión que se cita sin más, pero que complementa la información de sus representantes, y viceversa.

2. Objeto: tiempo y momento, forma, y contenido

Sobre estas cuestiones, cabe recordar desde principio el literal del punto 4 del artículo 64 LET que ha sido transcrito en el que se ubica la información sobre algoritmos objeto de reflexión.

La frecuencia de la información no se cuantifica en el Real Decreto-ley 9/2021, pero el ordinal del artículo 64.4 LET en el que se incluye tenía preveía que se materializará “con la periodicidad que proceda” (art. 64.4 LET, *in prius*). Quizás el legislador debería haber ayudado a fijar la periodicidad de la información sobre algoritmos, dicho sea, a pesar que las informaciones englobadas en el artículo 64.4 son muy heterogéneas.

A los efectos de cifrar tal periodicidad, se indica que la expresión “la que proceda” es un imperativo, no una elusión, y la cuestión se remite a los convenios colectivos (ver *infra*), siempre teniendo presente que se trata de una información más relativamente fácil de disponer porque no es una previsión de futuro, sino una realidad fácil de “objetivizar” en todo momento.

Algunas de las propuestas sobre el derecho de información de referencia que se plantearon durante el diálogo social con anterioridad a la, finalmente, establecida en el Real Decreto-ley 9/2021, fijaban, directa o indirectamente, tal periodicidad o momento, referencias que pueden ayudar ahora.

En cuanto a la forma de la información, se reproducen las dudas que casi siempre se han planteado al tratar de la información sobre otro objeto o materia. Si se conviene que la información sobre algoritmos tiene unos objetivos (ver *infra*), se puede aceptar que deberá ser una información adecuada o suficiente para poder alcanzarlos (eficacia y realismo), siendo así que la forma escrita parece necesaria pues la verbal podría ser insuficiente, cuestión distinta es cómo documentar el escrito.

Naturalmente que la bóveda de clave del debate sobre la información en materia de algoritmos, es su objeto, tanto porque es un objeto nuevo, como porque es un objeto complejo: novedad y complejidad, califican muy bien a los algoritmos como objeto de tal información, aunque es fácil adivinar que resurgirán argumentos y contra argumentos ya conocidos, como por ejemplo los que se utilizaron para defender o demonizar la información a los representantes de los trabajadores sobre las famosas “copias básicas de los contratos” (expresión que en sí mismo ya era, cuando menos, curiosa), caídas en el olvido desde hace tiempo.

Los algoritmos son fórmulas, parámetros, reglas o instrucciones que accionan las plataformas digitales de las empresas de reparto. Los algoritmos, es decir las fórmulas, parámetros, reglas o instrucciones, las diseña y decide implementarlas el empresario, o alguien en su nombre. Las plataformas digitales, cual otra herramienta o maquinaria,

son propiedad del empresario, que como tal goza y dispone de las mismas comprometiendo a otros (ajenidad y subordinación). El empresario, por medio o a través de su plataforma digital de gestión algorítmica (sistema de inteligencia artificial), organiza, dirige o administra y controla la empresa (directa, indirecta o implícitamente) de acuerdo a sus intereses, decisiones empresariales que, también, inciden en las condiciones de trabajo, en el acceso y el mantenimiento del empleo de los repartidores, cuya subordinación laboral a tales instrucciones empresariales resulta así manifiesta.

Así pues, ni los algoritmos, ni las plataformas, son personas, ni mucho menos son sujetos de derecho: personificarlos(as) es correr un tupido velo tapando a unas personas que huyen así del Derecho del Trabajo. Ni siquiera los algoritmos gestionan la prestación laboral, pues lo hacen los gestores.

El empresario debe informar, y los representantes de los trabajadores deber ser informados, sobre tales –algoritmos– “fórmulas, parámetros, reglas o instrucciones” (...) “que afecten” (...) “a la toma de decisiones” (...) “que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles” [arts. único uno Real Decreto-ley 9/2021, y 64.4.d) LET].

Así perfilado el objeto de información, surgen varias reflexiones que se podrían resumir en dos: una cuestión de delimitación material, y otra de límites.

El objeto material de la información se plantea en el texto legal con amplitud. Informar sobre los algoritmos es hacerlo sobre cualquier “formula, parámetros, regla o instrucción” (listado ejemplificativo, es decir ampliable hasta cualesquiera “otras operaciones matemáticas al servicio de la organización empresarial que condicione las decisiones empresariales”, según Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 2/2021), que tengan cualquier incidencia en materia de acceso y mantenimiento del empleo y cualquier condición de trabajo, expresión que da cuenta de su amplitud; de la misma manera que se informa sobre algoritmos que pudieran incidir “en la elaboración de perfiles”, entendida como “toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física”⁷ (algoritmos discriminatorios). Así pues, no todo algoritmo es objeto de información, pero sí que lo son todos los que incidan en algún aspecto del empleo, y/o en las condiciones de trabajo, y/o en los perfiles citados, todo al amparo del ordinal del artículo 64 LET y concordantes; es más, cabe preguntar sobre la información de los algoritmos cuyas fórmulas o cálculos incidan también en materias que deber ser informadas de acuerdo, por ejemplo, a los apartados 1, 2, 3 y 5 del propio artículo 64 LET.

7. Artículo 4, apartado 4 del Reglamento U, 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE –Reglamento general de protección de datos– (4.5.2016 Diario Oficial de la Unión Europea L 119/1).

Pero como todo derecho, tiene sus limitaciones, que en este caso son de distinta condición: sólo se trata de información que incida o pueda incidir en materia de empleo o laboral (no sobre otros algoritmos, si los hubiere); y siempre que se respeten los límites legalmente establecidos (sigilo, secreto profesional y secreto industrial), restricciones estas nada fáciles de delimitar en este nuevo caso [art. 64.4.d) LET], como no lo ha sido anteriormente con otros de los supuestos de información previstos en la legislación laboral en general y en el repetido ordinal del artículo 64 LET en particular, pues el derecho a la información de los trabajadores en la empresa nunca ha sido tema pacífico tal y como lo demuestra la experiencia.

A recordar que el artículo 65 LET regula el sigilo profesional, que la Ley 1/2019, de Secretos Profesionales, los configura y protege (por todos, art. 1), que el precitado Reglamento General de Protección de Datos de 2019 de la UE, en su artículo 22, se refiere a "Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles"; normas que adquieren mayor actualidad debido al reconocimiento de del derecho información sobre algoritmos, que no quiere decir que desdigan tal derecho laboral colectivo, sino que lo explican y complementan .

3. Objetivo

Obviando los objetivos mediatos de la información en el marco de la función tuitiva por reequilibradora del Derecho del Trabajo (recordada en la Exposición de Motivos del RD-ley 9/2021), los objetivos inmediatos del derecho de información sobre algoritmos en concreto, son, dicho sea de forma sucinta, asegurar de manera real y efectiva el derecho de consulta, el de participación, de negociación colectiva, y el derecho de control y el de vigilancia de los representantes de los trabajadores, elemento finalista que ayuda a configurar el de información sobre los algoritmos. Todos los derechos tienen un objetivo, pero los de información que se ubican en el punto 4 del pasaje 64 LET tienen un elemento finalista especialmente remarcado; es más: que el propio art. 64 LET, incluya un apartado como el 7, eleva de todo el valor del elemento finalista de todos los derechos de información en general, y del derecho a la información sobre algoritmos en particular.

Si el derecho de información sobre algoritmos ha de ser suficiente y oportuno es, también, porque es indispensable que así sea para que otros derechos sean de disfrute real y efectivo, como, por ejemplo, para el ejercicio del derecho de negociación colectiva.



El contrato para la formación dual universitaria: una primera aproximación a la espera de su imprescindible desarrollo reglamentario*

THE DUAL UNIVERSITY TRAINING CONTRACT: AN INITIAL APPROACH WHILE AWAITING ITS ESSENTIAL REGULATORY DEVELOPMENT

Josep Moreno Gené**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Lleida

josep.moreno@udl.cat 0000-0001-7908-0231

Recibido: 26.05.2021 | Aceptado: 04.06.2021

RESUMEN

La puesta en práctica del modelo de formación dual universitaria plantea importantes incógnitas en relación con la manera de organizar la parte de la formación universitaria que se desarrolla en las entidades colaboradoras, puesto que se suscitan enormes dudas a la hora de seleccionar la concreta modalidad contractual a través de la cual deben contratarse a estos estudiantes por parte de las mismas, así como sobre el íntegro régimen jurídico aplicable a dicha contratación, especialmente, en materia retributiva. En este contexto, se ha introducido una nueva modalidad de contrato formativo, denominada contrato para la formación dual universitaria, con la que se pretende establecer un mecanismo de contratación idóneo para este modelo de formación universitaria. En este estudio se pretende analizar, precisamente, aquellos elementos del régimen jurídico del contrato para la formación dual universitaria que vienen regulados de un modo expreso por la ley, pero también, efectuar una previsión de por dónde puede ir el previsto desarrollo reglamentario de algunos de los elementos fundamentales del régimen jurídico de esta modalidad contractual.

PALABRAS CLAVE

Formación dual
universitaria
Contratos formativos
Formación
universitaria
Aprendices
Becas

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación RTI2018-097947-B-I00, concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, que lleva por título "Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar".

** El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Cataluña "Social and Business Research Laboratory" (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

ABSTRACT

The implementation of the dual university training model raises important unknown quantities concerning how to organize the part of the university training undertaken in the collaborating entities, since serious doubts arise on selecting the specific contractual arrangement through which they should hire these students, and in relation to the comprehensive legal regime applicable to this recruitment, especially as regards remuneration. In this context, a new type of training contract has been introduced, called the dual university training contract, intended to establish an ideal recruitment mechanism for this model of university training. This study aims to analyze precisely those elements of the legal regime of the dual university training contract regulated expressly by the law, and also to anticipate the possible direction of the expected regulatory development of some of the fundamental elements of the contractual arrangement's legal regime.

KEYWORDS

Dual university training
Training contracts
University education
Apprentices
Grants

SUMARIO

- I. LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA: UN PASO DECISIVO HACIA LA FORMACIÓN UNIVERSITARIA EN RÉGIMEN DE ALTERNANCIA
 - II. LA NATURALEZA LABORAL DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA *VERSUS* EL CARÁCTER EXTRALABORAL DE LAS PRÁCTICAS ACADÉMICAS EXTERNAS: ¿UNA APUESTA EXCLUSIVA POR LA CONTRATACIÓN LABORAL DE LOS ESTUDIANTES QUE CURSAN UNA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA?
 - III. EL OBJETO DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA: LA CUALIFICACIÓN PROFESIONAL EN RÉGIMEN DE ALTERNANCIA. LA OPCIÓN POR UNA FORMACIÓN UNIVERSITARIA MÁS AJUSTADA A LA REALIDAD EMPRESARIAL
 - IV. REQUISITOS SUBJETIVOS PARA LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA
 - A. Requisitos del trabajador: estudiantes que cursen formación dual universitaria
 - B. Requisitos del empresario: entidades colaboradoras que suscriban un convenio de cooperación educativa
 - V. RETRIBUCIÓN DEL TRABAJADOR CONTRATADO PARA LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA: ¿UN SALARIO A LA BAJA?
 - VI. PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJADOR CONTRATADO PARA LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA.
 - VII. ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA PENDIENTES DEL IMPRESCINDIBLE DESARROLLO REGLAMENTARIO
 - VIII. TRAS EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA, ¿QUÉ VIENE AHORA?
 - IX. VALORACIÓN FINAL
- Bibliografía

I. LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA: UN PASO DECISIVO HACIA LA FORMACIÓN UNIVERSITARIA EN RÉGIMEN DE ALTERNANCIA

Desde hace ya muchos años las universidades han incorporado de forma generalizada la posibilidad de que sus estudiantes realicen estancias de prácticas en el medio profesional, ya formen parte o no del correspondiente plan de estudios. Al mismo tiempo numerosas empresas, administraciones y otras entidades han integrado estas

estancias prácticas como parte de su política social y de recursos humanos, en especial, como mecanismos de formación y selección de sus futuros trabajadores, lo que ha comportado que en muchas empresas, administraciones u otras entidades convivan trabajadores por cuenta ajena con estudiantes universitarios que realizan sus prácticas formativas recibiendo en ocasiones por las mismas una contraprestación económica en concepto de beca, bolsa, ayuda de estudios, indemnización, estipendio, etcétera.

La participación de los estudiantes universitarios en estas prácticas supone un importante valor añadido en su formación, proporcionándoles múltiples y valiosas oportunidades. Así, entre otros efectos beneficiosos, permiten aplicar en el contexto real los conocimientos teóricos y prácticos adquiridos en las aulas; permiten obtener conocimientos relacionados con el ámbito profesional propio de la respectiva titulación; permiten conocer de primera mano los condicionantes con los que se desarrolla el trabajo correspondiente a su titulación en cualquier organización; permiten adaptar sus actitudes y comportamientos al medio profesional, etcétera¹.

Pero es que además, la realización de estas prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios constituye una de las principales pasarelas entre los estudios y el primer empleo, rompiéndose de este modo el círculo vicioso que impide al recién titulado acceder a su primer empleo por carecer de experiencia laboral y al mismo tiempo le impide obtener experiencia porque no puede acceder a su primer empleo². En consecuencia, en no pocas ocasiones, la realización de estas prácticas académicas externas acaba desembocando en la contratación laboral de quienes las realizan³, facilitándose de este modo la transición de la educación al trabajo⁴.

Como puede observarse, esta vía mediante la que se pretende favorecer la cualificación profesional y posterior inserción laboral de los estudiantes universitarios no

1. AA.VV.: *El sistema de becas en la primera inserción y su relación con el empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, p. 37, indican que "estas prácticas deben estar pensadas para enriquecer un proceso formativo al añadirle una dimensión práctica aplicada a los saberes aprendidos". En los mismos términos, García-Perrote Escartín, J. I. y Mercader Uguina, J. R.: "Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios: un camino de incertidumbres que exige de nuevos rumbos", en *Anuario Laboral 2015: doctrina científica, casos prácticos y doctrina administrativa*, Lex Nova-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 435, indican que "las prácticas en empresas, tanto curriculares como extracurriculares, tienen una importancia clave como complemento formativo de los estudiantes".

2. Sobre este círculo vicioso vid. Sempere Navarro, A. V. (dir.): *Políticas sociolaborales*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 226.

3. En esta misma dirección, Fernández Orrico, F. J.: "La Seguridad Social de quienes participan en programas de formación, y otras tres figuras cercanas", *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2012, indica que "estas prácticas externas constituyen un medio excelente para que los estudiantes puedan obtener su primer empleo, al realizar unas prácticas que permiten a la empresa observar sus habilidades y destrezas que podrían animar a su contratación laboral". También, De Val Tena, Á. L.: "Trabajo en prácticas y prácticas no laborales", *Documentación Laboral*, núm. 104, 2015, pp. 86 y 87, pone de manifiesto que estas prácticas no laborales pueden ser "una herramienta más al servicio de las políticas activas de empleo".

4. Vid. Todolí Signes, A.: "La compleja e insatisfactoria regulación de las prácticas y las becas de trabajo", *Trabajo y Derecho*, núm. 6, 2015, p. 62. Vid. también, Sánchez Pérez, J.: "Cuatro razones para declarar la inconstitucionalidad e ilegalidad de la regulación reglamentaria de las prácticas no laborales (RD 1543/2011)", *Revista General del Derecho y de la Seguridad Social*, núm. 38, 2014, p. 299 y Núñez-Cortés Contreras, P.: "Las prácticas no laborales en Estados Unidos: (I)legalidad de las prácticas no retribuidas en el sector privado", *Temas Laborales*, núm. 128, 2015, p. 52 y ss.

se apoya en la contratación laboral de los mismos, sino en la realización de prácticas académicas que no tienen carácter o naturaleza laboral⁵.

En este contexto, la formación dual universitaria supone un paso hacia adelante en este proceso de interrelación entre el mundo académico y empresarial durante el itinerario formativo de los estudiantes universitarios, en tanto que posibilita a los jóvenes la obtención de un título universitario, a través de un proceso de aprendizaje que se desarrolla de manera compartida en el centro de formación –la universidad– y en la entidad colaboradora –empresas, administraciones y otras instituciones–, lo cual, sin lugar a dudas, permite al estudiante descubrir el funcionamiento real de la organización empresarial, al tiempo que adquiere destrezas y habilidades necesarias para ejercer la profesión y responder a las necesidades específicas demandadas por las empresas, administraciones y otras instituciones.

Como fácilmente puede apreciarse, la principal novedad que introduce esta innovadora modalidad de enseñanzas universitarias consiste en la mayor implicación de las organizaciones empresariales, administraciones y otras instituciones en la propia organización, impartición y, posterior evaluación de la formación obtenida por los estudiantes en el marco de sus estudios universitarios⁶. En otros términos, la organización empresarial ya no es únicamente el lugar en que se consolidan los conocimientos teóricos impartidos en la universidad, sino que también proporciona aquellas situaciones experimentales que favorecen la adquisición de diversas competencias. Ello permite que el estudiante/trabajador integre los conocimientos aprendidos en el contexto académico y en el contexto profesional⁷. En definitiva, nos encontramos ante un “aprendiz” que estudia.

Esta tipología de enseñanzas universitarias ya goza de una cierta tradición en diferentes países de nuestro entorno, especialmente, en Francia y Alemania, pero aún se configura como una cierta novedad en España, pese a que ya son muy numerosas las universidades que han implementado esta oferta formativa. A tal efecto, universidades como la del País Vasco, Sevilla, Lleida, entre otras muchas, ya imparten diferentes titulaciones en esta modalidad de formación dual, especialmente, en aquellas titulaciones que pueden tener un componente más práctico.

A tal efecto, esta configuración de la formación dual universitaria comporta que la misma se esté percibiendo especialmente idónea para aquellas titulaciones con un perfil más profesionalizador, como es el caso de las ingenierías, la educación, el derecho, la administración y dirección de empresas y la comunicación audiovisual. Lo más habitual es que la formación dual se conciba como un itinerario formativo dentro de

5. Sobre estas distintas opciones vid. Álvarez Gimeno R.: “La inserción de los jóvenes profesionales cualificados en el mercado de trabajo”, en *Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo*, XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, pp. 755-774.

6. Vid. sobre esta modalidad de estudios universitarios, Beraza Garmendia, J. M.: “Diseño de un itinerario de formación dual: Universidad-Empresa en GADE”, *Journal of Management and Business Education*, Vol. 1, núm. 1, 2018, pp. 53-68.

7. Asociación Catalana de Universidades Públicas: Informe “Promoción y desarrollo de la formación dual en el sistema universitario catalán”, Barcelona. ACUP. 2015, recuperado de <http://www.acup.cat/sites/default/files/promocion-y-desarrollo-de-la-formacion-dual-en-el-sistema-universitario-catalan.pdf> (última consulta: 3 de mayo de 2021).

los títulos de grado y máster, pero en ciertos casos el itinerario de formación dual se configura como la única propuesta educativa, de modo que determinadas titulaciones universitarias únicamente se pueden cursar en la modalidad dual.

En un informe elaborado por la Asociación Catalana de Universidades Públicas en el año 2015 ya se indicaban los principios básicos que deben guiar la formación dual en general y la universitaria en particular⁸:

- Reconocer un tiempo único de formación para dos tipos de secuencias que deben estar coordinadas y ser complementarias e interactivas: una en el entorno académico y otra en el entorno profesional. Ello supone que la entidad colaboradora se corresponsabiliza, juntamente con la universidad, de la formación y la evaluación de las actividades realizadas por los aprendices en la organización empresarial.
- Un pilotaje general del proceso de la formación dual, estructurado y organizado, que asocie los elementos que se yuxtaponen entre la universidad y la organización empresarial para que la formación se desarrolle en un sistema coherente.
- Acompañamiento a través de un sistema de tutorías reconocidas que no se limite a la transmisión de conocimientos. Cada estudiante/trabajador debe tener un tutor en la organización empresarial y un tutor académico, cuyo objetivo es el de acompañarlo durante todo su proceso de formación para que adquiera una autonomía progresiva y desarrolle capacidades de reflexión y competencias tanto profesionales como académicas.
- Contrato de trabajo para el estudiante/trabajador desde el inicio de la formación, que le otorga el estatuto de trabajador. La relación contractual que se establece entre la organización empresarial y el estudiante/trabajador permite a este último desarrollar durante el periodo de formación una situación profesional responsable en una comunidad de trabajo.
- Reconocimiento formal que sanciona el conjunto de sus competencias profesionales, y no sólo sus capacidades técnicas, con el reconocimiento explícito en el diploma oficial de la titulación.

La puesta en práctica del modelo de formación dual universitaria, sin embargo, ha planteado problemas, en algunos casos insalvables, en relación con la manera de organizar la parte de la formación universitaria que debe desarrollarse en las entidades colaboradoras, puesto que se planteaban enormes dudas a la hora de seleccionar la concreta modalidad contractual a través de la cual debían contratarse a estos estudiantes por parte de las mismas, así como sobre el íntegro régimen jurídico aplicable a dicha contratación, especialmente, en materia retributiva⁹. A título de ejemplo de la

8. Asociación Catalana de Universidades Públicas: Informe “Promoción y desarrollo de la formación dual en el sistema universitario catalán”, ob. cit., pp. 7 y 8.

9. Vid. Calvo Gallego, J.: “Notas sobre el contrato para la formación universitaria dual”, Blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado, recuperado de <http://grupo.us.es/iwpr/2021/02/01/notas-sobre-el-contrato-para-la-formacion-universitaria-dual/> (última consulta: 10 de mayo de 2021).

enorme casuística existente en este punto, en la Guía para estudiantes de itinerario formación dual: universidad-empresa de la Universidad del País Vasco, de fecha de 22 de febrero de 2019, tras indicarse que se procedería a contratar al estudiante por parte de la entidad colaboradora, se indicaba que “el contrato para realizar esta formación DUAL consistirá en un contrato de obra a tiempo parcial” y “en aquellos casos en los que se pudiera hacer un contrato en prácticas debido a la titulación previa del/la alumno/a trabajador/a, se optará por esta modalidad contractual”. Asimismo, por lo que respecta a la retribución a percibir se establecía que sería la “retribución o cuantía correspondiente al salario mínimo interprofesional o a la categoría mínima de auxiliar administrativo según convenio regulador del sector, y en proporción al tiempo efectivo de la estancia”.

Esta situación de confusión se había intentado solventar, en no pocas ocasiones, obviando el recurso a la contratación laboral de los estudiantes universitarios y acudiendo al recurso a las prácticas no laborales o becas¹⁰, si bien, dicha opción, también planteaba importantes dudas legales y, en consecuencia, generaba una gran sensación de inseguridad jurídica para las entidades colaboradoras participantes en estos programas formativos universitarios, especialmente, en el marco de las campañas puestas en marcha por la inspección de trabajo en los últimos años para el control del uso inadecuado de las becas y prácticas no laborales.

Estos inconvenientes han llegado a comportar que la formación dual universitaria haya sido considerada en ocasiones una opción poco atractiva para muchas empresas y otras entidades colaboradoras, lo que ha dificultado la puesta en marcha de estos programas universitarios, al no disponerse de plazas suficientes para poder incorporar a todos los estudiantes universitarios interesados en dichos programas, como consecuencia de la incertidumbre que la contratación de los mismos planteaba a las entidades colaboradoras, especialmente a las empresas¹¹. Por todo ello, se hacía del todo imprescindible dotar de una mayor y mejor cobertura legal a la contratación laboral de los estudiantes prevista en la formación dual universitaria.

En este contexto, atendiendo a las reiteradas demandas de los responsables universitarios y con la finalidad de intentar resolver estos obstáculos para la implantación de la formación dual universitaria, la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 (en adelante, Ley 11/2020), ha introducido una nueva modalidad de contrato formativo, denominada contrato para la formación dual universitaria, mediante la adición de

10. En esta dirección, Beraza Garmendia, J. M.: “Diseño de un itinerario de formación dual: Universidad-Empresa en GADE”, ob. cit., p. 66, indicaba al respecto que “si bien en teoría la formación dual en régimen de alternancia puede realizarse bajo dos tipos de relación entre el alumnado y las empresas: un contrato de trabajo o un régimen de compensación al alumnado mediante ayudas en el marco de un convenio de prácticas o similar, en la práctica puede resultar difícil aplicar el primer tipo de relación debido (...) a la carencia en el momento actual en España a nivel universitario de un marco regulador”.

11. En este sentido, Beraza Garmendia, J. M.: “Diseño de un itinerario de formación dual: Universidad-Empresa en GADE”, ob. cit., p. 66, constata como uno de los elementos críticos que pueden dificultar e incluso impedir la implantación de la formación dual universitaria, el “disponer de una oferta anual suficiente de empresas dispuestas a participar en el itinerario dual”.

nuevo apartado, el tercero, al artículo 11 ET, en el que, como es bien conocido, ya se regulan los otros contratos formativos –contrato para la formación y el aprendizaje y contrato en prácticas–. Con la aprobación de esta nueva modalidad contractual se pretende, en definitiva, establecer un mecanismo de contratación adecuado e idóneo para este novedoso modelo de formación dual universitaria.

A diferencia de lo que tradicionalmente sucede con otras medidas adoptadas en relación con la contratación juvenil, que se prevén con una vigencia temporal, la modificación del artículo 11.3 ET y, en consecuencia, la aprobación del nuevo contrato para la formación dual universitaria se establece con vigencia indefinida, no sujeta a unas fechas concretas ni a disponibilidades presupuestarias. La opción no podía ser otra si se tiene en cuenta que no se trata de una medida coyuntural, dirigida a resolver una situación coyuntural, sino que la finalidad de esta modalidad contractual es estructural, por cuanto se enmarca en una tipología específica de estudios universitarios que, sin lugar a dudas, va a ir creciendo en los próximos años.

Pese a lo loable de estos esfuerzos, la introducción del contrato para la formación dual universitaria llevada a cabo por la Ley 11/2020 no resuelve por el momento la situación expuesta, no en vano, pese a tratarse de una modalidad contractual que, al menos en el plano formal, se encuentra plenamente vigente, desde un plano material, nos encontramos ante una regulación legal tan escasa y genérica y con tan sustanciales remisiones al futuro desarrollo reglamentario¹², que hace muy difícil pensar que las entidades colaboradoras y, muy especialmente las empresas, se atrevan a recurrir ya a esta modalidad contractual como vía de vinculación de los estudiantes que cursan una formación dual universitaria. Esta situación pone especialmente en evidencia la más que llamativa tardanza que se está produciendo en relación con el desarrollo reglamentario de esta modalidad contractual, con las nuevas situaciones de inseguridad jurídica que de la misma se derivan. No cabe duda que la participación de diferentes Ministerios en el proceso de elaboración de este desarrollo reglamentario, a saber, el de Trabajo y Economía social –con competencias en la laboral– y el de Universidades –con competencias en lo educativo–, así como el indudable papel que en la elaboración de esta norma deben jugar los agentes sociales, así como también, las universidades y organizaciones estudiantiles y juveniles, puede retrasar la aprobación definitiva de esta norma¹³. Esperemos que anteriores experiencias de descoordinación entre los diferentes ministerios implicados, como los que se constataron en su momento, en la aprobación de la normativa reguladora de las prácticas académicas externas, no se reproduzcan en esta ocasión.

En este contexto, en este estudio se pretende realizar un análisis de aquellos elementos del régimen jurídico del contrato para la formación dual universitaria que sí vienen regulados de un modo expreso por la ley, pero también, efectuar una previsión

12. Además de la referencia expresa a este desarrollo reglamentario que se contiene en el nuevo artículo 11.3 ET, la Ley 11/2020 contiene una referencia genérica, al prever, bajo el título de “Desarrollo reglamentario” que “se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la ejecución y desarrollo de la presente ley”.

13. *Vid.* Calvo Gallego, J.: “Notas sobre el contrato para la formación universitaria dual”, *ob. cit.*

de por dónde puede ir el desarrollo reglamentario de algunos de los elementos fundamentales del régimen jurídico de esta modalidad contractual.

II. LA NATURALEZA LABORAL DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA VERSUS EL CARÁCTER EXTRALABORAL DE LAS PRÁCTICAS ACADÉMICAS EXTERNAS: ¿UNA APUESTA EXCLUSIVA POR LA CONTRATACIÓN LABORAL DE LOS ESTUDIANTES QUE CURSAN UNA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA?

El artículo 2.3 del Real Decreto 592/2014, de 11 de junio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios (en adelante, Real Decreto 592/2014) establece el carácter no laboral de las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, al indicar que dado el carácter formativo de las mismas, de su realización no se derivarán, en ningún caso, obligaciones propias de una relación laboral, ni su contenido podrá dar lugar a la sustitución de la prestación laboral propia de puestos de trabajo¹⁴. Como puede observarse, la norma se limita a establecer el carácter no laboral de las prácticas académicas externas, pero sin definir de forma positiva los rasgos que deben concurrir para que se considere que estas prácticas no constituyen una prestación de servicios laboral.

Pese a dicha declaración de no laboralidad de las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, cabe recordar que el Real Decreto 592/2014, en tanto que Real Decreto, se trata de una norma reglamentaria, de manera que no puede calificar por sí mismo, porque no tiene rango para ello, la naturaleza jurídica –laboral o extralaboral– del trabajo desarrollado por la persona que realiza las prácticas académicas externas, de manera que su actividad será o no laboral dependiendo de si la misma satisface o no los requisitos de la voluntariedad, ajenidad, dependencia y remuneración exigidos por la legislación laboral y, en particular, por el artículo 1.1 ET. En otros términos, pretender que el Real Decreto 592/2014 fije criterios de definición de las prácticas académicas externas frente al contrato de trabajo distintos a los contenidos en la legislación laboral no sería admisible¹⁵.

En definitiva, “que la realización de las prácticas externas responda, en verdad, a una finalidad formativa, esto es, que contribuyan a la formación integral de los estudiantes complementando su aprendizaje teórico y práctico, favoreciendo el desarrollo de las competencias técnicas, metodológicas, personales y participativas, entre otros

14. Fernández Orrico, F. J.: “La Seguridad Social de quienes participan en programas de formación, y otras tres figuras cercanas”, ob. cit., indicaba al respecto, si bien, en relación con el anulado Real Decreto 1707/2011 que “con buen criterio se prohíbe que un estudiante ocupe el lugar de otro trabajador en su mismo puesto de trabajo, porque ese puesto requerirá como es lógico del mantenimiento de las condiciones (pericia, experiencia, responsabilidad...) del trabajador sustituido. De modo que, si se produjera esa circunstancia, habría que presumir la contratación laboral del estudiante”.

15. Vid. Moreno Gené, J.: *Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Aspectos jurídico-laborales y de seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 39 y ss.

finés, es el punto clave para poder confirmar la exclusión de las prácticas académicas del marco jurídico de la relación de trabajo. *A sensu contrario*, dichas prácticas encubrirán una relación laboral (...) cuando su objeto no sea reforzar la formación de los estudiantes universitarios para preparar su incorporación futura a un empleo, sino obtener, por parte de la empresa o entidad en la que se desarrollan, mano de obra a bajo coste al margen de la legislación laboral, y ello con independencia de que el estudiante también en estos casos pueda adquirir experiencia profesional¹⁶.

Frente a ello, con la aprobación del contrato para la formación dual universitaria, no cabe duda de que la relación que se establece entre el estudiante universitario y la entidad colaboradora, ya se trate de una empresa, una administración pública u otra institución, es de carácter laboral, lo cual supone la aplicación a los referidos estudiantes-trabajadores del íntegro estatuto laboral y de seguridad social aplicable al resto de trabajadores que prestan sus servicios en las referidas entidades, salvo, claro está, las especificidades previstas en relación con esta nueva modalidad contractual.

Está por ver, sin embargo, si la previsión del contrato para la formación dual universitaria va a suponer *de facto* que en esta modalidad de enseñanzas universitarias –formación dual– únicamente se vaya a admitir la contratación laboral de los estudiantes universitarios que la cursen o si, por el contrario, tal y como sucede en la actualidad, se sigue admitiendo que la prestación de servicios que estos estudiantes desarrollen en la entidad colaboradora en el marco de la formación dual universitaria se canalice a través de prácticas no laborales, por las que el estudiante recibe algún tipo de ayuda para el estudio o compensación por los gastos efectuados (becas).

A tal efecto, si extrapolamos al ámbito universitario lo que sucede en el ámbito de la formación profesional dual, se aprecia que el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual (en adelante, Real Decreto 1529/2012), no se limita a implantar la formación profesional dual exclusivamente a través de la formalización del contrato para la formación y el aprendizaje, sino que, como indica la Exposición de Motivos de la norma, pretende “establecer las bases para la implantación progresiva de la formación profesional dual en España”, más allá de esta modalidad contractual, mediante su potenciación en el ámbito del sistema educativo. En consecuencia, el art. 2.3 del Real Decreto 1529/2012 mantiene que junto a la actividad formativa inherente a los contratos para la formación y el aprendizaje, “tendrán consideración de formación profesional dual los proyectos desarrollados en el ámbito del sistema educativo” regulados en esta norma¹⁷. Pues bien, mediante esta regulación de la formación profesional dual del sistema educativo, también se

16. Vid. De Val Tena, Á. L.: “Trabajo en prácticas y prácticas no laborales”, ob. cit. p. 89. Vid. también, Rodríguez Cardo, I. A.: “La inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los becarios que desarrollan prácticas en empresas: los RRDD 1493/2011 y 1543/2011”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 99, 2012, pp. 50 y 51.

17. Apilluelo Martín, M.: *El contrato para la formación y el aprendizaje. La cualificación profesional como factor clave*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 21, pone de manifiesto que con esta regulación “se trata de ordenar los estudios de formación profesional en el centro de estudios abriendo una ventana a la empresa, pues se regulan las prácticas formativas en la empresa que se formalizan en los correspondientes convenios”.

pretende facilitar prácticas no laborales dentro de las empresas en el ámbito de los programas educativos de formación profesional, de modo que el alumno reciba en el centro educativo una formación teórico/práctica que se complemente en la empresa con los conocimientos que obtenga con una experiencia de trabajo¹⁸.

Como fácilmente puede observarse, esta formación profesional dual del sistema educativo se distingue de la formación profesional dual inherente al contrato para la formación y el aprendizaje en la inexistencia de relación laboral alguna y específicamente por la no formalización en estos supuestos de un contrato para la formación y el aprendizaje (art. 27)¹⁹. Por tanto, como acertadamente puso de manifiesto el Consejo de Estado, las dos iniciativas que se contienen en el Real Decreto 1529/2012, a saber, la regulación de la actividad formativa inherente al contrato para la formación y el aprendizaje y la regulación de la formación profesional dual del sistema educativo “son claramente de naturaleza distinta, siendo la diferencia fundamental el carácter de la relación entre la persona “en formación” y la empresa. En el primer caso (dentro del contrato para la formación y el aprendizaje), existe una relación laboral entre el trabajador y la empresa; en el segundo caso, se trata de prácticas formativas en el ámbito de los programas de formación profesional del sistema educativo”²⁰.

Esta dualidad de regímenes jurídicos a la hora de abordar la relación entre el alumno/trabajador y la empresa ha suscitado abundantes críticas, especialmente desde las organizaciones sindicales y juveniles, que mantienen que la anticipación de la inserción del alumno en el mundo laboral durante el período de formación debe llevarse a cabo en todo caso a través de un contrato laboral y no mediante prácticas no laborales²¹. No cabe duda que estas críticas se reproducirán en el supuesto de admitirse la vinculación de los estudiantes universitarios que cursan la formación dual universitaria mediante el recurso a prácticas no laborales. En este punto, cabe llamar

18. Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “Contrato de aprendizaje y formación dual. El Real Decreto 1529/2012”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2013, p. 16.

19. En la misma dirección, Apilluelo Martín, M.: *El contrato para la formación y el aprendizaje. La cualificación profesional como factor clave*, ob. cit., p. 21, pone de manifiesto que “cuando las actividades prácticas formativas se desarrollan al amparo exclusivamente de programas de educación y formación profesional, a través del correspondiente proyecto con el centro de trabajo, aquéllas no dan origen a relación laboral, y la persona en formación queda sujeta tan sólo a las normas generales del sistema educativo y a las normas particulares de los estudios de formación profesional dual. Sin embargo, cuando las actividades formativas propias del sistema de formación profesional dual se desarrollan en el marco de un contrato para la formación y el aprendizaje generan relación laboral y la persona en formación queda sujeta a la legislación laboral”. Vid. también, Moreno Gené, J.: *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*, Atelier, Barcelona, 2015, pp. 145-168.

20. Vid. Dictamen del Consejo de Estado de 18 de octubre de 2012, sobre el proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual. El mismo Consejo de Estado añade al respecto que aunque se alude tanto “a la actividad formativa inherente a los contratos para la formación y el aprendizaje” como a “los proyectos desarrollados en el ámbito del sistema educativo”, sin embargo, aun dentro del concepto genérico de formación profesional dual no es lo mismo ni tiene el mismo régimen jurídico el programa de formación que el trabajador recibe en el seno de una relación laboral (al suscribir un contrato para la formación y el aprendizaje) que la formación práctica que un alumno, en el seno de un programa educativo de formación, viene recibiendo”.

21. En esta dirección, Muñoz, A. B.: “Buenas prácticas relativas a la formación dual en la negociación colectiva”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2014, afirma que “parece claro pues que la vía contractual ofrece mayores garantías de protección al estudiante pero será decisión de la empresa optar por el contrato formativo o no”.

la atención sobre el hecho de que si, a pesar de la creación del contrato para la formación dual universitaria se sigue admitiendo por vía legal o alegal la existencia de prácticas no laborales, sin protección jurídico-laboral, lo más probable es que estas últimas sigan siendo la opción mayoritaria de vinculación de los estudiantes, relegando al contrato para la formación dual universitaria a un segundo plano, tal vez, incluso anecdótico y marginal.

En todo caso, en el supuesto de que se siga admitiendo en la formación dual universitaria el recurso a prácticas no laborales como medio de vinculación de los estudiantes que la cursan con las empresas, administraciones u otras instituciones que colaboran en la misma, nuevamente deberemos acudir al artículo 1 ET y a la interpretación que del mismo han realizado la doctrina y la jurisprudencia para poder deslindar de un modo nítido y certero si verdaderamente nos encontramos ante una prestación de servicios no laboral o si, por el contrario, la misma debe ser calificada como laboral y, por tanto, debería canalizarse mediante el nuevo contrato para la formación dual universitaria²².

En este contexto, basta recordar que la distinción entre las prácticas no laborales y el contrato de trabajo se fundamenta esencialmente en la distinta finalidad que se persigue con cada una de estas figuras²³. En esta dirección, el objetivo del contrato de trabajo es la obtención de un valor productivo inmediato, mientras que las prácticas no laborales, por el contrario, o bien no buscan esa finalidad productiva en absoluto, o bien sólo la buscan relativamente, de manera aplazada o diferida al futuro, siendo el elemento predominante el aumento de la formación y la experiencia profesional de quien desarrolla las citadas prácticas, lo cual inexorablemente debe contribuir a mejorar su empleabilidad. En definitiva, como se ha indicado de un modo muy expresivo,

22. Vid. Calvo Gallego, J.: "Notas sobre el contrato para la formación universitaria dual", ob. cit.

23. Sobre los criterios de distinción entre beca y contrato de trabajo vid. Ahumada Villalba, B.: "La beca de formación práctica con prestación de servicios", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1999; Álvarez Cuesta, H.: "Las nuevas becas (prácticas) no laborales para los jóvenes: ¿obstáculo o trampolín?", en Fernández Fernández, R. (dir.) y Álvarez Cuesta, H. (coord.) *Empleo juvenil: un reto para Europa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 270-279; Borrajo Dacruz, E.: "Becario y contrato de trabajo", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2004; Duque González, M.: *Becas y becarios*, Lex Nova-ThomsonReuters, Valladolid, 2012, pp. 47-66; Fabregat Monfort, G.: "Algunas cuestiones en torno a las becas con prestación de servicios", *Aranzadi Social (Estudios doctrinales)*, núm. 5, 2001; García Valverde, M.: "Naturaleza de la relación que une al "supuesto becario" con la universidad", *Aranzadi Social (Estudios doctrinales)*, núm. 3, 2005; González Ortega, S.: "Las becas: ¿Formación, Inserción, Prácticas Profesionales, Trabajo Asalariado?", en Cruz Villalón, J. (coord.): *Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999; Goñi Sein, J. L.: "Las becas y el encubrimiento de contratos laborales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 14, 1983; Goñi Sein, J. L.: "La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas", *Relaciones Laborales*, núm. 3, 1986; Hierro Hierro, J.: "Comentario a la S.T.S.J. Comunidad Valenciana. Sala de lo Social de 3 de febrero de 2000", *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 19-20, 2001-2002; López Gandía, J.: "Jurisprudencia sobre becas y prácticas ante el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Derecho Privado*, 1981; Martín Valverde, A.: "Beca de estudios técnico-prácticos con opción de reingreso en una entidad bancaria", *Revista de Política Social*, núm. 99, 1973; Rodríguez Cardo, I. A.: "Criterios de deslinde entre beca y relación laboral: a propósito de la última doctrina judicial", *Actualidad Laboral*, núm. 19, 2006; Rodríguez-Sañudo, F.: "Contrato de trabajo: período de prácticas como becario en una empresa (comentario jurisprudencial)", *Revista de Política Social*, núm. 96, 1972; Selma Penalva, A.: "Los becarios aparentes. Comentario a la STSJ del País Vasco, de 18 de marzo de 2003 (AS 2003, 2567)", *Aranzadi Social (Estudios doctrinales)*, núm. 3, 2003; Villalba Salvador, B.: "Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales", *Actualidad Laboral*, núm. 11, 1998.

mientras que a través del contrato de trabajo la persona “da”, en las prácticas no laborales el estudiante “recibe”²⁴.

Por tanto, las prácticas no laborales tienen como dato calificativo más relevante que quien las desarrolle adquiera una formación y mayor experiencia profesional mediante la realización de una actividad cuyo coste económico lo soporta la entidad que las financia, lo que comporta la inexigencia a quien realiza las prácticas de una prestación que revirtiendo directamente en utilidad o beneficio de la entidad en la que las mismas se desarrollan, predomine sobre su formación, sin perjuicio de que las actividades desarrolladas por el mismo pueden fructificar en la realización de diversas tareas, que en todo caso no se realizan como auténtica contraprestación, sino como parte del proceso de formación y adquisición de experiencia profesional (STS de 13 de junio de 1988 y STS de 22 de noviembre de 2005)²⁵. Por el contrario, cuando la prestación de servicios se desarrolla en línea de contraprestación o de adquisición de la utilidad patrimonial que se deriva de la misma, consista en una actividad similar a la del resto de los trabajadores de la empresa o cuando suponga la sustitución o cobertura de un puesto de trabajo, la misma deberá ser calificada como laboral. En definitiva, la distinción entre las prácticas no laborales y la relación laboral se apoya en la determinación de cuál es el interés o beneficio principal que se satisface con las mismas, si el de quienes realizan las prácticas o el de la entidad que los acoge, de modo que la finalidad perseguida se configura como el principal e inseguro elemento diferenciador²⁶.

Pese a los criterios que se acaban de exponer, no cabe duda que si se admite en la formación dual universitaria la doble opción de acudir al contrato laboral para la formación dual universitaria y a las prácticas no laborales a la hora de vincular a los

24. Vid. Fernández Márquez, O.: “Nuevas normas sobre los becarios y el personal residente sanitario: otra ocasión para la reflexión sobre el “trabajo formativo”, *Temas Laborales*, núm. 74, 2004, p. 38. Ello no impide, sin embargo, que la relación laboral pueda ser también un marco adecuado para la obtención de formación. Vid. sobre esta cuestión Fernández Márquez, O.: “La relación laboral como ámbito del trabajo formativo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 124, 2004.

25. Vid. STS de 7 de julio de 1998 (núm. rec. 2573/1997), así como la jurisprudencia citada en la misma. En la citada resolución se establece que para que pueda hablarse de beca es necesario que su finalidad, real y efectiva, no simulada, sea la del “perfeccionamiento profesional” del becario, finalidad que debe estar, si no de forma exclusiva, sí con cierta entidad y prevalencia. Vid. también, STS de 13 de junio de 1988, de 22 de noviembre de 2005 (núm. rec. 4752/2004), de 4 de abril de 2006 (núm. rec. 856/2005), de 29 de marzo de 2007 (núm. rec. 5517/2005) y de 29 de mayo de 2008 (núm. rec. 4247/2006).

26. Martín Valverde, A.: “Fronteras y ‘zonas grises’ del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2003, se refiere al “criterio de prevalencia” y De Soto Borja, J. M.: “Becas formativas: ¿Formación complementaria para el becario o relación laboral encubierta?”, STSJ de Castilla-La Mancha, de 19 de octubre de 1999 (AS 3724/1999)”, *Temas Laborales*, núm. 54, 2002, p. 230, a la “teoría del interés predominante”. Para un análisis de los diferentes criterios que nos permiten determinar si la utilidad o beneficio principal de la actividad ejercida por quien desarrolla las prácticas académicas externas repercute en este, a través de la obtención de la formación y experiencia profesional o, por el contrario, la obtiene la entidad en la que dichas prácticas tienen lugar, dándose cumplimiento así al presupuesto sustantivo de la ajenidad, vid. Moreno Gené, J.: “La nueva regulación de las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios: la potenciación de la finalidad formativa y de mejora de la empleabilidad”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 349, 2012, pp. 19 y 20. Vid. también, Rodríguez-Piñero Royo, M. C. y Pérez Guerrero, M. L.: “La regulación de las prácticas universitarias como forma de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo”, comunicación presentada a las XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas en Granada, en noviembre de 2013.

estudiantes que la cursan con las empresas, administraciones u otras instituciones que colaboran en la misma, ello será origen de una elevada litigiosidad, que deberá ser resuelta por los tribunales laborales²⁷.

En este punto, cabe poner de manifiesto que el contrato para la formación dual universitaria constituye una manifestación más de un fenómeno mucho más amplio que se está produciendo en los últimos años, consistente en la progresiva confusión en el ámbito de la población juvenil entre el plano de la formación y el correspondiente al trabajo productivo²⁸, por lo que las conclusiones obtenidas en relación con esta nueva modalidad contractual pueden resultar extensibles a otras formas de estancias prácticas en el entorno profesional, ya sean laborales o no laborales²⁹.

III. EL OBJETO DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA: LA CUALIFICACIÓN PROFESIONAL EN RÉGIMEN DE ALTERNANCIA. LA OPCIÓN POR UNA FORMACIÓN UNIVERSITARIA MÁS AJUSTADA A LA REALIDAD EMPRESARIAL

En contrato para la formación dual universitaria comparte en lo sustancial su objeto con el contrato para la formación y el aprendizaje. A tal efecto, el artículo 11.2 ET al regular dicha modalidad contractual establece que mediante este último contrato se propone “la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema

27. Sobre las dificultades que plantea la distinción entre prácticas no laborales/becas y relación laboral, vid., entre otros, Ortega Lozano, P. G. y Guindo Morales, S.: “La delgada línea divisoria entre una relación laboral asalariada y la remuneración o contraprestación económica del becario como zona gris del Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 218, 2019 y Poquet Catalá, R.: “Zona gris entre la relación de becario y la relación laboral común y protección social actual”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192, 2016.

28. Vid. Cruz Villalón, J.: “Empleo y crisis económica”, en González-Posada Martínez, E. y Molero Marañón, M. L. (dirs.): *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Universidad de Valladolid; Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p. 602. El autor señala al respecto que en la actualidad “rara vez se produce una transición nítida de la actividad formativa a la actividad profesional, pues cada vez se encuentran más extendidas fases intermedias, a caballo entre la estricta formación y el trabajo productivo. Ello da lugar a figura ambiguas, en las que con diversa intensidad se da al mismo tiempo una actividad de preparación para la incorporación al mercado de trabajo y de trabajo efectivo, de formal ausencia de la finalidad productiva y la ejecución de un auténtico esfuerzo laboral. La relación de situaciones resulta de lo más variada y provoca en bastantes ocasiones las típicas zonas grises en la aplicación más o menos plena, más o menos exceptuada de la legislación laboral”.

29. Un análisis de estos diferentes supuestos en Moreno Gené, J.: “Las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los jóvenes y su protección social”, en Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A. M. (coords.): *Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 237-247. Vid. también, Comisiones Obreras: *Aprendices, becarios y trabajo precario. Una guía sobre prácticas en la empresa para representantes sindicales*, Madrid, 2015; Esteve Segarra, A.: “Claves para un estatuto de los becarios y la mejora de los periodos de prácticas académicas externas a partir del análisis de los ‘stages’ franceses”, *Trabajo y Derecho*, núm. 33, 2017; Hernández de Luz, J. L. “Becarios y prácticas no laborales en empresas”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 128, 2017, pp. 209-227 y Sánchez-Rodas Navarro, C.: “Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo”, ponencia presentada en las XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Granada, 2013.

educativo”³⁰. Por su parte, el nuevo artículo 11.3 ET establece que “[e]l contrato para la formación dual universitaria (...) tendrá por objeto la cualificación profesional de los estudiantes universitarios a través de un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco de su formación universitaria, para favorecer una mayor relación entre este y la formación y el aprendizaje del trabajador”.

En consecuencia, el nuevo contrato para la formación dual universitaria tiene como objetivo básico, ya veremos si lo consigue, la cualificación profesional de los estudiantes universitarios, fijando para ello una determinada metodología, que no es otra que la del aprendizaje en alternancia, es decir, aquella que combina la “actividad laboral retribuida en una empresa” con la “actividad formativa recibida en el marco de su formación universitaria”. De este modo, mediante esta mayor relación entre la formación universitaria recibida en la universidad y la actividad laboral desarrollada en la empresa, se presume una mejor formación y aprendizaje del estudiante-trabajador.

A partir de esta premisa, es decir, la “cualificación profesional de los estudiantes universitarios” parece presumirse, además, que se va a desencadenar un efecto colateral, a saber, una mejor inserción laboral del titulado universitario reciente que tras el contrato para la formación dual universitaria se va a encontrar profesionalmente más cualificado. En otros términos, nos encontramos ante un contrato que declara como objetivo central dotar al estudiante universitario de una cualificación profesional de calidad, contemplándose como instrumentos para conseguirla la combinación de actividad laboral retribuida en una empresa y de actividad formativa en la universidad y, como efecto colateral previsto, la mejor inserción laboral del joven universitario ahora profesionalmente cualificado.

No cabe duda que la cualificación profesional de los estudiantes universitarios en régimen de alternancia por la que opta de forma expresa y decidida el contrato para la formación dual universitaria permite que quien se está formando lo haga en un contexto real de desempeño de una determinada profesión, lo cual debe repercutir necesariamente en una mejor formación y, por extensión, en unas mayores posibilidades de inserción profesional, no en vano, la organización empresarial ha podido formar a estos estudiantes universitarios de acuerdo con sus necesidades específicas y, por extensión, por las requeridas por el mercado³¹. En consecuencia, no sólo se

30. En la misma dirección, Mercader Uguina, J.R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto-ley 14/2011, de 16 de septiembre”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2012, pp. 67-68, indica que “es la obtención de esa cualificación profesional, entendida como el “conjunto de competencias profesionales con significación en el empleo que pueden ser adquiridas mediante formación modular u otros tipos de formación, así como a través de la experiencia laboral (...) el centro de gravedad de la nueva modalidad contractual”. Vid. ampliamente en Moreno Gené, J.: *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*, ob. cit., p. 22 y ss.

31. En esta dirección, en relación con el contrato para la formación y el aprendizaje, vid. Mercader Uguina, J. R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto-ley 14/2011, de 16 de septiembre”, ob. cit., p. 67. Sobre la contratación laboral en régimen de alternancia vid. Ballester Pastor, M. A.: *El contrato de formación y otras formas de contratación en alternancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 y Sánchez Torres, E.: “El contrato para la formación: ¿contrato formativo en alternancia o contrato de inserción?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 110, 2002.

pretende obtener una cualificación profesional de calidad, que la experiencia práctica demuestra que no siempre conduce necesariamente a la obtención de un empleo, sino la mayor y mejor adecuación posible entre esta cualificación y/o competencia profesional de calidad y las necesidades reales del mercado de mano de obra profesionalmente cualificada.

Siendo el principal objetivo perseguido por el nuevo contrato para la formación dual universitaria garantizar que el trabajador contratado mediante esta modalidad contractual obtenga una cualificación profesional de calidad que le permita insertarse en el mercado laboral, cabría esperar que la norma hubiera diseñado con especial atención la actividad formativa y la actividad laboral a través de la cual pretende llevarse a cabo esta cualificación profesional universitaria. Veamos, por tanto, cómo se organizan en el contrato para la formación dual universitaria cada uno de estos aspectos.

A pesar de que la actividad formativa constituye la principal peculiaridad del contrato para la formación dual universitaria y el elemento que debe garantizar el cumplimiento de la finalidad formativa de esta modalidad contractual, la regulación de esta materia recogida en el artículo 11.3 ET no parece satisfacer todas las expectativas y plantea importantes dudas sobre si la misma va a permitir garantizar la cualificación profesional de calidad del trabajador contratado. En este punto, llama la atención, por ejemplo, que aspectos tan esenciales de la actividad formativa del contrato para la formación dual universitaria como son el sistema de impartición y las características de la formación, el reconocimiento o la financiación de la misma, se hayan dejado al posterior desarrollo reglamentario de esta materia, sin que, además, se prevea una fecha concreta en la que el mismo deba estar aprobado.

A tal efecto, entre las materias respecto de las que se prevé un desarrollo reglamentario, el artículo 11.3 establece que “reglamentariamente se desarrollará el sistema de impartición y las características de la formación de los trabajadores en los centros universitarios y en las empresas, así como su reconocimiento, en un régimen de alternancia con el trabajo efectivo”. Asimismo, se prevé que serán objeto de desarrollo reglamentario los aspectos relacionados con la financiación de la actividad formativa³².

No cabe duda que, si comparamos el alcance de las materias que se remiten a un posterior desarrollo reglamentario con regulaciones legales de otras modalidades contractuales, especialmente, del contrato para la formación y el aprendizaje, bastante más extensas, podemos concluir que en el contrato para la formación dual universitaria se ha producido una cierta “deslegalización” del régimen jurídico de las actividades formativas a favor del desarrollo por vía reglamentaria de las mismas.

A pesar de la remisión al desarrollo reglamentario que se contiene en el artículo 11.3 ET, son diversas las referencias que dicho precepto contiene en relación con la actividad formativa prevista en el contrato para la formación dual universitaria que

32. *Vid.* sobre la necesidad de este desarrollo reglamentario, Calvo Gallego, J.: “Notas sobre el contrato para la formación universitaria dual”, *ob. cit.*

resultan imprescindibles a la hora de perfilar los contornos y el alcance de la misma, no en vano, el futuro desarrollo reglamentario deberá respetar en todo caso los márgenes ya previstos en el citado precepto.

En primer lugar, como ya se ha indicado con anterioridad, la cualificación del trabajador debe llevarse a cabo en un régimen de alternancia, de modo que debe concurrir una actividad formativa recibida en el marco de su formación universitaria con una actividad laboral retribuida en una empresa. Desaparece de este modo la vieja distinción entre teoría (estudio) y la práctica (trabajo) no exenta de artificio, a favor de esta figura que alterna actividad laboral retribuida con actividad formativa que ha de prestarse en el marco del sistema universitario. Por todo ello, la alternancia e interrelación entre actividad formativa y actividad laboral resulta la metodología más idónea para garantizar en estos supuestos una cualificación profesional de calidad orientada a la mejor inserción laboral de quien la obtiene. En este punto, el aspecto más novedoso consistiría en que la organización empresarial debe tener un papel más activo en la formación del estudiante, ahora contratado mediante esta modalidad contractual, si bien, el precepto no contiene previsión alguna sobre cómo se va a organizar esta participación de la empresa en la formación, salvo indicar que la formación y trabajo serán en régimen de alternancia. Corresponderá, por tanto, al futuro reglamento especificar “las características de la formación de los trabajadores (...) en las empresas”.

En segundo lugar, se prevé que el trabajador reciba la formación en el marco de su formación universitaria. No se prevé, por el contrario, de forma expresa que también pueda recibir dicha formación académica en la propia organización empresarial, a diferencia de lo que sí sucede con el contrato para la formación y el aprendizaje. No cabe duda que si se acaba reservando la formación académica del estudiante al sistema universitario se obtiene una cierta garantía de la calidad de la formación a recibir por los estudiantes. Ello no impide, sin embargo, que la organización empresarial colabore decididamente en esta formación del estudiante universitario, puesto que en el diseño de la misma deben colaborar entidades colaboradoras y centros universitarios.

Esta opción libera al empresario de la carga organizativa y económica que supone la organización de la formación académica correspondiente al contrato. No olvidemos en este punto que el atractivo que para los empresarios puede tener esta modalidad contractual, dados los menores costes laborales que la misma puede suponer, puede verse inmediatamente enturbiado por las dificultades que tendría gestionar la obligación de formación académica por parte de las entidades colaboradoras, así como los costes económicos que implicaría el cumplimiento de dicha obligación, lo cual, acabaría redundando en una escasa utilización de esta tipología de contratos.

En el caso de que finalmente se previera que la organización empresarial puede asumir directamente un parte de la formación académica de los estudiantes, deberían establecerse las garantías oportunas para asegurar la calidad de la misma, en cuanto a instalaciones, profesorado, etcétera.

Finalmente, en relación con la financiación de la actividad formativa, el artículo 11.3 ET se remite una vez más al desarrollo reglamentario de dicha norma. Sin embargo, si

observamos lo previsto al respecto en relación con el contrato para la formación y el aprendizaje³³, podemos prever que dicha financiación debería tener por objeto mitigar el coste de la formación inherente al contrato para la formación dual universitaria, tanto respecto a la financiación de los costes de la entidad colaboradora como de la financiación de los costes de las instituciones universitarias que pongan en marcha esta tipología de estudios universitarios. Por lo que respecta a las medidas adoptadas para mitigar el coste de la formación para las entidades colaboradoras, no cabe duda que el mecanismo adoptado será que las mismas puedan financiarse el coste de la formación inherente al contrato mediante bonificaciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social y subvenciones. Asimismo, con toda probabilidad, la vía para financiar los costes de formación inherentes a esta modalidad contractual para las instituciones universitarias será el recurso a las subvenciones.

Menos previsiones contiene todavía el artículo 11.3 ET sobre el contenido de la actividad laboral que deberá desarrollarse en el marco del contrato para la formación dual universitaria, salvo que la misma será retribuida y que tendrá lugar en la empresa. En todo caso, no cabe duda que, para la consecución del objetivo perseguido por esta modalidad contractual, que no es otro que alcanzar una cualificación profesional a través de un régimen de alternancia, resulta del todo imprescindible que exista una relación directa entre los estudios universitarios que se cursan y el contenido de la prestación laboral que se va a desarrollar en el marco del contrato para la formación dual universitaria. Ello no podría ser de otro modo, puesto que si el objetivo de la formación dual universitaria consiste en aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en la formación académica del estudiante, contribuyendo a la formación integral de los estudiantes, al permitirles complementar su aprendizaje teórico y práctico, resulta del todo imprescindible que exista una relación directa entre los conocimientos adquiridos durante los estudios universitarios y las tareas a realizar durante la ejecución del contrato.

Es precisamente esta combinación de actividad formativa recibida en el marco de la formación universitaria y la actividad laboral retribuida en la empresa la que define y caracteriza a la formación en régimen de alternancia y permite contrastar la formación de carácter más teórico recibida en el desarrollo de las actividades formativas con la formación más práctica obtenida en el desarrollo de las actividades laborales, obteniéndose de este modo una óptima cualificación profesional del trabajador. En definitiva, la prestación desarrollada por el trabajador debe estar directamente relacionada con la formación dispensada al mismo inherente al contrato para la formación dual universitaria formalizado, de modo que la falta de adecuación entre la actividad laboral y la actividad formativa comportará necesariamente la frustración del objetivo último de la cualificación profesional del trabajador y, por extensión, del propio contrato.

33. Vid. Moreno Gené, J.: *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*, ob. cit., pp. 95 y ss.

Frente a las vagas previsiones que se desprenden del artículo 11.3 ET respecto a los contornos de la actividad formativa y laboral propias del contrato para la formación dual universitaria, no cabe duda que, para que la finalidad de dotar de una cualificación y/o competencia profesional de calidad a los estudiantes universitarios que se forman a través de esta modalidad contractual no se quede en una mera previsión o deseo del legislador, resulta del todo imprescindible que el desarrollo reglamentario de esta modalidad contractual incorpore todos los mecanismos necesarios para garantizar este objetivo, tanto en lo que respecta a la actividad formativa como a la laboral. A tal efecto, aspectos como la previsión de un acuerdo para la actividad formativa que deberá adjuntarse al contrato para la formación dual universitaria, la delimitación de las modalidades de impartición y desarrollo de la actividad formativa, la previsión y regulación de un sistema de tutorías, la adecuada certificación de la cualificación alcanzada y la delimitación del contenido de actividad laboral a desarrollar, son algunos de los principales aspectos que necesariamente deberán ser abordados por el desarrollo reglamentario de esta modalidad contractual.

IV. REQUISITOS SUBJETIVOS PARA LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA

Los requisitos exigidos para la formalización del contrato para la formación dual universitaria pueden extraerse de la propia delimitación del objeto de esta modalidad contractual que lleva a cabo el artículo. 11.3 ET según la cual “[e]l contrato para la formación dual universitaria, que se formalizará en el marco de los convenios de cooperación educativa suscritos por las universidades con las entidades colaboradoras, tendrá por objeto la cualificación profesional de los estudiantes universitarios a través de un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco de su formación universitaria, para favorecer una mayor relación entre este y la formación y el aprendizaje del trabajador”.

De la lectura de este precepto, pueden deducirse los requisitos que deberán satisfacer las partes contratantes, es decir, el estudiante universitario/trabajador y la entidad colaboradora/empresario.

A. Requisitos del trabajador: estudiantes que cursen formación dual universitaria

Por lo que respecta a los requisitos que debe satisfacer el trabajador contratado mediante el contrato para la formación dual universitaria, la regulación legal únicamente establece que debe tratarse de un estudiante de un centro de enseñanza universitaria, sin que se establezca ninguna limitación adicional al respecto, de modo que puede tratarse de un centro universitario público o privado, de enseñanza presencial o de enseñanza a distancia, nacional o extranjero, etcétera.

No cabe duda que esta delimitación de los sujetos que pueden ser contratados a través del contrato para la formación dual universitaria acerca a esta modalidad contractual al contrato para la formación y el aprendizaje, no en vano, la regulación de este último contrato, tras establecer que “[s]e podrá celebrar con trabajadores mayores de dieciséis y menores de veinticinco años que carezcan de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas”, indica de forma expresa que “[s]e podrán acoger a esta modalidad contractual los trabajadores que cursen formación profesional del sistema educativo”. Con esta previsión se contempla de un modo expreso que pueden acogerse a esta modalidad contractual las personas que estén cursando estudios de formación profesional dentro del sistema educativo. De este modo, más que introducirse una auténtica novedad, probablemente lo que se ha pretendido es reforzar la apuesta por una auténtica formación profesional dual³⁴.

Pues bien, en el contrato para la formación dual universitaria se podrán acoger a esta modalidad contractual los estudiantes que cursen sus estudios universitarios en la modalidad de formación dual. En consecuencia, cualquier estudiante que curse estudios universitarios no podrá formalizar esta modalidad contractual, sino que únicamente podrán acudir a la misma aquellos que cursen sus estudios en la modalidad de formación dual universitaria. Aquellos estudiantes universitarios que cursen estudios universitarios al margen de la formación dual universitaria, pero que realicen prácticas académicas externas curriculares o extracurriculares, se seguirán rigiendo por lo dispuesto en la normativa específica de esta modalidad de prácticas –Real Decreto 592/2014–.

A diferencia de lo que sucede con el contrato para la formación y el aprendizaje³⁵, en el contrato para la formación dual universitaria no se establece ningún límite de edad para la formalización del contrato. A tal efecto, parece razonable que, con independencia de la edad del estudiante, si el mismo se encuentra cursando estudios universitarios en la modalidad de formación dual, pueda acceder al contrato para la formación dual universitaria, puesto que cualquier otra solución podría comportar que determinados colectivos quedaran excluidos de estos estudios universitarios únicamente en función de su edad. Por lo demás, la exclusión a esa modalidad contractual por motivos de edad, podría conducir a que estos colectivos se redirigieran hacia las prácticas no laborales, lo cual, resulta cuanto menos de dudosa legalidad, por cuanto que estudiantes universitarios que realizarían una misma prestación de servicios tendrían vínculos jurídicos diferenciados, laborales unos y no laborales los otros, únicamente por razón de la edad, o bien, podría suponer que estos estudiantes

34. Núñez-Cortés Contreras, P.: “Modalidades de contratación y empleo joven (novedades del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia)”, *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2014, p. 1064, considera que “parece una adición puramente aclarativa, ya admitido, de modo implícito, con anterioridad, al tratarse de un colectivo que no posee una cualificación reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo, que es el requisito para poder concertar tal tipo de contrato”.

35. Vid. Moreno Gené, J.: *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*, ob. cit., pp. 25 y ss.

de mayor edad debieran ser contratados a través de otras modalidades contractuales laborales, con toda seguridad, mucho menos atractivas para los empresarios y, probablemente, también de difícil encaje legal.

En consecuencia, se produce una relación de especialización entre ambas modalidades contractuales formativas, de modo que el contrato para la formación y el aprendizaje sería la modalidad contractual diseñada para la contratación de aquellos estudiantes que cursan, entre otros posibles, estudios de formación profesional³⁶, mientras que el contrato para la formación dual universitaria sería el contrato previsto para la contratación de los estudiantes universitarios que cursan esta modalidad dual de enseñanzas universitarias.

Con la introducción del contrato para la formación dual universitaria se superan las críticas vertidas por algún sector doctrinal sobre el hecho de que quedaran excluidos del objeto del contrato para la formación y el aprendizaje los estudios de habilitación profesional por excelencia y, por tanto, la obtención de un título universitario. A tal efecto, se consideraba que “pese al importante papel que representa la formación universitaria en el perfeccionamiento y capacitación profesional de los jóvenes, curiosamente, este tipo de formación no se toma en consideración como objeto formativo susceptible de dar lugar a un contrato para la formación”³⁷.

A lo que se añadía que “desde el momento en que los centros universitarios pueden estar capacitados para impartir estudios propios de ciclos de formación profesional ¿por qué limitar a este tipo de especialización profesional la posibilidad de originar un contrato de esta índole? Y es que no se puede negar que en muchos supuestos, resultaría plenamente factible que un sujeto compatibilizara el desarrollo de sus estudios universitarios con la realización de una actividad laboral directamente relacionada, además, con el título universitario que pretende obtener”³⁸.

Finalmente, sin embargo, la posibilidad de que los estudiantes universitarios puedan cursar sus estudios en régimen de alternancia no ha venido de la mano de una modificación/ampliación del ámbito subjetivo del contrato para la formación y el

36. A tal efecto, en línea con lo previsto por el artículo 11.2 ET, el artículo 16.1 del Real Decreto 1529/2012 atribuye como objetivo de la actividad formativa inherente al contrato para la formación y el aprendizaje “la cualificación profesional de las personas trabajadoras en un régimen de alternancia con la actividad laboral retribuida en una empresa” y esta cualificación profesional deberá ser “la necesaria para la obtención de un título de formación profesional de grado medio o superior (...)”.

37. Vid. Selma Penalva, A.: “¿Cómo ha quedado el contrato para la formación tras las últimas reformas?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 365-366, 2014, pp. 226 y 227. A tal efecto, la autora consideraba que “pese al importante papel que representa la formación universitaria en el perfeccionamiento y capacitación profesional de los jóvenes, curiosamente, este tipo de formación no se toma en consideración como objeto formativo susceptible de dar lugar a un contrato para la formación”. En parecidos términos, Todolí Signes, A.: “La formación dual en Holanda. ¿Hacia un contrato para la formación y el aprendizaje en las Universidades?”, *Trabajo y Derecho*, núm. 36, 2017, p. 59, indicaba que “no veo razones para que el contrato para la formación y el aprendizaje se limiten a la formación profesional de primer y segundo ciclo. En mi opinión, deberían empezar a desarrollarse universidades profesionales que permitieran la formación en alternancia durante los cuatro años de grado. Consiguiendo con ello a profesionales universitarios mucho más preparados”.

38. Selma Penalva, A.: “¿Cómo ha quedado el contrato para la formación tras las últimas reformas?”, ob. cit., p. 228. La autora se cuestionaba, al respecto, si “no hubiera sido más lógico reservar el contrato para la formación para cualquiera de las situaciones en las que “no pueda concertarse un contrato en prácticas” sin someter este supuesto a más restricciones”.

aprendizaje, que permitiera incluir a este colectivo de estudiantes, sino mediante la creación de una nueva modalidad contractual formativa dirigida específicamente a este colectivo³⁹.

De conformidad con lo que se acaba de exponer, nada impide que aquellos estudiantes de formación profesional del sistema educativo, que han sido contratados mediante el contrato para la formación y el aprendizaje durante esta etapa de su formación académica, puedan acceder posteriormente al contrato para la formación dual universitaria, si pasan a cursar estudios universitarios en la modalidad de formación dual.

El contrato para la formación dual universitaria se aleja en este punto de la otra modalidad de contrato formativo prevista en el artículo 11 ET, es decir, el contrato en prácticas, que prevé que el mismo “podrá concertarse con quienes estuvieren en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, de acuerdo con las leyes reguladoras del sistema educativo vigente, o de certificado de profesionalidad de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, que habiliten para el ejercicio profesional (...)”.

Nuevamente, nos encontramos, *a priori*, ante una relación de especialización en cuanto a los destinatarios del contrato para la formación dual universitaria y el contrato en prácticas, de modo que el primero estaría reservado para la contratación de los estudiantes universitarios que se encuentran cursando esta modalidad de formación universitaria, mientras que el contrato en prácticas sería la modalidad a utilizar para la contratación de aquellos titulados recientes que ya han finalizado sus estudios universitarios, hayan sido o no cursados en modalidad dual. En otros términos, si ya se ha obtenido la titulación universitaria o se ha superado la totalidad de carga lectiva global del plan de estudios que da derecho a la obtención del referido título, al disponerse ya de esta cualificación profesional, debe formalizarse un contrato en prácticas y no un contrato para la formación dual universitaria, que tiene por objeto, precisamente, la obtención de esta cualificación profesional universitaria.

Ello no impide, sin embargo, que aquellos titulados universitarios que decidan continuar o retomar sus estudios universitarios, ya sea cursando un máster, que dé continuidad a su formación de grado, u otra titulación universitaria distinta a la cursada hasta el momento, puedan ser contratados nuevamente a través de un contrato para la formación dual universitaria, siempre claro está que dichos estudios universitarios se impartan también en modalidad de formación dual. De adoptarse una solución distinta, la titulación universitaria ya obtenida se convertiría en un elemento impeditivo para acceder al trabajo.

Esta posibilidad es análoga a la ya prevista en relación con el contrato para la formación y el aprendizaje, que admite la posibilidad de que el trabajador que ya ha

39. En esta dirección, Todolí Signes, A.: “La formación dual en Holanda. ¿Hacia un contrato para la formación y el aprendizaje en las Universidades?”, ob. cit., p. 60, ya abogaba por la necesidad de establecer un contrato de trabajo específico para la formación profesional en las universidades, que únicamente debería poder concertarse en el marco de una educación institucionalizada en las universidades.

agotado la duración del contrato y, por tanto, ha obtenido la cualificación profesional aparejada al mismo, pueda suscribir un nuevo contrato para la formación y el aprendizaje para otra actividad u ocupación y, por tanto, para poder acceder a una cualificación profesional distinta. A tal efecto, el artículo 11.2.c) ET establece que expirada la duración del contrato para la formación y el aprendizaje, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad contractual por la misma o distinta empresa “salvo que la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional”, habilitándose de este modo lo que se ha denominado como “contratos formativos de múltiples aprendizajes”⁴⁰.

De forma paralela, no debería ponerse obstáculos a la formalización de un nuevo contrato para la formación dual universitaria cuando el mismo tenga por objeto la obtención de otras cualificaciones profesionales universitarias distintas. En este último supuesto, ni tan siquiera debería impedirse que el nuevo contrato para la formación dual universitaria que tuviera por objeto la obtención de otra cualificación profesional universitaria se formalizara en la misma empresa en la que ya se había formalizado el contrato anterior, siempre, claro está, que la prestación de servicios objeto del nuevo contrato no fuera la misma y estuviera relacionada con la nueva formación universitaria recibida ahora por el trabajador.

Una cuestión no resuelta por el artículo 11.3 ET, y que convendría que fuera abordada por el futuro reglamento, es la admisibilidad o no de que el estudiante universitario que vaya a ser contratado mediante el contrato para la formación dual universitaria ya se encuentre prestando servicios laborales para la empresa contratante con anterioridad a dicha contratación, de modo que se sustituya un contrato laboral por otro, o bien, se mantengan de forma simultánea ambas contrataciones laborales, de modo que durante una parte de la jornada laboral, se desarrolla la actividad laboral como un trabajador en formación, y durante el resto de la jornada, como un trabajador ordinario o común. A tal efecto, dada la finalidad formativa del contrato para la formación dual universitaria no parece conveniente que el trabajador ocupe un puesto de trabajo que ya había ocupado o que ya venía prestando con anterioridad a su contratación a través de esta modalidad contractual.

Por lo demás, parece que lo más conveniente sería que en el seno de una misma empresa, institución o entidad pública un mismo individuo no ostentara la doble condición de trabajador en formación y de trabajador común u ordinario, puesto que ello podría redundar en perjuicio del cumplimiento de los objetivos que se persiguen con el contrato para la formación dual universitaria y, en última instancia, cuestionar el cumplimiento de la finalidad formativa de esta modalidad contractual. En caso de admitirse esta posibilidad, debe velarse de un modo especial por el adecuado cumplimiento de los objetivos perseguidos por el contrato para la formación dual universitaria y, especialmente, por la formación de calidad de los trabajadores contratados a través de esta modalidad contractual.

40. Vid. Molina Navarrete, C.: “De las “reformas laborales” a un nuevo, e irreconocible, “estatuto del trabajo subordinado”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 348, 2012, p. 48.

B. Requisitos del empresario: entidades colaboradoras que suscriban un convenio de cooperación educativa

Por lo que respecta a los requisitos que debe satisfacer el empresario, el artículo 11.3 ET únicamente requiere que se trate de una entidad colaboradora que haya suscrito un convenio de cooperación educativa con la universidad en la que el estudiante/trabajador cursa sus estudios universitarios en régimen de formación dual universitaria. En consecuencia, el contrato para la formación dual universitaria se formaliza exclusivamente entre el estudiante universitario y la entidad colaboradora, sin que la universidad adquiera la condición de empleadora.

Obsérvese a este respecto que la norma emplea a lo largo del citado artículo 11.3 ET de forma indistinta los términos de “entidades colaboradoras” y de “empresa”, como si fueran sinónimos, cuando en realidad, el primer término tiene *a priori* un alcance mucho más amplio que el segundo. Ante la falta de delimitación legal de lo que debe entenderse por entidades colaboradoras podemos acudir analógicamente a lo dispuesto por los artículos 2.2 y 7.1 del Real Decreto 592/2014 que, al referirse a las entidades colaboradoras en las que se pueden desarrollar las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, indica que dichas prácticas “podrán realizarse en la propia universidad o en entidades colaboradoras, tales como, empresas, instituciones y entidades públicas y privadas en el ámbito nacional e internacional”.

En consecuencia, de acuerdo con la propia naturaleza de la formación dual universitaria, consideramos que debe darse una interpretación lo más amplia posible a los posibles empleadores de modo que las entidades colaboradoras que podrán formalizar el contrato para la formación dual universitaria serían las empresas, instituciones y entidades públicas y privadas en el ámbito nacional e internacional. A tal efecto, lo esencial debe ser que dichas entidades colaboradoras, con independencia de su forma jurídica, sean capaces de ofrecer a estudiantes universitarios la formación en alternancia propia del contrato para la formación dual universitaria.

Más dudas suscita, por el contrario, la posibilidad de que las propias universidades en las que el estudiante cursa sus estudios universitarios en la modalidad de formación dual universitaria puedan ser consideradas entidades colaboradoras y, en consecuencia, proceder a la formalización del contrato para la formación dual universitaria. No olvidemos que las universidades acreditan una larga tradición de incorporar a sus servicios a estudiantes mediante becas de colaboración, prácticas no laborales, etcétera⁴¹. A tal efecto, el tenor literal del artículo 11.3 ET parece excluir dicha posibilidad, en tanto que establece que dicho contrato se formalizará “en el marco de los convenios de cooperación educativa suscritos por las universidades con las entidades colaboradoras”, lo que parece exigir la participación de una entidad externa a la propia universidad.

41. Sobre esta realidad y la problemática que la misma suscita vid. Molina Hermosilla, O.: “Becas de formación convocadas por las universidades: ¿una contribución efectiva a la formación práctica de sus estudiantes? Análisis y propuestas para una adecuada regulación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, pp. 66-83.

No debe olvidarse al respecto que, aunque las prácticas académicas externas pueden realizarse en la propia universidad en la que se cursan los estudios universitarios, el tenor literal del artículo 2.2 del Real Decreto 592/2014 no permite considerarlas como entidades colaboradoras, no en vano, en dicho precepto se indica que las prácticas podrán realizarse alternativamente “en la propia universidad o en entidades colaboradoras”. En consecuencia, la universidad en la que el estudiante cursa sus estudios no es considerada como entidad colaboradora y, por tanto, no se prevé que suscriba como tal el convenio de cooperación educativa, lo cual, por otra parte, no tendría sentido, puesto que en estos supuestos la universidad ocuparía las dos partes del convenio. No cabe duda que esta deberá ser una de las cuestiones que aclare el futuro desarrollo reglamentario de esta modalidad contractual.

Más allá de la delimitación de lo que debe entenderse por entidades colaboradoras, lo que realmente habilita a las mismas para formalizar el contrato para la formación dual universitaria y, por tanto, para ocupar la posición de empresario laboral, es que las mismas hayan suscrito un convenio de cooperación educativa con la universidad en la que el estudiante que va a ser contratado mediante esta modalidad contractual cursa sus estudios universitarios en modalidad de formación dual. En consecuencia, ninguna empresa u otra entidad pública o privada podrá formalizar un contrato para la formación dual universitaria si no ha suscrito previamente un convenio de cooperación educativa con la respectiva universidad. Esta exigencia es muy importante, puesto que garantiza una cierta supervisión por parte de la universidad de los contratos para la formación dual universitaria y, en última instancia, la adecuación de estos contratos a la normativa. Por ello, se debe ser muy exigente con las universidades para que ejerzan con rigor y responsabilidad esta supervisión y control e, incluso, deberían preverse mecanismos de exigencia de responsabilidades a las mismas cuando no cumplan adecuadamente con esta función.

Fijada esa exigencia, sin embargo, el artículo 11.3 ET no contiene ningún desarrollo sobre los términos de este convenio de cooperación educativa, por lo que nuevamente habrá que estar a lo que disponga el correspondiente desarrollo reglamentario sobre esta trascendental cuestión. En todo caso, este convenio deberá establecer el marco regulador de las diferentes relaciones que como consecuencia de la formalización del contrato para la formación dual universitaria surgen entre los distintos sujetos que participan, a saber, el estudiante/trabajador, la entidad colaboradora y la universidad en la que se cursan los estudios universitarios en régimen de formación dual. A tal efecto, la formalización y el contenido de este convenio debe jugar un papel fundamental en el desarrollo del contrato para la formación dual universitaria y, en particular, debe configurarse como el principal garante de que esta modalidad contractual cumpla con su función formativa y de mejora de la empleabilidad de los estudiantes universitarios contratados mediante esta modalidad contractual y no se convierta en una vía de obtención de mano de obra precaria.

Como ya se ha anticipado, corresponderá al desarrollo reglamentario del artículo 11.3 ET establecer el contenido mínimo del convenio de cooperación educativa suscrito entre las universidades y las entidades colaboradoras, dentro del cual, sin lugar a

dudas, deberá corresponder un papel trascendental al proyecto formativo, que debe configurarse como el instrumento básico para garantizar que el contrato para la formación dual universitaria tenga como finalidad principal contribuir a la formación de los estudiantes universitarios contratados. A tal efecto, la formación dispensada a través del contrato para la formación dual universitaria debe responder a un plan de formación previamente preestablecido que contenga tanto los objetivos formativos que se pretenden satisfacer mediante esta contratación, como las diversas actividades formativas y laborales que como consecuencia de dichos objetivos se deberán realizar.

Una vez formalizado el correspondiente convenio de cooperación educativa entre la universidad y la entidad colaboradora, esta última podrá formalizar contratos para la formación dual universitaria sin ninguna limitación cuantitativa, puesto que el artículo 11.3 ET no contiene ninguna previsión relativa a la limitación del número de contratos de esta tipología que se pueden realizar por una misma entidad colaboradora.

A tal efecto, el número máximo de contratos para la formación dual universitaria debería estar en íntima y estrecha relación con el tamaño de la plantilla, vinculándose de este modo el número máximo de contratos a realizar con las posibilidades formativas reales de la empresa. En este punto, al depender el éxito de la finalidad formativa de esta modalidad contractual de que a los trabajadores contratados se les preste una adecuada atención individualizada, fundamentalmente por lo que respecta a la formación de carácter más práctico, resultaría plenamente justificado que la ley o, en su caso, el desarrollo reglamentario de la misma, estableciera un límite máximo del número de contratos para la formación dual universitaria en atención a la plantilla de la empresa⁴².

Por este motivo, llama especialmente la atención que la regulación legal del contrato para la formación dual universitaria no haya incorporado ninguna previsión en relación al número máximo de contratos para la formación dual universitaria que pueden formalizarse, de lo que cabe deducir *a priori* que las empresas podrán realizar tantos contratos de esta índole como estimen oportuno, poniéndose en cuestión de este modo la finalidad formativa de esta modalidad contractual que con la previsión de un límite máximo de contratos a formalizar en atención al tamaño de la plantilla quedaría más asegurada.

En este contexto, aún cabría plantearse si la limitación del número máximo de contratos de esta tipología que pueden formalizarse por una misma empresa podría venir fijado por la negociación colectiva. La ausencia de previsión legal al respecto, sin embargo, parece excluir la posibilidad de que estos límites puedan venir fijados por vía de la negociación colectiva, no en vano, ello podría suponer una limitación al derecho a la formación y al trabajo de los estudiantes que pretenden cursar la formación dual universitaria. A tal efecto, este ha sido el criterio adoptado por el Tribunal Supremo en relación con el contrato para la formación y el aprendizaje⁴³.

42. En relación con el contrato para la formación y el aprendizaje *vid.* Cabeza Pereiro, J.: "Sobre los contratos formativos a la vista de la reforma de 2010", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 24, 2011, p. 15.

43. *Vid.* Moreno Gené, J.: "La nulidad de las cláusulas convencionales limitativas del número de contratos para la formación y el aprendizaje. A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2018", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019, pp. 435-456.

V. RETRIBUCIÓN DEL TRABAJADOR CONTRATADO PARA LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA: ¿UN SALARIO A LA BAJA?

Tras indicarse que la materia retributiva también deberá ser objeto de desarrollo reglamentario, el artículo 11.3 ET establece que la retribución del trabajador contratado “se fijará en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo, sin que en ningún caso sea inferior al salario mínimo interprofesional”. Esta previsión se asemeja, aunque con algún matiz, a la recogida en el artículo 11.2.g) ET en relación con la retribución del trabajador contratado en formación y aprendizaje, respecto a la que se prevé que “se fijará en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo. En ningún caso, la retribución podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo”.

A partir de este enunciado se desprende que la regulación de la retribución correspondiente al trabajador vinculado mediante el contrato para la formación profesional dual universitaria prevé una remisión de esta materia a la negociación colectiva, si bien, la condiciona a que la misma se fije en proporción al tiempo de trabajo efectivo. En otros términos, el convenio colectivo a la hora de fijar la retribución correspondiente a este colectivo deberá tomar en consideración que una parte de la jornada de trabajo se dedica a actividades formativas y otra parte a actividad laboral retribuida en una empresa, no siendo retribuido, por tanto, el tiempo dedicado a las primeras.

Si se extienden analógicamente al contrato para la formación dual universitaria las opciones adoptadas por la negociación colectiva a la hora de fijar la retribución correspondiente a los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje, pueden identificarse diferentes posibilidades. A tal efecto, se identifican cláusulas convencionales que siguen la fórmula de salario mínimo interprofesional, operando de forma más o menos generosa en función de si se descuentan o no las horas dedicadas a formación; cláusulas convencionales que extienden a los trabajadores en formación el salario que percibe un trabajador ya formado de su grupo profesional, si bien con algunas modulaciones; cláusulas convencionales que aplican el salario que corresponde al último grupo profesional; etcétera⁴⁴.

Tal vez, la mejor opción sería que la referencia salarial del convenio al colectivo de trabajadores para la formación dual universitaria se efectuara en función del sistema de clasificación profesional aplicable en la empresa, de modo que el salario del trabajador se estableciera tomando dicha referencia en proporción al tiempo de trabajo efectivo⁴⁵.

44. Un estudio exhaustivo de estas y otras opciones por las que se inclina la negociación colectiva en Muñoz, A. B.: “Buenas prácticas relativas a la formación dual en la negociación colectiva”, ob. cit.

45. A tal efecto, en relación con el contrato para la formación y el aprendizaje, Mercader Uguina, J. R.: “Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto-ley 14/2011, de 16 de septiembre”, ob. cit., p. 75, considera que lo que no resulta posible es excluir a los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje del convenio colectivo, fijando de manera unilateral y uniforme el salario de estos trabajadores de acuerdo con el salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

La regulación de la retribución del trabajador contratado para la formación dual universitaria incorpora, sin embargo, un importante límite a la autonomía colectiva en la medida que se establece que la retribución fijada por la misma, en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional.

Este enunciado se aleja del previsto en el artículo 11.2.g) ET para el contrato para la formación y el aprendizaje que si bien, también establece que en ningún caso la retribución podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional, añade la expresión “en proporción al tiempo de trabajo efectivo”. El hecho de que el artículo 11.3 ET no contemple de forma expresa esta salvedad respecto al contrato para la formación dual universitaria plantea la cuestión de si el trabajador tendrá derecho en todo caso a percibir el salario mínimo interprofesional con independencia del tiempo de trabajo efectivo.

En este punto, cabe recordar que la regulación del anterior contrato en formación introducida en su momento por el Real Decreto-ley 10/2010 y mantenida posteriormente por la Ley 35/2010, rompiendo con la tradición anterior, pasó a fijar una retribución mínima para el trabajador en formación distinta para el primer y el segundo año de vigencia del contrato. A tal efecto, siendo la retribución del trabajador contratado para la formación durante el primer año la fijada en convenio colectivo, la misma no podía ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo, mientras que, durante el segundo año, la retribución fijada en convenio colectivo no podría ser en ningún caso inferior al salario mínimo interprofesional, con independencia del tiempo dedicado a la formación teórica⁴⁶.

Ello suponía que el tiempo dedicado a la formación únicamente fuera relevante a efectos de determinar la retribución efectiva durante el primer año. La justificación de este nuevo régimen retributivo radicaba, con toda probabilidad, en la consideración de que una vez superado el primer año del contrato de formación, el componente formativo cede protagonismo ante el mayor rendimiento productivo del trabajador y ello debe verse correspondido y materializado de algún modo en la retribución⁴⁷.

La actual regulación del contrato para la formación y el aprendizaje, como ya se ha anticipado, volvió a establecer una retribución mínima común para todos los trabajadores contratados mediante esta modalidad contractual, con independencia de que se encuentren en la primera, segunda o tercera anualidad del contrato, estableciéndose al respecto que esta retribución en todos estos casos no podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Ya no se garantiza, por tanto, que durante el segundo y tercer año de contratación el trabajador perciba una cantidad mínima igual al salario mínimo interprofesional, de modo que es

46. Vid. Moreno Gené, J.: *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*, ob. cit., p. 128 y ss.

47. Vid. Fernández Márquez, O. y Martínez Moreno, C.: “Medidas para fortalecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas”, en Monereo Pérez, J. L.; Fernández Avilés, J. A. y Triguero Martínez, L. Á. (dirs. y coords.): *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada, 2011, p. 350 y Vila Tierno, F.: “El contrato para la formación”, en Monereo Pérez, J. L. (dir.) y Serrano Falcón, C. (coord.): *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2010, p. 129.

posible y ciertamente probable que el mismo acabe recibiendo durante la segunda y tercera anualidad de vigencia del contrato una retribución inferior al salario mínimo interprofesional, siempre que esta reducción del salario mínimo interprofesional sea proporcional al tiempo dedicado a las actividades formativas.

No cabe duda que la interpretación de que el salario a percibir por el trabajador contratado para la formación dual universitaria no pudiera ser inferior al salario mínimo interprofesional, con independencia del tiempo de trabajo efectivo, supondría una importante garantía salarial para dichos trabajadores, pero, sin lugar a dudas, haría esta modalidad contractual menos atractiva para los empresarios. Nuevamente, habrá que esperar al desarrollo reglamentario de esta modalidad contractual para conocer el auténtico alcance de esta previsión.

VI. PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJADOR CONTRATADO PARA LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA

El artículo 11.3 ET, con idéntico redactado que el contenido en el artículo 11.2.h) ET respecto al contrato para la formación y el aprendizaje, establece que “la acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación dual universitaria comprenderá todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo. Asimismo, se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial”.

La acción protectora de la Seguridad Social prevista para esta modalidad contractual es idéntica, por tanto, a la dispensada para el contrato para la formación y el aprendizaje, que rompiendo con una larga tradición en esta materia ha visto ampliada la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social a los trabajadores contratados en formación incluyendo también la hasta ese momento excluida protección por desempleo, lo que ha venido a suponer la práctica equiparación de este colectivo al resto de trabajadores en materia de acción protectora de la Seguridad Social⁴⁸.

Sin lugar a dudas, el acceso a la protección por desempleo de los trabajadores contratados mediante el contrato para la formación y el aprendizaje y ahora también mediante el contrato para la formación dual universitaria contribuye a dignificar estas modalidades contractuales y, por extensión, a hacerlas más atractivas para los trabajadores⁴⁹.

Por lo demás, el tratamiento dispensado a los trabajadores vinculados mediante un contrato para la formación dual universitaria en ningún caso debería ser otro

48. Vid. Moreno Gené, J.: *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*, ob. cit., pp. 136 y ss.

49. Vid. Fernández Márquez, O. y Martínez Moreno, C.: “Medidas para fortalecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas”, ob. cit., p. 351. Vid. también, Lahera Forteza, J.: “La reforma de la contratación laboral”, en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dir.): *La reforma del mercado de trabajo*, La Ley, Madrid, 2011, p. 119; Gárate Castro, J.: “La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2011; y Cabeza Pereiro, J.: “Sobre los contratos formativos a la vista de la reforma de 2010”, ob. cit., p. 18.

distinto, no en vano, no se observa ninguna razón objetiva que justifique un sistema de protección menor para este colectivo, salvo que se admita que la opción del legislador por dispensar a este colectivo una protección social menor encontraría su justificación en la configuración de esta modalidad contractual como una medida activa de empleo que se apoya en la reducción a favor del empresario de los costes laborales del trabajador⁵⁰.

La acción protectora prevista para el contrato para la formación dual universitaria se distancia de este modo claramente de la prevista para los estudiantes universitarios que desarrollan prácticas académicas externas por las que perciben algún tipo de contraprestación económica⁵¹, cuya acción protectora se desprende del artículo 3 del Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social (en adelante, Real Decreto 1493/2011), según el cual, “la acción protectora, por lo que respecta al colectivo a que se refiere este real decreto, será la correspondiente al Régimen General de la Seguridad Social, con la única exclusión de la protección por desempleo”. Esta limitación de la acción protectora que corresponde a los estudiantes universitarios que desarrollan las prácticas académicas externas por las que perciben algún tipo de contraprestación económica es posible en la medida en que a pesar que el artículo 155.2 TRLGSS prevé con carácter general el alcance de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, se admite que en relación con las inclusiones en dicho régimen por asimilación a los trabajadores por cuenta ajena, sea la propia norma en la que se disponga tal asimilación la que determine el alcance de la protección otorgada. Pues bien, en uso de esta facultad, se ha limitado la protección social de los estudiantes universitarios que desarrollan las prácticas académicas externas por las que perciben algún tipo de contraprestación económica, excluyéndolos de la protección por desempleo. *A sensu contrario*, la acción protectora de los estudiantes universitarios que desarrollan las prácticas académicas externas por las que perciben algún tipo de contraprestación económica sí comprende el resto de prestaciones dispensadas por el Sistema de Seguridad Social⁵².

50. En esta dirección, Vila Tierno, F.: “El contrato para la formación”, ob. cit., p. 363, indicaba en relación con la privación en los contratos para la formación de la protección por desempleo que “nos encontrábamos ante una reducción del régimen de protección del trabajador, que parece que únicamente encontraba justificación como medida activa de empleo, que opta por la reducción de los costes. Pero, aunque el art. 41 CE permita una configuración flexible de la prestación por desempleo, lo que no parece es acorde con el principio de igualdad del art. 14 CE, por no existir justificación objetiva y razonable suficiente para dejar a este colectivo precario, y no a otro, en una clara situación de desigualdad. Es por ello de agradecer la reforma operada en el sentido citado”.

51. Vid. Guindo Morales, S. y Ortega Lozano, P.: “El régimen jurídico de seguridad social de las prácticas remuneradas y de las prácticas no remuneradas: la nueva obligación de cotizar en ambos regímenes como sujetos asimilados a trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019, pp. 357- 393.

52. Vid. Moreno Gené, J.: *Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Aspectos jurídico-laborales y de seguridad social*, ob. cit., p. 152 y ss.

No cabe duda que la falta de protección frente a la situación de desempleo de los estudiantes universitarios que desarrollan prácticas académicas externas por las que perciben algún tipo de contraprestación económica constituye la principal peculiaridad por lo que respecta a la acción protectora dispensada a este colectivo, diferenciándolos de los trabajadores por cuenta ajena integrados en el Régimen General de la Seguridad Social, incluidos ahora los trabajadores contratados mediante el contrato para la formación dual universitaria, que, como acaba de exponerse, sí se encuentran protegidos frente a esta contingencia. El fundamento de esta exclusión parte de la consideración de que las prestaciones de desempleo son sustitutivas de rentas salariales y en que no hay situación legal de desempleo aplicable a los estudiantes universitarios que desarrollan las prácticas académicas externas. Es decir, si los estudiantes universitarios que desarrollan las prácticas académicas externas no reciben propiamente un salario, mal puede corresponderles una prestación sustitutiva de dicho salario y si la finalización de las prácticas no constituye la extinción de una relación laboral mal puede configurar una situación legal de desempleo.

Por lo demás, nada se prevé en relación con el régimen jurídico de cada una de estas prestaciones que corresponden a los trabajadores contratados mediante el contrato para la formación profesional dual universitaria, es decir, requisitos, contenido, cuantía y dinámica de la prestación, régimen de compatibilidades e incompatibilidades, etcétera, de modo que deberán aplicarse las normas generales previstas en la Ley General de la Seguridad Social y normativa de desarrollo.

A pesar de las previsiones introducidas en relación con la protección social del trabajador contratado para la formación dual universitaria, no creemos que pueda afirmarse con rotundidad que el tratamiento dispensado en materia de protección social a este colectivo de trabajadores en formación vaya a equipararse plenamente al del resto de trabajadores ordinarios, puesto que probablemente aún vayan a existir importantes especialidades en materia de cotización que inevitablemente repercutirán en la cuantía más reducida de las prestaciones a las que los trabajadores contratados mediante esta modalidad contractual van a tener derecho⁵³. Recuérdese en este punto las tradicionales reglas de cotización de los trabajadores contratados para la formación y el aprendizaje, que probablemente se van a extender al contrato para la formación dual universitaria, y que se reflejan posteriormente en la muy baja base reguladora que corresponde a este colectivo a la hora de calcular las prestaciones correspondientes.

Pese a estas críticas, no cabe duda que debe valorarse positivamente el tratamiento dispensado al contrato para la formación dual universitaria por cuanto la toma en consideración de las cotizaciones para el acceso a futuras prestaciones permitirá acreditar, en su caso, los periodos de carencias exigidos en cada caso por la norma.

53. Ojeda Avilés, A. y Gorelli Hernández J.: *Los contratos de trabajo temporales*, Iustel, Madrid, 2006, p. 370, consideran en relación con el contrato para la formación y el aprendizaje que este modo de cálculo de las prestaciones sitúa a estos trabajadores en una situación de infraprotección, puesto que supone una notoria disminución de las cuantías de las prestaciones que les corresponden.

Esta toma en consideración de las cotizaciones para el acceso a futuras prestaciones se muestra especialmente relevante en relación con la pensión de jubilación, no en vano, el innegable endurecimiento del acceso a la pensión de jubilación que está teniendo lugar en los últimos años y que con toda seguridad se intensificará en el futuro, ha supuesto que determinados colectivos, en función de sus características o condiciones personales o en razón al tipo de actividad desarrollada en determinados períodos de su vida profesional, puedan tener a partir de ahora mayores dificultades para completar los períodos de cotización exigidos para acceder a la misma⁵⁴. Entre estos colectivos se encuentran sin ninguna duda todas aquellas personas, habitualmente jóvenes, que participan en programas de formación, entre los cuales se encuentran ahora también los estudiantes universitarios contratados para la formación dual universitaria.

En esta dirección, resulta evidente que “es un hecho contrastado que el período de actividad laboral de una parte relevante de la población ha disminuido en los últimos años de forma progresiva (...) porque los años de formación y de estudio de los jóvenes se han prolongado. Por esta razón, su acceso al mercado de trabajo se ha retrasado en relación con la edad a la que era habitual su incorporación en pasadas generaciones”⁵⁵. No cabe duda, que la contratación laboral de los estudiantes que cursen la formación dual universitaria debe contribuir a mitigar estos efectos tan negativos, puesto que permitirá acreditar como tiempo cotizado el tiempo que los mismos han sido contratados mediante esta modalidad contractual.

VII. ASPECTOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA PENDIENTES DEL IMPRESCINDIBLE DESARROLLO REGLAMENTARIO

Más allá del elemento esencial de la retribución que corresponde al contrato para la formación dual universitaria, cuya fijación, como ya se ha indicado, se deja en manos del futuro desarrollo reglamentario, así como de la negociación colectiva, muchos otros aspectos del régimen jurídico de esta modalidad contractual no quedan definidos por el artículo 11.3 ET y, por tanto, cabe suponer que serán fijados en su momento por el consabido desarrollo normativo de dicho precepto. Nos referimos a elementos tan significativos del régimen jurídico de cualquier modalidad contractual como son la forma del contrato, el periodo de prueba, su duración y régimen de prórrogas, la jornada de trabajo, el régimen extintivo, etcétera.

54. Vid. sobre la importancia de esta cuestión, *vid.* De la Puebla Pinilla, A.: “La lenta inclusión de los becarios en el sistema de la Seguridad Social y otras novedades de la Ley 27/2011 (El convenio especial, la enmienda telefónica y la prestación de servicios domésticos a través de empresas”, en García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. R. (dirs.): *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 327.

55. *Vid.* De la Puebla Pinilla, A.: “La lenta inclusión de los becarios en el sistema de la Seguridad Social y otras novedades de la Ley 27/2011 (El convenio especial, la enmienda telefónica y la prestación de servicios domésticos a través de empresas”, *ob. cit.*, p. 328.

En este punto, en tanto que llegue el desarrollo reglamentario de esta modalidad contractual, podría tenerse la tentación de aplicar al contrato para la formación dual universitaria de forma automática las previsiones fijadas para los otros contratos formativos regulados en el artículo 11 ET, especialmente, las previstas para el contrato para la formación y aprendizaje, con el que, sin lugar a dudas, el contrato para la formación dual universitaria guarda mayores similitudes. En todo caso, considero que hay que ser especialmente cauteloso al respecto, no en vano, a pesar de las similitudes entre ambas modalidades contractuales, también son importantes las divergencias que las separan, empezando por el hecho de que en el contrato para la formación dual universitaria parece prevalecer con mayor intensidad la función formativa, mientras que en el contrato para la formación y el aprendizaje cobra gran importancia junto a esta función formativa una función de fomento del empleo. Por ello, no se pueden aplicar de forma generalizada al contrato para la formación dual universitaria las previsiones dirigidas al contrato para la formación y el aprendizaje, sino que deberá analizarse, materia por materia, la posible aplicación analógica de dichas previsiones.

Por lo demás, no parece que pueda aplicarse al contrato para la formación dual universitaria la regulación prevista para las prácticas académicas externas, no en vano, pese a compartir con éstas un indudable componente formativo, dichas prácticas universitarias, como ya se ha anticipado, no reciben la consideración de relaciones laborales y, en consecuencia, no resulta de aplicación a las mismas la íntegra tutela laboral y de seguridad social prevista para los trabajadores que, sin lugar a dudas, sí debe extenderse al contrato para la formación dual universitaria.

Más allá de este incierto panorama, sin embargo, aún es posible anticipar por donde puede ir el futuro desarrollo reglamentario de algunos de los aspectos más básicos del régimen jurídico-laboral del contrato para la formación dual universitaria.

Por lo que respecta a la forma del contrato para la formación dual universitaria, siguiendo la estela de los otros contratos formativos previstos en el artículo 11 ET, lo más probable es que el mismo deba formalizarse por escrito y en modelo oficial. Por lo demás, es muy probable que deban adjuntarse al contrato los anexos relativos a los acuerdos de actividad formativa que se establezcan, con la finalidad de garantizar el adecuado cumplimiento de la finalidad formativa definidora de esta modalidad contractual. Por lo demás, el empresario tendrá la obligación de comunicar la formalización y, en su caso, extinción, de los contratos para la formación dual universitaria y sus anexos al Servicio Público de Empleo correspondiente en el plazo de diez días desde la fecha de formalización o finalización de los mismos (art. 8.3 ET), así como cumplir con las obligaciones genéricas de información a los representantes de los trabajadores previstas en el artículo 8.4 ET. Esta última previsión debe conseguir que los representantes de los trabajadores puedan controlar la adecuación de los contratos para la formación dual universitaria que se vayan a formalizar a la legalidad vigente. De conformidad con las estrictas obligaciones formales indicadas, lo más probable es que se prevea que se presuman celebrados por tiempo indefinido y a jornada completa los contratos para la formación dual universitaria que no cumplan

con las exigencias de formalización escrita, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal.

Por lo que respecta al periodo de prueba, son dos las posibles opciones disponibles para el futuro desarrollo reglamentario, a saber: la opción del contrato en prácticas, consistente en fijar una regulación expresa de esta materia, dirigida a reducir la duración del periodo de prueba, o la adoptada por el contrato para la formación y el aprendizaje, que efectúa una remisión completa de la materia a la regulación general del período de prueba prevista en el artículo 14 ET, sin introducir ninguna adaptación de la misma, especialmente por lo que respecta a la duración, en atención a la especial naturaleza del contrato. La naturaleza formativa del contrato para la formación dual universitaria aconsejaría un tratamiento específico de esta materia.

Por lo que respecta a la duración del contrato para la formación dual universitaria, resulta especialmente llamativo que la regulación legal no contenga ninguna previsión expresa al respecto, ni tan siquiera para remitir la regulación de esta materia al futuro desarrollo reglamentario. Pese a ello, resulta evidente que la naturaleza formativa del contrato para la formación dual universitaria obliga a que dicha modalidad contractual tenga un carácter temporal, no en vano, la cualificación profesional del trabajador contratado debe alcanzarse en un período de tiempo determinado. A tal efecto, una duración excesivamente dilatada del contrato para la formación dual universitaria supondría abandonar la finalidad formativa del contrato a favor de otras finalidades distintas. A su vez, una duración demasiado breve del referido contrato podría dificultar que se satisficiera la finalidad formativa del mismo. En este contexto, lo lógico sería que dicha modalidad contractual pudiera extenderse a lo largo del transcurso de los estudios universitarios⁵⁶.

Por todo ello, parece que debería fijarse una duración máxima y mínima del contrato para la formación dual universitaria, que debería conectarse, en todo caso, con lo previsto en los planes de estudio mediante los que se implanta la formación dual universitaria. En todo caso, tal vez resultaría más eficaz que esta modalidad contractual se configurara como un contrato de trabajo sometido a la condición de obtener la competencia o cualificación objeto del contrato y, en su caso, la obtención de la titulación correspondiente.

De acuerdo con esta configuración de la duración del contrato para la formación dual universitaria, es de prever que el desarrollo reglamentario establezca que en caso de que el contrato se concierte por una duración inferior a la máxima establecida, el mismo debería poder prorrogarse hasta la duración máxima prevista para el contrato, siempre, claro está, que se prorrogue también la actividad formativa asociada a esta modalidad contractual.

Por lo que respecta a la jornada de trabajo, aunque el contrato para la formación dual universitaria no pueda definirse como un contrato a tiempo parcial, la prestación laboral siempre se efectuará en un tiempo inferior a un contrato ordinario formalizado

56. En esta dirección, Todolí Signes, A.: "La formación dual en Holanda. ¿Hacia un contrato para la formación y el aprendizaje en las Universidades?", *ob. cit.*, p. 60, proponía que la duración de este contrato debería tener una duración temporal, con un inicio y una finalización que debería coincidir con los estudios de grado a los que se aspira.

a tiempo completo, conforme a la distribución de la jornada de trabajo entre formación y trabajo efectivo propia de esta modalidad contractual. Esta necesaria alternancia entre actividad laboral retribuida y la actividad formativa consustancial al contrato para la formación dual universitaria hace conveniente que se fijen unas pautas para la distribución del período de tiempo que se dedica a cada una de estas actividades. En este punto, la regulación de esta materia en el contrato para la formación dual universitaria debería encontrar el equilibrio adecuado entre el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo dedicado a las actividades formativas del trabajador. A tal efecto, debe garantizarse que el trabajo efectivo sea compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas. En consecuencia, la duración del tiempo de trabajo efectivo deberá respetar en todo caso el tiempo necesario para satisfacer las necesidades formativas reales del objeto del contrato para la formación dual universitaria, de modo que el trabajo efectivo del trabajador no puede ser de una intensidad tal que prevalezca sobre sus actividades formativas, postergándolas a un segundo plano.

A partir de estas premisas, la formación dual universitaria debería poder organizarse, alternando una parte de la jornada en la universidad y otra parte de la jornada en la entidad colaboradora, o bien, alternando periodos intensivos en la universidad y en la entidad colaboradora –unos días de la semana en la universidad y otros días en la empresa o varias semanas o meses en la universidad y otras semanas o meses en la empresa–. En todo caso, lo preferible sería que se alternara durante la vigencia del contrato la formación en la universidad y en la entidad colaboradora, sin que sea conveniente concentrar toda la formación académica en la universidad al inicio o al final de la duración del contrato⁵⁷.

Finalmente, por lo que respecta a la extinción del contrato para la formación dual universitaria, tratándose de un contrato de naturaleza temporal, no cabe duda que una de las vías más habituales de extinción de esta modalidad contractual será por su cumplimiento, en particular, por la expiración del tiempo convenido. En este punto, parece que deberán aplicarse a este supuesto las reglas generales en virtud de las cuales, en estos supuestos la extinción del contrato requiere denuncia previa de alguna de las partes, la cual deberá ser notificada a la otra parte con una antelación mínima de quince días a su terminación, siempre que el contrato tenga una duración superior a un año. En el caso que la empresa incumpla el plazo señalado de preaviso, deberá indemnizar al trabajador con una indemnización equivalente al salario correspondiente a los días en que dicho plazo se haya incumplido.

Cabe prever, también, que de conformidad con el artículo 49.1.c) ET, al tratarse el contrato para la formación dual universitaria de una modalidad de contrato formativo, la extinción del mismo no va a comportar derecho a recibir indemnización alguna, salvo que por negociación colectiva se disponga otra cosa⁵⁸.

57. Todolí Signes, A.: “La formación dual en Holanda. ¿Hacia un contrato para la formación y el aprendizaje en las Universidades?”, ob. cit., p. 60.

58. *Vid.* en relación con el contrato para la formación y el aprendizaje Muñoz, A. B.: “Buenas prácticas relativas a la formación dual en la negociación colectiva”, ob. cit., recuerda que “algunos convenios estipulan una suerte de indemnización impropia para este colectivo”.

Puede ocurrir, sin embargo, que una vez cumplido el tiempo convenido la persona contratada para la formación dual universitaria continúe prestando sus servicios en la empresa. En este punto, podrá acudirse al artículo 49.1.c) ET, que prevé que “los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos (...) para la formación, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios”. Es decir, en estos supuestos y al margen de la voluntad de las partes, tiene lugar una prórroga automática del contrato hasta el plazo máximo legal o convencionalmente previsto.

También puede suceder que cumplido el plazo máximo legal o convencionalmente previsto para el contrato para la formación dual universitaria el trabajador contratado continúe prestando sus servicios. Nuevamente podrá acudirse al artículo 49.1.c) ET para resolver estos supuestos, que a tal efecto prevé que “expirada dicha duración máxima (...) si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación”. En estos supuestos, por tanto, se prevé el efecto de la transformación del contrato en indefinido, admitiéndose, sin embargo, que se pueda acreditar la naturaleza temporal de la prestación.

La aplicación de estas reglas generales de los contratos temporales al contrato para la formación dual universitaria, sin embargo, no deja de plantear importantes problemas de encaje, no en vano, si el objeto de esta modalidad contractual es la obtención de una cualificación profesional, no puede entenderse que el contrato suscrito inicialmente pueda verse prorrogado automáticamente o tácitamente convertido en indefinido sin tomar en consideración en absoluto la cualificación profesional asociada al mismo. En otros términos, cabe plantearse si se podría prorrogar el contrato o transformarse en indefinido si ya se ha obtenido la cualificación profesional objeto del contrato⁵⁹.

Pese a ello, aún es probable que el desarrollo reglamentario del contrato para la formación dual universitaria contemple otros supuestos habituales de conversión de los contratos temporales en indefinidos. En primer lugar, cuando no se hubiesen observado las exigencias de formalización escrita; en segundo lugar, cuando las personas

59. En parecidos términos, en relación con el contrato para la formación y el aprendizaje Apilluelo Martín, M.: *El contrato para la formación y el aprendizaje. La cualificación profesional como factor clave*, ob. cit., p. 149, indica que “[s]i el legislador establece que el objeto del contrato es la obtención de una cualificación profesional y por tanto la plena correspondencia causal temporal de este contrato, ello implica que la duración inicial del contrato debe guardar relación directa con la duración de la formación necesaria para la obtención de aquella cualificación. No se puede entender esta consecuencia jurídica tras la falta de denuncia del contrato para la formación. En última instancia sería una prórroga obligada que debería tener el mismo objeto y causa que las prórrogas voluntarias. A este respecto, el propio contrato inicial debería contener indicación precisa acerca del objeto de la posible prórroga o prórrogas que, en cualquier caso, deberían estar relacionadas únicamente con posibles fracasos de cumplimiento del objeto inicial, es decir, serían prórrogas sujetas exclusivamente al desarrollo y cumplimiento del objeto formativo. Y, es que, el sistema de prórrogas voluntarias o por ministerio de la ley por falta de denuncia puede permitir que la formación necesaria para la obtención de la competencia o cualificación profesional sea de cumplimiento imposible por haber ya concluido”.

contratadas no hayan sido dadas de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el periodo de prueba; y, finalmente, cuando estos contratos se celebren en fraude de ley.

Por lo que respecta a este último supuesto, no cabe duda que el principal supuesto de fraude de ley en la formalización del contrato para la formación dual universitaria deberá vincularse al incumplimiento de la finalidad formativa de esta modalidad contractual. A tal efecto, como acertadamente se ha puesto de manifiesto en relación a los otros contratos formativos, cuando la empresa no los emplea adecuadamente, pretendiendo valerse de los mismos con el exclusivo y desviado propósito de dar cobertura a una serie de relaciones laborales que no responden al diseño institucional de estas modalidades de contratación, aprovechándose de las ventajas y facilidades que la ley vincula a las mismas, se aparta del objetivo para los que fueron instituidos, de modo que se trata de contratos que materialmente no son formativos, sino que deben considerarse efectuados en fraude de ley⁶⁰.

Por el contrario, no resulta aplicable al contrato para la formación dual universitaria la regla de adquisición de la condición de trabajador fijo por encadenamiento de contratos temporales prevista en el artículo 15.5 ET. A tal efecto, dicho precepto establece de forma expresa que “lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos (...)”, entre los que ahora cabe incluir al contrato para la formación dual universitaria.

Más allá de las previsiones que se acaban de efectuar sobre el posible contenido del desarrollo reglamentario del contrato para la formación dual universitaria, no puede olvidarse que también corresponderá desarrollar un papel fundamental en la delimitación del régimen jurídico de esta modalidad contractual a la negociación colectiva, no en vano, aunque el artículo 11.3 ET únicamente prevea la intervención expresa de los convenios colectivos en materia retributiva, la experiencia existente en relación a las otras modalidades de contratos formativos y, en especial, al contrato para la formación y el aprendizaje, hacen prever que la negociación colectiva jugará un papel determinante en relación con otros aspectos básicos del régimen jurídico de esta modalidad contractual, como son, por ejemplo, la fijación de los puestos de trabajo idóneos para ser cubiertos mediante el contrato para la formación dual universitaria, la jornada de trabajo, el régimen de permisos y licencias, la extinción del contrato, etcétera⁶¹.

Asimismo, como ya se ha anticipado, también resultan de aplicación a esta modalidad contractual las previsiones contenidas en el artículo 11.4 ET y, en consecuencia, la remisión que en dicho precepto se efectúa a la negociación colectiva en lo concerniente a la fijación de criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos. En este punto, tanto a nivel educativo como a nivel laboral, deben tomarse todas las medidas necesarias para poner coto a la brecha actualmente existente entre titulaciones

60. Vid. Albiol Montesinos, I: *Contratos formativos: prácticas y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 9.

61. Vid. Calvo Gallego, J.: “Notas sobre el contrato para la formación universitaria dual”, ob. cit.

universitarias feminizadas (ciencias de la educación, medicina, trabajo social, etcétera) y titulaciones universitarias más masculinizadas (matemáticas, ingenierías, etcétera), que posteriormente se traslada al mercado laboral, dando lugar también a una segmentación ocupacional entre mujeres y hombres.

VIII. TRAS EL CONTRATO PARA LA FORMACIÓN DUAL UNIVERSITARIA, ¿QUÉ VIENE AHORA?

No cabe duda que, junto con la finalidad declarada del contrato para la formación dual universitaria de garantizar una cualificación profesional de calidad de los estudiantes que cursan la formación dual universitaria, se encuentra la voluntad de facilitar y mejorar la empleabilidad y, por tanto, la inserción laboral de estos estudiantes a la finalización de sus estudios universitarios, mediante el recurso a las modalidades de contratación comunes u ordinarias. En otros términos, el contrato para la formación dual universitaria se configura como un instrumento idóneo que debe permitir a los estudiantes universitarios obtener la práctica profesional adecuada a sus estudios, mejorando sus competencias y habilidades profesionales y, en última instancia, su empleabilidad, lo que les debe permitir incorporarse posteriormente al mercado ordinario de trabajo.

A tal efecto, la configuración del contrato para la formación dual universitaria permite sortear las críticas que a veces suscitan las prácticas académicas externas, según las cuales se cuestiona que las mismas, tal como se configuran en la actualidad, puedan constituir un instrumento plenamente eficaz para conseguir la inserción laboral de quien las realiza. A tal efecto, se considera que es muy difícil que se consiga este objetivo “cuando la propia legislación impide al estudiante tomar parte en el proceso productivo”. En concreto, se indica que “la falta de remuneración de estas prácticas impide, al menos en el ordenamiento jurídico español, que el estudiante realice funciones productivas”, asimismo, si se quiere que las prácticas se centren en el valor formativo y que los estudiantes no reemplacen a trabajadores ordinarios, ello constituye un obstáculo a lo que indican diferentes estudios empíricos, según los cuales “la mayor formación que reciben los trabajadores ocurre de manera informal durante el trabajo (...)”. Así pues, se considera que al fijarse el punto de atención en un supuesto valor formativo de las prácticas académicas externas se impide que los estudiantes mejoren su productividad a través de la realización de las funciones ordinarias de su profesión⁶².

En la formación dual universitaria, al acudir a la contratación laboral de los estudiantes universitarios que la cursan, se evitan estos inconvenientes, de modo que los mismos podrán tener una experiencia laboral plena, más o menos equivalente a la de los trabajadores ordinarios que prestan sus servicios en la empresa. En este sentido, es cierto que una de las principales vías de inserción laboral del estudiante universitario podría apoyarse en la contratación del mismo por parte de la empresa en la que ha

62. *Vid.* Todolí Signes, A.: “La compleja e insatisfactoria regulación de las prácticas y las becas de trabajo”, *ob. cit.*, p. 73.

sido contratado para la formación dual universitaria, no en vano, ello permite a la empresa conocer de primera mano las aptitudes y actitudes del estudiante, de modo que en el caso de ser estas plenamente satisfactorias pueden suponer que a la finalización del contrato decida proceder a su contratación laboral ordinaria. A tal efecto, no son pocas las empresas que podrían acudir a esta vía como mecanismo de selección de su futuro personal.

En todo caso, el artículo 11.3 ET no contempla ningún mecanismo dirigido de un modo expreso a facilitar la inserción laboral de los trabajadores vinculados mediante un contrato para la formación dual universitaria, ni en la propia empresa que lo ha contratado ni en otras distintas. Por el contrario, parece que se considere que el mero recurso a la formación dual y, en consecuencia, al contrato para la formación dual universitaria, vayan a ser por sí solos elementos suficientes para mejorar la empleabilidad del estudiante y, por extensión, idóneos para contribuir decisivamente a su posterior inserción laboral. No parece, sin embargo, que en la actual coyuntura económica esto sea suficiente, siendo necesario que esta mejora de la empleabilidad del estudiante contratado para la formación dual universitaria se vea complementada por el mayor número de medidas de inserción laboral posibles. En caso contrario, las empresas y otras entidades colaboradoras podrían estar más interesadas en no incorporar en sus plantillas a los estudiantes contratados para la formación dual universitaria e ir rotando a los estudiantes contratados mediante esta modalidad contractual.

Habrá que ver si el desarrollo reglamentario de esta modalidad contractual recoge alguna medida en esta dirección. A tal efecto, podrían introducirse al respecto incentivos para la contratación de estos trabajadores e, incluso, compromisos de contratación de los mismos. En esta dirección, cabe traer a colación lo previsto ahora en el artículo 11.4 ET, en virtud del cual “en la negociación colectiva (...) podrán establecerse compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido”. En consecuencia, tratándose el contrato para la formación dual universitaria de un contrato formativo, le son aplicables las previsiones que a tal efecto se introduzcan en la negociación colectiva.

Para el supuesto en que, tras la finalización del contrato para la formación dual universitaria, el estudiante se incorporase a la plantilla de la entidad colaboradora que lo ha contratado, el desarrollo reglamentario del artículo 11.3 ET debería prever que el tiempo en que ha estado contratado para la formación dual universitaria, debería computarse a los efectos de antigüedad, así como eximir del periodo de prueba. A tal efecto, el contrato en prácticas y el contrato para la formación y el aprendizaje comparten una misma previsión, en virtud de la cual, si al término de estos contratos el trabajador continuase en la empresa no podrá concertarse un nuevo periodo de prueba, computándose la duración de las prácticas a efectos de antigüedad en la empresa”. Tratándose el contrato para la formación dual universitaria de un tercer tipo de contrato formativo del artículo 11 ET, todo hace pensar que la misma previsión debería extenderse a esta modalidad contractual. Por lo demás, cabe recordar que el artículo 14.1 ET prevé que “será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad

en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación". El tratamiento de esta cuestión, por tanto, sería muy distinto al dispensado a las prácticas no laborales que con carácter general no computan a los efectos de antigüedad, ni eximen del establecimiento de un período de prueba en caso de contratación laboral posterior por la misma empresa en la que se han desarrollado las referidas prácticas⁶³.

No cabe duda que tras la finalización de los estudios universitarios y, en consecuencia, la obtención de la correspondiente titulación académica, la modalidad contractual idónea para la contratación del titulado reciente sería el contrato en prácticas previsto en el artículo 11.1 ET, no en vano, el mismo tiene por finalidad "permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados". Ahora bien, precisamente esta circunstancia, puede suponer que el contrato en prácticas que se formalice sea redundante con el contrato para la formación dual universitaria previamente formalizado, no en vano, mediante el recurso a esta modalidad contractual ya se habría podido obtener esta práctica profesional propia del contrato en prácticas.

La finalización de los estudios universitarios y la obtención de la correspondiente titulación no impiden, sin embargo, que el titulado reciente pueda realizar prácticas no laborales, por el contrario, desde ya hace algunos años están proliferando, tanto en el sector privado como en las diferentes administraciones públicas, ofertas para la realización de prácticas no laborales dirigidas a titulados universitarios recientes que se canalizan habitualmente mediante la concesión de becas y con las que, al tiempo que las empresas y administraciones satisfacen determinadas necesidades productivas, se consigue mejorar la formación y, por extensión, la empleabilidad de estos titulados universitarios recientes⁶⁴. Una manifestación de este fenómeno la encontramos en el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, por el que se regulan las prácticas no laborales en empresas (en adelante Real Decreto 1543/2011)⁶⁵.

En estos supuestos se daría la asombrosa paradoja de que mientras que el estudiante se encontraba cursando sus estudios universitarios habría sido contratado laboralmente mediante el contrato para la formación dual universitaria, por el contrario, a la finalización de dichos estudios y, por tanto, tras la obtención de la correspondiente titulación universitaria, el mismo se encontraría realizando prácticas no laborales.

Por ello, ahora más que nunca, se debe ser especialmente cuidadoso a la hora de velar para que las actividades realizadas en el marco de programas de prácticas no laborales en empresas respondan de un modo inequívoco a una finalidad formativa frente al carácter más productivo propio de toda relación laboral, si bien, somos conocedores de la dificultad que en no pocas ocasiones ello conlleva. A tal efecto, si bien es cierto que, por ejemplo, el Real Decreto 1543/2011 lleva a cabo un importante y

63. Vid. Asquerino Lamparero, M. J.: "El periodo de prueba tras la beca: su compatibilidad", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, 2016, pp. 179-195.

64. Sobre estas prácticas, vid. Moreno Gené, J.: "Las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los jóvenes y su protección social", ob. cit., pp. 237-247.

65. Vid. Moreno Gené, J.: "La regulación de las prácticas no laborales en empresas en el Real Decreto 1543/2011: ¿un sucedáneo de contrato en prácticas?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 347, 2012.

meritorio esfuerzo para garantizar el carácter esencialmente formativo y, en consecuencia, no laboral de estas prácticas, en el día a día esta finalidad formativa podrían irse diluyendo paulatinamente en beneficio del objetivo superior de la inserción laboral, difuminándose de este modo las ya endebles fronteras que diferencian a las prácticas no laborales de la contratación laboral en prácticas⁶⁶, como ya han podido dictaminar en alguna ocasión los tribunales laborales⁶⁷.

En definitiva, existiendo ya una modalidad contractual, como es la contratación en prácticas, específicamente dirigida a las personas que se encuentren en posesión de título universitario, ésta debería ser la vía ordinaria, sino única, de inserción en el mercado laboral de este colectivo, sin que las altas cotas de desempleo y las dificultades de empleabilidad del mismo puedan justificar una mayor precarización y pérdida de derechos laborales y de Seguridad Social⁶⁸. En contrapartida, deberían resolverse los motivos de la ineficacia del contrato en prácticas como institución básica para proporcionar experiencia profesional y de inserción profesional de manera preponderante para los titulados universitarios⁶⁹.

IX. VALORACIÓN FINAL

Llama especialmente la atención el hecho de que mientras existe un gran número de titulados universitarios que no encuentran un trabajo, son muchas las empresas que no cubren sus ofertas de empleo al no existir candidatos adecuados para las mismas. Esta circunstancia pone claramente de manifiesto que no siempre la formación universitaria se adapta a las necesidades reales del mundo empresarial. En este contexto, puede jugar un papel decisivo la formación dual, que, si bien tradicionalmente ha estado más ligada a la formación profesional⁷⁰, en la actualidad está siendo adaptada

66. Sobre estos riesgos, AA.VV.: *El sistema de becas en la primera inserción y su relación con el empleo*, ob. cit., p. 16, mantienen que una mala interpretación del potencial de inserción del sistema de becas y ayudas puede estar contribuyendo al empeoramiento y a la precarización de las condiciones de trabajo de los jóvenes españoles. En esta dirección, Martínez Girón, J.: "Prácticas no laborales: análisis crítico del RD 1543/2011, de 31 de octubre", *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2012, p. 679, mantiene que "no parece imprudente pronosticar que nuestros tribunales laborales mirarán con franca simpatía la eventual demanda de uno de estos jóvenes subempleados, que se animase a pleitear (por despido, sobre declaración de fijeza, por diferencias salariales, etc.)".

67. Vid. Moreno Gené, J.: "El recurso fraudulento a las prácticas no laborales en empresas previstas en el Real Decreto 1543/2011 y sus efectos. A propósito de la STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2016", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 46, 2017.

68. Álvarez Gimeno, R.: "La inserción de los jóvenes profesionales cualificados en el mercado de trabajo", ob. cit., p. 765, considera en esta misma dirección que "la solución sería la de vetar con carácter general la concesión de becas a personas que ya estén en posesión del título profesional correspondiente, tanto si las tareas a realizar se relacionan con su formación, pues esa es la razón de ser de los contratos en prácticas que pueden suscribir en virtud del mencionado título; como si no lo hacen, puesto que ya no hay unos estudios en curso cuya financiación justifique tal ayuda". Vid. también AA.VV.: *El sistema de becas en la primera inserción y su relación con el empleo*, ob. cit., p. 149.

69. López Gandía, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 13, ya llamaba hace mucho tiempo la atención sobre la ineficacia del contrato en prácticas para conseguir estos objetivos.

70. Vid. un estudio sobre la importancia cuantitativa y cualitativa de esta modalidad de formación profesional en Igartua Miró, M. T.: "La formación dual en el sistema educativo: balance y propuesta de mejora", *Temas Laborales*, núm. 13, 2017, pp. 91-125; García Viña, J.: "La formación profesional dual en España como mecanismo de creación de empleo para los jóvenes", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 443, 2020, pp. 23-63; y Moreno Gené, J.: "El impulso a la formación dual en el contrato para la formación y el aprendizaje y en la formación profesional del sis-

en muchos países de nuestro entorno a la formación universitaria. A tal efecto, países como Suiza, Alemania, Austria, Dinamarca y Noruega ya apuestan de un modo decisivo por la formación dual universitaria⁷¹.

Pese a no existir a nivel español ninguna normativa general que regule este tipo de formación en un entorno universitario, cada vez son más los centros universitarios que imparten títulos de grado o máster a través de formación dual, contando en ocasiones incluso con el impulso de las Administraciones Públicas, especialmente, las autonómicas⁷². En estos casos, son los reglamentos internos aprobados por las diferentes universidades los encargados de establecer las bases de implantación de este tipo de planes de formación. Con carácter general, en estos supuestos, los estudiantes deben realizar un porcentaje de sus estudios universitarios en la empresa, siendo por lo general mayor este porcentaje en los estudios de máster que de grado.

No cabe duda que esta nueva modalidad de formación universitaria tomará impulso si prospera la modificación de la Ordenación de las Enseñanzas Oficiales en el Sistema Universitario Español que se está elaborando por el Ministerio de Universidades. A tal efecto, tal como se indica en la Exposición de Motivos del borrador de real decreto que se está redactando sobre esta materia, se pretende introducir “la posibilidad de adoptar formas específicas de articulación del plan de estudios en las enseñanzas oficiales y, por lo tanto, de singularizar su proyecto académico, entre las cuales se encuentran la Mención Dual en los títulos de Graduado o Graduada y el Máster Universitario (...)”. Con ello, se pretende “robustecer las capacidades de empleabilidad que confiere la formación recibida en diferentes títulos”.

En desarrollo de esta previsión, el artículo 18.1 de referido borrador, bajo el epígrafe de “Mención dual en los títulos de Graduado o Graduada y Máster Universitario”, prevé que “los títulos oficiales de Graduado o Graduada y Máster Universitario podrán incluir respectivamente la mención de Graduado o Graduada Dual y Máster Dual, siempre que en la titulación cursada concurren determinadas circunstancias: el plan de estudios debe contemplar unos porcentajes significativos de prácticas externas obligatorias, que se fijarán según los créditos de la titulación⁷³; dichas prácticas académicas externas obligatorias se cursarán en una empresa o entidad, y consistirán en la ejecución de un contrato laboral con el o la estudiante, por una duración igual, al menos, que la de las prácticas académicas externas obligatorias necesarias para

tema educativo. A propósito del Real Decreto 1529/2012”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 358, 2013.

71. *Vid.* Asociación de empresas Multinacionales por Marca España: La formación dual en España, Madrid, 2018, recuperado de https://multinacionalesmarcaespana.org/wp-content/uploads/2018/03/informe_formaciondual.pdf (última consulta: 5 de mayo de 2021).

72. Cabe destacar al respecto la Estrategia Vaca de Relación Universidad-Empresa 2022, presentada el 6 de junio de 2017, en la que se contempla la definición de un marco para la formación dual universitaria mediante la creación de sellos acreditativos para grados y másteres universitarios. En el marco de esta estrategia, la Agencia de Calidad del Sistema Universitario Vasco ha diseñado un protocolo para la obtención del reconocimiento de formación dual para títulos universitarios oficiales de Grado y Máster.

73. El borrador de Real Decreto fija los siguientes porcentajes: entre el 25 y el 50 por ciento de los créditos, en títulos de Grado de 240 créditos; entre el 20 y el 40 por ciento de los créditos, en títulos de Grado de 180 créditos y al menos el 40 por ciento de los créditos o como mínimo 30 créditos, en títulos de Máster Universitario. Asimismo, se prevé que dentro de tales porcentajes deberá incluirse el trabajo fin de Grado/Máster.

obtener la mención dual; y el contrato tendrá por objeto la realización de cometidos que estén directamente relacionados con los estudios de Grado o Máster que esté realizando el o la estudiante, asegurando en todo momento la posibilidad de compaginar la actividad laboral con la académica.

Asimismo, en el citado borrador de Real Decreto por el que se establece la Ordenación de las Enseñanzas Oficiales en el Sistema Universitario Español se prevé de forma expresa la suscripción de un convenio marco de colaboración entre la Universidad y la empresa o entidad en la que preste servicio el o la estudiante. Asimismo, se prevé que en dicho convenio se indicarán las obligaciones de la Universidad y las obligaciones de la empresa o entidad, así como el procedimiento de selección del estudiantado. Finalmente, también se prevé que el estudiante tenga un tutor designado por la Universidad y una persona responsable con formación adecuada designada por la empresa o entidad.

Con este nuevo marco normativo universitario es de esperar que el modelo de formación dual universitaria y, por extensión, el contrato para la formación dual universitaria, se normalice como un mecanismo más de formación universitaria, plenamente aceptado y valorado por el conjunto de la sociedad y los interlocutores sociales, y no se configure esencialmente como una medida desesperada para luchar contra las altas tasas de desempleo de los titulados universitarios en un contexto de grave crisis económica, mediante el diseño, una vez más, de un contrato caracterizado por unas altas e injustificadas cotas de precariedad laboral. En este punto, previsiones como la contenida en el borrador de Real Decreto por el que se establece la Ordenación de las Enseñanzas Oficiales en el Sistema Universitario Español, según la cual, la modificación de los planes de estudio necesarios para implementar la Mención Dual en los títulos de Graduado o Graduada o Máster Universitario en ningún caso “podrá suponer un incremento del número de plazas inicialmente verificadas por la administración competente”, no permiten ser muy optimistas.

Precisamente, son el contexto de crisis económica y de altas tasas de desempleo juvenil las que pueden plantear mayores dificultades para el cumplimiento del objetivo último del contrato para la formación dual universitaria, es decir, la cualificación profesional de calidad de los estudiantes universitarios, puesto que es de prever que ante la necesidad acuciante de reducir las tasas de desempleo juvenil, en el diseño de esta modalidad contractual y su posterior desarrollo práctico, se acabe buscando, sobre cualquier otra cosa, incentivar la inserción laboral de estos jóvenes en el mercado de trabajo, primando la necesidad de su empleo sobre la calidad, e incluso, la efectividad, de su formación y sobre todo de la mejora de su patrimonio profesional⁷⁴. Este peligro no constituye una auténtica novedad del contrato para la formación dual universitaria, puesto que el debate sobre la naturaleza jurídica –mayoritariamente

74. Molina Navarrete, C.: “La ‘nueva’ reforma laboral: rebajas, aplazamientos y prórrogas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 343, 2011, p. 170, también se muestra especialmente escéptico en este punto en relación con el contrato para la formación y el aprendizaje.

formativa, laboral o instrumento de inserción– siempre ha acompañado a todos los contratos formativos⁷⁵.

Por todo lo expuesto, en el análisis del régimen jurídico del contrato para la formación dual universitaria, ya sea el previsto inicialmente en el artículo 11.3 ET, pero fundamentalmente, el que vaya recogerse en el futuro desarrollo reglamentario de esta norma, deberá observarse con especial atención cuáles son los intereses que se priman, si el objetivo declarado de dotar a los estudiantes universitarios de una cualificación profesional de calidad que en buena lógica les permita incorporarse al mercado de trabajo, o bien, insertar lo antes posible a estos estudiantes universitarios en el mercado laboral con independencia de la mayor o menor calidad de la formación recibida y, por tanto, de su cualificación profesional.

Únicamente la primera opción constituye una auténtica apuesta de futuro para estos estudiantes universitarios, no en vano, una cualificación profesional de calidad les permitirá afrontar con mayores garantías los difíciles retos del futuro, al mejorar de un modo significativo su empleabilidad; la segunda opción, por el contrario, no deja de ser “pan para hoy y hambre para mañana”, puesto que sin la cualificación profesional adecuada estos estudiantes universitarios tarde o temprano pasarán engrosar las listas del desempleo⁷⁶. En otros términos, únicamente si se consigue un auténtico equilibrio entre el interés formativo y el interés ocupacional de los estudiantes universitarios a los que se dirige el contrato para la formación dual universitaria, se podrá responder adecuadamente a las finalidades para las que ha sido diseñada esta modalidad contractual.

Bibliografía

- AA.VV.: *El sistema de becas en la primera inserción y su relación con el empleo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.
- Ahumada Villalba, B.: “La beca de formación práctica con prestación de servicios”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1999.
- Albiol Montesinos, I: *Contratos formativos: prácticas y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Álvarez Cuesta, H.: “Las nuevas becas (prácticas) no laborales para los jóvenes: ¿obstáculo o trampolín?”, en Fernández Fernández, R. (dir.) y Álvarez Cuesta, H. (coord.): *Empleo juvenil: un reto para Europa*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- Álvarez Gimeno, R.: “La inserción de los jóvenes profesionales cualificados en el mercado de trabajo”, en *Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo, XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.
- Apilluelo Martín, M.: *El contrato para la formación y el aprendizaje. La cualificación profesional como factor clave*, Bomarzo, Albacete, 2014.

75. Un amplio análisis de esta cuestión en Vila Tierno, F.: *El contrato para la formación en el trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2008.

76. En esta misma dirección, Vila Tierno, F.: “El contrato para la formación”, ob. cit., p. 107, indica que no es útil fomentar sin más la ocupación, sino que, en aras del empleo estable, se debe potenciar la inserción laboral desde una base más sólida como es la cualificación profesional del trabajador a través de los instrumentos de empleo-formación.

- Asociación Catalana de Universidades Públicas: Informe "Promoción y desarrollo de la formación dual en el sistema universitario catalán", Barcelona, ACUP, 2015, recuperado de <http://www.acup.cat/sites/default/files/promocion-y-desarrollo-de-la-formacion-dual-en-el-sistema-universitario-catalan.pdf>.
- Asociación de empresas Multinacionales por Marca España: La formación dual en España, Madrid, 2018, recuperado de https://multinacionalesmarcaespana.org/wp-content/uploads/2018/03/informe_formaciondual.pdf.
- Asquerino Lamparero, M. J.: "El periodo de prueba tras la beca: su compatibilidad", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, 2016.
- Ballester Pastor, M. A.: *El contrato de formación y otras formas de contratación en alternancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Beraza Garmendia, J. M.: "Diseño de un itinerario de formación dual: Universidad-Empresa en GADE", *Journal of Management and Business Education*, vol. 1, núm. 1, 2018.
- Borrajó Dacruz, E.: "Becario y contrato de trabajo", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2004.
- Cabeza Pereiro, J.: "Sobre los contratos formativos a la vista de la reforma de 2010", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 24, 2011.
- Calvo Gallego, J.: "Notas sobre el contrato para la formación universitaria dual", Blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado, recuperado de <http://grupo.us.es/iwpr/2021/02/01/notas-sobre-el-contrato-para-la-formacion-universitaria-dual/>.
- Castro Conte, M. y Núñez-Cortés Contreras, P.: "La formación dual en España inspirada en el modelo alemán: análisis del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2014.
- Comisiones Obreras: *Aprendices, becarios y trabajo precario. Una guía sobre prácticas en la empresa para representantes sindicales*, Madrid, 2015.
- Cruz Villalón, J.: "Empleo y crisis económica", en González-Posada Martínez, E. y Molero Marañón, M. L. (dirs.): *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en homenaje al profesor Fernando Valdés Dal-Ré*, Universidad de Valladolid; Lex Nova-Thomson Reuters, Valladolid, 2014.
- De la Puebla Pinilla, A.: "La lenta inclusión de los becarios en el sistema de la Seguridad Social y otras novedades de la Ley 27/2011 (El convenio especial, la enmienda telefónica y la prestación de servicios domésticos a través de empresas)", en García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguiña, J. R. (dirs.): *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- De Soto Borja, J. M.: "Becas formativas: ¿Formación complementaria para el becario o relación laboral encubierta?", STSJ de Castilla-La Mancha, de 19 de octubre de 1999 (AS 3724/1999)", *Temas Laborales*, núm. 54, 2002.
- De Val Tena, Á. L.: "Trabajo en prácticas y prácticas no laborales", *Documentación Laboral*, núm. 104, 2015.
- Duque González, M.: *Becas y becarios*, Lex Nova Thomson-Reuters, Valladolid, 2012.
- Esteve Segarra, A.: "Claves para un estatuto de los becarios y la mejora de los periodos de prácticas académicas externas a partir del análisis de los 'stages' franceses", *Trabajo y Derecho*, núm. 33, 2017.
- Fabregat Monfort, G.: "Algunas cuestiones en torno a las becas con prestación de servicios", *Aranzadi Social (Estudios doctrinales)*, núm. 5, 2001.
- Fernández Márquez, O.: "Nuevas normas sobre los becarios y el personal residente sanitario: otra ocasión para la reflexión sobre el "trabajo formativo", *Temas Laborales*, núm. 74, 2004.
- Fernández Márquez, O.: "La relación laboral como ámbito del trabajo formativo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 124, 2004.
- Fernández Márquez, O. y Martínez Moreno, C.: "Medidas para fortalecer el empleo de los jóvenes y de las personas desempleadas", en Monereo Pérez, J. L; Fernández Avilés, J. A. y Triguero Martínez, L. Á. (dirs. y coords.): *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Comares, Granada, 2011.

- Fernández Orrico, F. J.: "La Seguridad Social de quienes participan en programas de formación, y otras tres figuras cercanas", *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2012.
- Gárate Castro, J.: "La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2011.
- García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. R.: "Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios: un camino de incertidumbres que exige de nuevos rumbos", en *Anuario Laboral 2015: doctrina científica, casos prácticos y doctrina administrativa*, Lex Nova Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.
- García Valverde, M.: "Naturaleza de la relación que une al "supuesto becario" con la universidad", *Aranzadi Social (Estudios doctrinales)*, núm. 3, 2005.
- García Viña, J.: "La formación profesional dual en España como mecanismo de creación de empleo para los jóvenes", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 443, 2020.
- González Ortega, S.: "Las becas: ¿Formación, Inserción, Prácticas Profesionales, Trabajo Asalariado?", en Cruz Villalón, J. (coord.): *Estudios en Homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.
- Goñi Sein, J. L.: "Las becas y el encubrimiento de contratos laborales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 14, 1983.
- Goñi Sein, J. L.: "La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas", *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1983.
- Guindo Morales, S. y Ortega Lozano, P.: "El régimen jurídico de seguridad social de las prácticas remuneradas y de las prácticas no remuneradas: la nueva obligación de cotizar en ambos regímenes como sujetos asimilados a trabajadores por cuenta ajena", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019.
- Hernández de la Luz, J. L. "Becarios y prácticas no laborales en empresas", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 128, 2017.
- Hierro Hierro, J.: "Comentario a la S.T.S.J. Comunidad Valenciana. Sala de lo Social de 3 de febrero de 2000", *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 19-20, 2001-2002.
- Igartua Miró, M. T.: "La formación dual en el sistema educativo: balance y propuesta de mejora", *Temas Laborales*, núm. 13, 2017.
- Lahera Forteza, J.: "La reforma de la contratación laboral", en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (dir.): *La reforma del mercado de trabajo*, La Ley, Madrid, 2011.
- López Gandía, J.: "Jurisprudencia sobre becas y prácticas ante el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Derecho Privado*, 1981.
- López Gandía, J.: *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Martín Valverde, A.: "Beca de estudios técnico-prácticos con opción de reingreso en una entidad bancaria", *Revista de Política Social*, núm. 99, 1973.
- Martín Valverde, A.: "Fronteras y 'zonas grises' del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2003.
- Martínez Girón, J.: "Prácticas no laborales: análisis crítico del RD 1543/2011, de 31 de octubre", *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2012.
- Mercader Uguina, J. R.: "Medidas desesperadas de lucha contra el desempleo: el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto y los ajustes al mismo por el Real Decreto-ley 14/2011, de 16 de septiembre", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2012.
- Molina Hermosilla, O.: "Becas de formación convocadas por las universidades: ¿una contribución efectiva a la formación práctica de sus estudiantes? Análisis y propuestas para una adecuada regulación", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018.
- Molina Navarrete, C.: "La 'nueva' reforma laboral: rebajas, aplazamientos y prórrogas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 343, 2011.

- Molina Navarrete, C.: "De las 'reformas laborales' a un nuevo, e irreconocible, 'estatuto del trabajo subordinado'", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 348, 2012.
- Moreno Gené, J.: "La nueva regulación de las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios: la potenciación de la finalidad formativa y de mejora de la empleabilidad", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 349, 2012.
- Moreno Gené, J.: "La regulación de las prácticas no laborales en empresas en el Real Decreto 1543/2011: ¿un sucedáneo de contrato en prácticas?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 347, 2012.
- Moreno Gené, J.: "El impulso a la formación dual en el contrato para la formación y el aprendizaje y en la formación profesional del sistema educativo. A propósito del Real Decreto 1529/2012", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 358, 2013.
- Moreno Gené, J.: *El contrato para la formación y el aprendizaje y otras figuras afines. El impulso de la cualificación profesional en régimen de alternancia*, Atelier, Barcelona, 2015.
- Moreno Gené, J.: "Las estancias prácticas no laborales en el entorno profesional de los jóvenes y su protección social", en Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A. M. (coords.): *Empleo juvenil. Entre el desempleo y la precariedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Moreno Gené, J.: *Las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios. Aspectos jurídico-laborales y de seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- Moreno Gené, J.: "El recurso fraudulento a las prácticas no laborales en empresas previstas en el Real Decreto 1543/2011 y sus efectos. A propósito de la STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2016", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 46, 2017.
- Moreno Gené, J.: "La nulidad de las cláusulas convencionales limitativas del número de contratos para la formación y el aprendizaje. A propósito de la STS de 20 de noviembre de 2018", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2019.
- Muñoz, A. B.: "Buenas prácticas relativas a la formación dual en la negociación colectiva", *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2014.
- Núñez-Cortés Contreras, P.: "Modalidades de contratación y empleo joven (novedades del Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia)", *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2014.
- Núñez-Cortés Contreras, P.: "Las prácticas no laborales en Estados Unidos: (I)legalidad de las prácticas no retribuidas en el sector privado", *Temas Laborales*, núm. 128, 2015.
- Ojeda Avilés, A. y Gorelli Hernández, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, lustel, Madrid, 2006.
- Ortega Lozano, P. G. y Guindo Morales, S.: "La delgada línea divisoria entre una relación laboral asalariada y la remuneración o contraprestación económica del becario como zona gris del Derecho del Trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 218, 2019.
- Poquet Catalá, R.: "Zona gris entre la relación de becario y la relación laboral común y protección social actual", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 192, 2016.
- Rodríguez Cardo, I. A.: "Criterios de deslinde entre beca y relación laboral: a propósito de la última doctrina judicial", *Actualidad Laboral*, núm. 19, 2006.
- Rodríguez Cardo, I. A.: "La inclusión en el Sistema de Seguridad Social de los becarios que desarrollan prácticas en empresas: los RRDD 1493/2011 y 1543/2011", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 99, 2012.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "Contrato de aprendizaje y formación dual. El Real Decreto 1529/2012", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2013.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. C. y Pérez Guerrero, M. L.: "La regulación de las prácticas universitarias como forma de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo", comunicación presentada a las XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas en Granada, en noviembre de 2013.
- Rodríguez-Sañudo, F.: "Contrato de trabajo: período de prácticas como becario en una empresa (comentario jurisprudencial)", *Revista de Política Social*, núm. 96, 1972.

- Sánchez Pérez, J.: "Cuatro razones para declarar la inconstitucionalidad e ilegalidad de la regulación reglamentaria de las prácticas no laborales (RD 1543/2011)", *Revista General del Derecho y de la Seguridad Social*, núm. 38, 2014.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo", ponencia presentada en las XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Granada, 2013.
- Sánchez Torres, E.: "El contrato para la formación: ¿contrato formativo en alternancia o contrato de inserción?", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 110, 2002.
- Selma Penalva, A.: "Los becarios aparentes. Comentario a la STSJ del País Vasco, de 18 de marzo de 2003 (AS 2003, 2567)", *Aranzadi Social (Estudios doctrinales)*, núm. 3, 2003.
- Selma Penalva, A.: "¿Cómo ha quedado el contrato para la formación tras las últimas reformas?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núms. 365-366, 2014.
- Sempere Navarro, A.V. (Dir.): *Políticas sociolaborales*, Tecnos, Madrid, 2005.
- Todoí Signes, A.: "La compleja e insatisfactoria regulación de las prácticas y las becas de trabajo", *Trabajo y Derecho*, núm. 6, 2015.
- Todoí Signes, A.: "La formación dual en Holanda. ¿Hacia un contrato para la formación y el aprendizaje en las Universidades?", *Trabajo y Derecho*, núm. 36, 2017.
- Vila Tierno, F.: *El contrato para la formación en el trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2008.
- Vila Tierno, F.: "El contrato para la formación", en Monereo Pérez, J. L. (dir.) y Serrano Falcón, C. (coord.): *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2010.
- Villalba Salvador, B.: "Aspectos jurídicos de los programas o becas para la realización de prácticas profesionales", *Actualidad Laboral*, núm. 11, 1998.



La respuesta del sistema prestacional frente al reto COVID-19

THE SOCIAL PROTECTION SYSTEM RESPONSE TO THE COVID-19 CHALLENGE

María Alexandra Díaz Mordillo

Técnico de la Administración de la Seguridad Social

Directora Provincial del INSS y de la TGSS de Cáceres

maria-alexandra.diaz@seg-social.es 0000-0001-8619-3592

Recibido: 25.04.2021 | Aceptado: 04.06.2021

RESUMEN

Desde que en enero de 2020 se identificara un nuevo tipo de coronavirus denominado SARS-CoV-2, una serie de acontecimientos relacionados con la salud pública han marcado profundamente los principios de la realidad sanitaria, social, económica y jurídica a nivel mundial. Las medidas adoptadas en nuestro país para paliar los efectos de la pandemia han ocasionado un elevado coste económico y social. Estas medidas se han articulado jurídicamente en torno a la declaración del estado de alarma y a la publicación de una serie de Reales Decretos-leyes dirigidos a minimizar las consecuencias socioeconómicas de la pandemia. En materia de Seguridad Social, se ha utilizado la adaptación reglamentaria prevista en el artículo 42 del TRLGSS para acompañar el sistema de protección a una realidad marcada por el nuevo agente infeccioso. La prestación de incapacidad temporal se utiliza como instrumento de salud pública para hacer frente a estas nuevas situaciones, modificando la contingencia según el devenir temporal y la adaptación a las necesidades de determinados colectivos, sobre todo sanitarios y socio-sanitarios, por su alto nivel de incidencia. Mediante este estudio se sistematiza la normativa publicada hasta la fecha, ahondando en el momento temporal y la situación de necesidad protegible.

ABSTRACT

Since a new type of coronavirus called SARS-CoV-2 was identified in January 2020, a number of public health-related events have profoundly marked the principles of global health, social, economic and legal reality. The measures taken in our country to alleviate the effects of the pandemic have led to a high economic and social cost. These measures have been legally articulated around the declaration of the state of alarm and the publication of a series of Royal Decrees-Laws aimed at minimizing the socio-economic consequences of the pandemic. In the area of Social Security, the regulatory adaptation

PALABRAS CLAVE

SARS-Cov-2
COVID-19
Incapacidad temporal
Sanitario
Socio-sanitario
Estado de alarma

KEYWORDS

SARS-Cov-2
COVID-19
Disease benefits
Health workers
Spanish state of
alarm

provided for in Article 42 of the TRLGSS has been used to accompany the system of protection to a reality marked by the new infectious agent. The provision of disease is used as a public health tool to deal with these new situations, modifying the contingency according to the temporary becoming and adaptation to the needs of certain groups, especially health workers, for their high level of incidence. This study systematizes the regulations published to date, delving into the time and the situation of protectable need.

SUMARIO

- I. ENERO Y FEBRERO DE 2020: EL INICIO DEL BROTE Y LOS PRIMEROS CASOS
 - A. Las cuarentenas preventivas
 - B. El SARS-Cov-2 como contingencia común
- II. MARZO 2020: LA DECLARACIÓN DE PANDEMIA Y EL PRIMER ESTADO DE ALARMA
 - A. La consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo
 - B. Las limitaciones de movilidad provocadas por la declaración de pandemia y el estado de alarma
- III. EL PERIODO DE DESESCALADA Y LA NUEVA NORMALIDAD
 - A. La controversia suscitada en cuanto a la contingencia causante de los contagios en trabajadores sanitarios y socio-sanitarios
 1. La situación de partida, contingencia común
 2. La consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo
 - B. El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud laboral
- IV. EL DESAJUSTE NORMATIVO PROVOCADO POR LA FINALIZACIÓN DEL PRIMER ESTADO DE ALARMA
- V. DOS NUEVOS ESTADOS DE ALARMA TRAS EL PLAN DE DESESCALADA Y REAJUSTE DE PRESTACIONES EN PERSONAL SANITARIO Y SOCIO-SANITARIO
 - A. Contingencia profesional derivada de accidente de trabajo, pero con idénticas prestaciones a la enfermedad profesional
 - B. El momento actual
- VI. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. ENERO Y FEBRERO DE 2020: EL INICIO DEL BROTE Y LOS PRIMEROS CASOS

Desde que el 7 de enero de 2020 China identificara el agente causante de un brote de neumonía de etiología desconocida como un nuevo tipo de coronavirus denominado SARS-CoV-2, una serie de acontecimientos relacionados con la salud pública han marcado profundamente los principios de la realidad sanitaria, social, económica y jurídica a nivel mundial.

En ese momento nuestro país comienza a aplicar determinadas acciones de preparación y respuesta en un escenario de contención pandémica. Días después, el 30 de enero, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declara el brote como Emergencia

de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII)¹. Esta definición implica que se trata de una situación grave, inusual o inesperada; con efectos para la salud pública que irían más allá de las fronteras del Estado afectado y que probablemente necesitarían una acción internacional inmediata.

La COVID-19 es una enfermedad infecciosa causada por el coronavirus SARS-CoV-2 que provoca situaciones incapacitantes de diferente intensidad. Su ritmo general de contagios hace que durante el mes de febrero de 2020 y principios de marzo, ante la situación epidemiológica en Europa, se refuercen las medidas de prevención y control para mejorar la sensibilidad en la detección de casos, se insista en la recomendación de no viajar a las zonas de riesgo o se limite la presencia de público en determinados eventos deportivos. Se establecen los primeros criterios de vigilancia activa, detección precoz, aislamiento y seguimiento de contactos con la exclusiva finalidad de prevenir la expansión infecciosa. Estas situaciones de cuarentena preventiva, integradas en los protocolos establecidos por las Autoridades Sanitarias competentes, para los casos sospechosos o contactos estrechos con infectados hasta que se pudiera adecuar el diagnóstico, originaban suspensiones de la relación laboral para las que no existía respuesta en el ordenamiento jurídico. "Jurídicamente existe una laguna legal: no están afectados por un accidente o enfermedad, pero deben estar vigilados y recibir la correspondiente asistencia sanitaria, por lo que están impedidos para el trabajo"².

A. Las cuarentenas preventivas

Es por ello que la Dirección General de Ordenación del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, publica el 26 de febrero el Criterio 2/2020³ en el que, sin poner en duda el origen común de la enfermedad, viene a considerar como situación de incapacidad temporal por contingencia común –con posibilidad de acceder a la prestación económica correspondiente, siempre que se reúnan los requisitos para ello– de aquellos periodos de aislamiento preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia del nuevo coronavirus. Reconoce que, durante el lapso de tiempo transcurrido hasta la emisión del diagnóstico definitivo, "los trabajadores no están afectados en sentido estricto, por un accidente o una enfermedad, pero es evidente, por otra parte, que los mismos deben estar vigilados y recibir la correspondiente asistencia sanitaria en orden a diagnosticar su estado y que están impedidos para el trabajo, por obvias razones". La equiparación se extiende a cualquier situación provocada por el nuevo virus, incluyendo la prestación económica también para aquellos

1. Una ESPII se define en el Reglamento Sanitario Internacional (2005) como "un evento extraordinario que constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad, y podría exigir una respuesta internacional coordinada", disponible en <https://n9.cl/gz356>.

2. Fuertes, J. y Urrutia Sagardía, E.: *Incidencia del coronavirus en el ámbito laboral y medidas del Real Decreto-ley 7/2020 y el Real Decreto 463/2020*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, p. 16.

3. "¿En qué situación frente a la Seguridad Social están las personas trabajadoras aisladas preventivamente por el coronavirus?", *CEF. Laboral-social*, 28 de febrero de 2020, accesible en <https://www.laboral-social.com/criterio-2-2020-DGOSS-considera-los-periodos-de-aislamiento-por-coronavirus-situacion-de-incapacidad-temporal-por-enfermedad-comun.html>.

trabajadores que hayan optado por la protección voluntaria de la mejora de la incapacidad temporal.

Esta consideración excepcional de protección ya se había llevado a cabo en los periodos de aislamiento preventivo como consecuencia del virus H1N1, en la Resolución de 7 de mayo de 2009, emitida por este mismo Órgano⁴. En aquella fecha, la Dirección General de Salud Pública y Sanidad Exterior, perteneciente al entonces Ministerio de Sanidad y Política Social, había planteado la problemática relativa a la situación de los trabajadores “que tras su contacto con un caso de Gripe-A H1N1 pudieran estar afectados por dicha enfermedad y que, por aplicación de los protocolos establecidos por las Autoridades Sanitarias competentes, se ven sometidos al correspondiente aislamiento preventivo para evitar los riesgos de contagio derivados de dicha situación hasta tanto se culmina el correspondiente diagnóstico”. Se da la circunstancia que el Criterio 2/2020 es copia literal de lo contenido en la resolución de 2009, utilizando el mismo artificio jurídico.

Se trata, por tanto, de adecuar la nueva realidad al sistema de protección existente teniendo en cuenta que el concepto legal de las restantes contingencias –fuera del accidente o enfermedad comunes o profesionales– será el que resulte de las condiciones exigidas para el reconocimiento del derecho a las prestaciones otorgadas en consideración a cada una de ellas (art. 159 TRLGSS⁵).

Pero entonces, ¿cuál sería la situación del ordenamiento jurídico general más parecida a la situación de necesidad protegible en los periodos de observación? Lógicamente se utiliza por analogía la situación determinante de incapacidad temporal recogida en el artículo 169 TRLGSS: “Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad”.

Estos periodos de observación nacen de la obligación empresarial de adoptar aquellas medidas organizativas tendentes a garantizar la seguridad y salud del trabajador dentro de su empresa, contemplándose tres supuestos en relación con las enfermedades profesionales: reconocimientos médicos, traslado de puesto de trabajo y periodos de observación, introducidos estos últimos en el ordenamiento jurídico por la Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen general de la Seguridad Social⁶. Se entiende por periodo de observación la situación del trabajador durante el tiempo necesario para el estudio médico de su enfermedad cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo, siempre que lleve consigo la baja en el trabajo por prescripción facultativa. Al término de este periodo, el

4. Resolución de 7 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre consideración como situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común de los períodos de aislamiento preventivo sufridos por los trabajadores como consecuencia de la gripe A H1 N1 (BOE núm. 113, de 9 de mayo).

5. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre)

6. BOE núm. 264, de 4 de noviembre.

trabajador pasará a la situación que proceda o continuará en incapacidad temporal de acuerdo con su estado de salud y necesidad de asistencia médica, y todo ello sin perjuicio de que pueda acordarse el traslado de puesto de trabajo, baja en la empresa u otras medidas análogas de protección.

Se trata pues de una situación únicamente aplicable a la enfermedad profesional que presenta unas peculiaridades propias en cuanto a su manifestación y calificación, ajenas al accidente de trabajo, y se justifica en la necesidad de dar respuesta a los problemas de calificación de una determinada dolencia como enfermedad de carácter laboral. Todo debido a la dificultad de identificación por el carácter lento e insidioso en su manifestación que provoca un control “previo, meticuloso y prolongado a lo largo de la vida del trabajador”. Con esta regulación, “el legislador ha pretendido que el trabajador aquejado de una hipotética enfermedad profesional pueda ser examinado y observado médicamente durante un periodo de tiempo limitado que permita establecer un diagnóstico médico de certeza de su existencia”⁷.

Al igual que entonces, esta necesidad de esperar un lapso concreto de tiempo (cuarentenas y periodos de latencia COVID), aunque se trate de trabajadores sanos en un primer momento, justifica la suspensión del contrato y su protección mediante incapacidad temporal, traspasando, por razones de salud pública, la responsabilidad económica al Estado independientemente de la facultad de pago delegado de la propia empresa.

B. El SARS-Cov2 como contingencia común

El 9 de marzo de 2020, la Dirección General de Ordenación emite un nuevo Criterio: el 3/2020 sobre determinación de la contingencia de la situación de incapacidad temporal en la que se encuentran los trabajadores que han sido confirmados como positivos en las pruebas de detección del SARS-Cov-2⁸. Este Criterio profundiza en el campo subjetivo de aplicación –no aclarado en la generalidad expresiva del Criterio 2/2020– reconociendo que el contacto con el virus puede afectar a entornos sanitarios y no sanitarios, por lo que será aplicable a todos los trabajadores involucrados en trabajos de asistencia sanitaria (comprendidos los desarrollados en aislamiento, traslados, labores de limpieza, eliminación de residuos, etc.), así como los de transportes aéreo, marítimo y ferrocarril de larga distancia o internacional, los colectivos de rescate (bomberos, salvamento marítimo, policía, guardia civil, etc.), atención al público, hostelería, sector servicios, etc.

Se considera, por tanto, que la enfermedad ocasionada por el virus SARS-Cov-2 debe catalogarse como enfermedad común a los efectos de las prestaciones, salvo

7. González Díaz, F. A.: “Tutela preventiva y reparadora de las enfermedades profesionales”, en Cavas Martínez, F. (dir.): *Las enfermedades profesionales desde la perspectiva de la Seguridad Social*, Investigación Financiada al amparo de lo previsto en la Orden TAS 940/2007, de 28 de marzo (FIPROSS), Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2018, pp. 257-258, disponible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/cc901b09-e9fd-4565-87d4-6c8f117a6e99/F70_07N.pdf?MOD=AJPERES.

8. Disponible en <https://www.ccoo.es/2f482e55182f662dc6ff6a40079a67a0000001.pdf>.

que se pruebe que la enfermedad se ha contraído por causa exclusiva de la realización del trabajo (art. 156 TRLGSS), en cuyo caso será calificada como accidente de trabajo. La fecha del hecho causante vendrá determinada por la fecha de inicio del aislamiento si, con carácter previo al diagnóstico, ha estado sometido a un periodo de cuarentena.

Precisamente esta dificultad de establecer un nexo causal contagio/trabajo en medio de una pandemia o epidemia sanitaria, ha provocado una concatenación jurídica de carácter extraordinario. El elemento identificativo de una situación pandémica, por ejemplo, supone que la enfermedad terminará atacando a todos o casi todos los individuos de una zona geográfica concreta, sean trabajadores o no, definición que se extiende al ámbito mundial en el caso de la COVID-19. Pues bien, establecer que el contagio ha sido consecuencia directa o indirecta de la realización del trabajo habitual se torna imposible en escenarios de transmisión comunitaria, mucho más cuanto más intenso sea el nivel de contagios. Recordemos que la OMS⁹ ha establecido varios niveles de transmisión comunitaria: en el primero, los contagios son locales y dispersos y muchos de los casos no están vinculados a grupos específicos por lo que el riesgo de infección es bajo y localizado; un segundo nivel comporta una dispersión mayor de contagios y riesgo moderado de infección; en el tercero la transmisión es generalizada y el riesgo es alto, terminando con un cuarto nivel caracterizado por contagios deslocalizados y un riesgo muy alto de infección para la población general.

Si tenemos en cuenta que la relación causa –efecto entre el trabajo y la lesión supone que el contagio tiene que ser consecuencia directa¹⁰ o indirecta¹¹ del mismo–, esto supone que debe contarse con un método de detección infalible que permita determinar que la infección se ha producido exclusivamente en el entorno laboral, supuesto imposible si el virus se extiende a todos los niveles sociales salvo que exista una regulación normativa específica que así lo proteja. Véase, por ejemplo, a propósito de la gripe y su incidencia en el personal sanitario, la STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2014¹²: “Al presentarse como epidemia sus posibilidades de contagio no son mayores dentro de un recinto médico y para el personal sanitario de un centro de salud que fuera de las instalaciones médicas y para las personas con las que el enfermo establece contacto, aun ocasional (el domicilio familiar en el que convive con otras personas, el medio de transporte en el que viaja, etc.). Por el contrario, siendo una enfermedad bien conocida y estudiada médicamente, el personal sanitario encargado de su atención dispone de la preparación, de los conocimientos y de los medios necesarios para tratar a los pacientes que acuden a la consulta reduciendo en gran medida los riesgos”.

9. Organización Mundial de la Salud: “Medidas decisivas de preparación, disposición a la acción y respuesta frente a la COVID-19 Orientaciones provisionales”. 4 de noviembre de 2020, disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/336884/WHO-COVID-19-Community_Actions-2020.5-spa.pdf.

10. El contagio debe tener como causa directa la ejecución de la relación laboral.

11. Contagios que no han tenido su causa exclusiva en el trabajo, pero han sido producidos por la realización de actividades fuertemente ligadas al mismo.

12. STSJ Asturias de 19 de septiembre de 2014 (AS 2057/2014).

Como veremos más adelante, la solución pasa por la creación de una ficción jurídica que considere cualquier proceso de contagio de trabajadores (según su categoría laboral) como accidente de trabajo, aunque realmente no se conozca el origen del contagio y todo ello para facilitar el acceso a métodos de protección reforzada.

II. MARZO 2020: LA DECLARACIÓN DE PANDEMIA Y EL PRIMER ESTADO DE ALARMA

A. La consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo

Estos primeros criterios de actuación de la Dirección General de Ordenación se emiten en un escenario de preocupación relativa motivado por los mensajes de tranquilidad emitidos desde la OMS y las autoridades sanitarias españolas que hablaban de escenarios de transmisión controlada y casos aislados. El 10 de marzo todo se precipita debido al incremento del número de casos y a la situación de transmisión comunitaria confirmada en algunas zonas del país que obliga al Gobierno a tomar decisiones vinculadas a un escenario de contención reforzada. En este momento, la economía y la salud pública demandaban una respuesta eficaz que fomentaría la publicación del Real Decreto-Ley 6/2020, de 10 de marzo¹³, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, cuyo artículo quinto introduce por primera vez la consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19.

Se otorga una protección social reforzada frente a la falta de salud provocada por la nueva infección más allá de los límites del artículo 42 TRLGSS. La falta general de salud como contingencia protegible dispuesta en el artículo 169 TRLGSS viene motivada por la enfermedad común o profesional y el accidente, sea o no de trabajo, además de los periodos de observación en los casos de enfermedad profesional cuya figura se utiliza de urgencia en los primeros casos de aislamiento domiciliario, independientemente de la aparición de síntomas. No obstante, este mismo artículo 42 en su punto 1.c) reconoce el sistema de Seguridad Social como algo dinámico que debe adaptarse a las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen mediante Real Decreto a propuesta del Ministerio competente.

Se busca así dar apoyo económico al ciudadano a la vez que evitar riesgos de salud pública. Para ello, se consideran con carácter excepcional, situación asimilada a accidente de trabajo exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal del sistema de Seguridad Social, aquellos periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras provocados por la COVID-19. En ambos casos (aislamiento o contagio), la duración de esta prestación excepcional vendría determinada por la

13. BOE núm. 62, de 11 de marzo.

emisión del parte de baja por aislamiento y su alta. Exclusivamente podrían causar derecho a la prestación económica, aquellos trabajadores por cuenta propia o ajena que se encuentren en situación de alta en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social en la fecha del hecho causante (aquella en la que se acuerde el aislamiento o enfermedad del trabajador, sin perjuicio de que el parte de baja se expida con posterioridad a esa fecha).

Por tanto, independientemente del momento en que se contrajera la enfermedad, no es necesario hecho probatorio para ser considerada la contingencia profesional, pudiéndose beneficiar de la no exigencia de periodo de carencia y abonándose la prestación en su máxima cuantía desde el día siguiente al inicio de la baja médica y en concepto de pago delegado, siendo salario el mismo día del hecho causante. No obstante, esta asimilación en cuanto a la prestación económica de incapacidad temporal no será exportable a otras prestaciones como la asistencia sanitaria o los fallecimientos, salvo que se demuestre su origen profesional, trasladando la responsabilidad probatoria a los sujetos afectados. El ámbito de aplicación subjetivo es general, no haciéndose distinción entre trabajadores pertenecientes a categorías profesionales con un alto nivel de exposición.

Nuevamente se suscitan diversas cuestiones ante la Dirección General de Ordenación relativas tanto a la consideración excepcional de la situación asimilada, así como sobre la vigencia de los Criterios 2 y 3 relacionados en epígrafes anteriores. Se publica el Criterio 4/2020 de 12 de marzo¹⁴. En primer lugar viene a aclarar que, a pesar de que la entrada en vigor del 6/2020 se fija el 12 de marzo (día siguiente a su publicación en el BOE), los efectos del artículo quinto para aquellos periodos de aislamiento o contagio declarados antes de esa fecha, sus efectos se retrotraerán a la fecha efectiva en la que se haya acordado el aislamiento o diagnosticado el contagio, de manera que la incapacidad temporal causada antes del 12 de marzo deberá considerarse como situación asimilada a accidente de trabajo. Aclara además, que la presunción de profesionalidad se circunscribe al ámbito de la incapacidad temporal sin que, por tanto, se haga extensible dicha consideración a la prestación de asistencia sanitaria, salvo que se pruebe que la enfermedad se ha contraído en los términos del artículo 156 TRLGSS¹⁵. Por último, se manifiesta que los criterios 2/2020 y 3/2020 han quedado sin efecto.

La asistencia sanitaria corresponde al Servicio Público de Salud que será el responsable de emitir el parte de baja médica y siempre por enfermedad común¹⁶, siendo la

14. Criterio 4/2020 de 12 de marzo de 2020 que se transcribe al Criterio de Gestión del INSS 8/2020 de 18 de marzo, disponible en: <https://umivale.es/dam/web-corporativa/Documentos-prevenci-n-y-salud/CRITERIO-4-2020.pdf>. Sobre la consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo de los periodos de aislamiento o contagio de las personas trabajadoras como consecuencia del virus COVID-19. <https://n9.cl/bj9pf>.

15. Método probatorio a través del procedimiento de Determinación de contingencia del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, se refiere a la incapacidad temporal. No obstante, este procedimiento sólo es aplicable a la incapacidad temporal, no siendo posible extenderlo cuando se trata de prestaciones por muerte y supervivencia.

16. Salvo que sea de aplicación el artículo 156 TRLGSS. El pago se realizará por la entidad responsable del abono de las contingencias profesionales.

duración estimada de estos procesos como de corta duración entre 5 y 30 días naturales, creándose seis nuevos códigos de diagnóstico tanto en CIE-9 como en CIE-10¹⁷ que facilitan la reconversión automática de procesos como accidente de trabajo a fin de realizar correctamente el abono de la prestación y la liquidación empresarial. Por ser asunto de salud pública, se da la posibilidad a la propia empresa de solicitar la emisión de la baja médica a la Inspección de Servicios Sanitarios del Servicio Público de Salud en caso de ausencia del trabajador; también podrán consultar cuando exista discrepancia entre la fecha en que el trabajador se ausenta del puesto de trabajo y la cumplimentada en el parte de baja¹⁸.

En resumen, el ámbito objetivo del Real Decreto-ley 6/2020 se circunscribe a periodos de aislamiento o contagio declarados; el subjetivo a personas trabajadoras en general¹⁹ y el temporal a cualquier proceso con codificación COVID, incluso anterior al 12 de marzo. Por su parte, el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, amplía el ámbito subjetivo en favor del personal encuadrado en el régimen especial del mutualismo administrativo.

B. Las limitaciones de movilidad provocadas por la declaración de pandemia y el estado de alarma

Un poco antes, el 11 de marzo de 2020 la OMS había declarado que la situación de emergencia ocasionada por el brote epidémico de COVID-19 constituía una pandemia. Esto suponía reconocer que la enfermedad infecciosa afectaba a la población humana en un área geográficamente extensa y que, al tratarse de un microorganismo nuevo, no existía inmunidad de grupo; este hecho junto con la capacidad de transmisión de persona a persona y la existencia de casos graves que desembocaban en fallecimiento, activa todas las alertas.

Desde ese momento, la evolución de la situación requirió el establecimiento de medidas inmediatas, mucho más intensas, para hacer frente a la propagación y para reducir el impacto de la enfermedad²⁰. El 14 de marzo el Gobierno, haciendo uso del artículo 116 de la Constitución Española, aprueba el Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de emergencia

17. La clasificación CIE es el acrónimo de la Clasificación Internacional de Enfermedades, novena edición y décima edición, publicadas por la Organización Mundial de la Salud - OMS - y cuyo fin es clasificar las enfermedades, afecciones y causas externas de enfermedades y traumatismos, con objeto de recopilar información sanitaria útil relacionada con defunciones, enfermedades y traumatismos (mortalidad y morbilidad). Esta nomenclatura se incluye en los partes médicos a efectos de control.

18. Boletines de noticias RED 3/2020, 4/2020, 5/2020 y 6/2020, disponibles en: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/5300/7855/63ca1db2-9dc1-43e7-a938-92131c5206b2#BNR32020>.

19. El Criterio de Gestión del INSS 6/2021 de 16 de febrero matiza la protección a dispensar para aquellos colectivos integrados en el Régimen general que sólo tienen cubierta la incapacidad temporal por contingencias comunes o profesionales, disponible en <https://www.cgsalmeria.com/phocadownload/16-02-21%20CRITERIO%20INSS%206-2021.pdf>.

20. Fuente: Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, <https://n9.cl/fp20h>.

sanitaria ocasionada por la COVID-19²¹, con medidas para proteger la salud y seguridad de la ciudadanía, contener la propagación de la enfermedad y reforzar el Sistema Nacional de Salud. Esta norma incluye en su artículo 7 la posibilidad de limitación de la libertad de circulación de las personas, amparando cierres perimetrales si así se justifica por el Ministro de Sanidad en atención a la evolución sanitaria. Este hecho provoca una nueva situación de necesidad, la de aquellos trabajadores que ven suspendida su relación laboral como consecuencia de los cierres.

Con el fin de darle respuesta, el Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril²², por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, en su disposición final primera, modifica el artículo quinto del Real Decreto-ley 6/2020, contemplando los periodos de restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio de las personas trabajadoras como situación asimilada a accidente de trabajo a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal y con el mismo objetivo general de contribuir a la protección de la salud pública.

La restricción de movilidad debe ser acordada por la autoridad competente y provocada por la COVID-19, y la situación protegible comenzará desde el inicio de la situación de restricción de la salida del municipio donde el trabajador tenga el domicilio, siendo imprescindible la emisión del parte de baja médica²³. Están protegidos aquellos trabajadores a los que se deniegue de forma expresa la salida de su localidad de residencia cuando su actividad se encuentra en otra diferente, no siendo ésta una actividad esencial según la clasificación del Real Decreto 463/2020 y siempre que no puedan realizar su trabajo de forma telemática por causas no imputables a la empresa para la que prestan servicios o al propio trabajador y no tenga derecho a percibir ninguna otra prestación pública –incluyendo la incapacidad temporal por causa diferente–. Esta situación se acredita mediante la certificación del ayuntamiento del domicilio de residencia que acredite la imposibilidad de desplazamiento, además de un certificado de la empresa o declaración responsable del trabajador por cuenta propia sobre la imposibilidad de realizar el trabajo de manera telemática²⁴.

21. BOE núm. 67, de 14 de marzo. Nuestro ordenamiento constitucional prevé, en su artículo 116, la declaración del estado de alarma bajo determinadas circunstancias reguladas en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. En virtud de la habilitación que dicha ley orgánica otorga al Gobierno y de los supuestos de hecho previstos en su artículo cuarto, apartado b) («crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves») y d) («situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad»), se inicia este periodo. Artículo 4.b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, que regula los estados de alarma, excepción y sitio.

22. BOE núm. 98, de 8 de abril.

23. Interesante el repaso normativo, criterios del INSS incluidos, que realiza González Martínez, J. A.: “Medidas excepcionales en materia de Seguridad Social durante el COVID-19”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. 1, 2020, pp. 136-175. DOI: <https://doi.org/10.12795/e-RIPS.2020.i01.07>.

24. El Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, marca el inicio y fin de esta protección: se expedirá un parte de baja con efectos desde la fecha de inicio de la restricción y un parte de alta con efectos de 29 de marzo de 2020. De tratarse de trabajadores por cuenta propia o autónomos, al no serles de aplicación el 10/2020, el derecho a la prestación comenzará con el parte de baja desde la fecha de inicio de la restricción y durará hasta la fecha de finalización de la restricción.

III. EL PERIODO DE DESESCALADA Y LA NUEVA NORMALIDAD

Este primer estado de alarma motivado por la COVID-19 se inicia el día de publicación de la norma en el BOE (14 de marzo de 2020) y concluye el 21 de junio de 2020 con un total de seis prórrogas adaptadas a las fases del Plan de Desescalada o de Transición a una nueva normalidad²⁵ aprobado mediante un acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020.

Independientemente de su efectividad en el control de la pandemia, estas medidas han ocasionado un fuerte impacto sobre la actividad económica y social, por ello, fue de vital importancia organizar una desescalada gradual que facilitara una recuperación lo más rápida posible. Entre las actuaciones aconsejadas en el plan de desescalada, se encontraban la necesidad de contar con una asistencia sanitaria reforzada, un modelo seguro de alerta y vigilancia epidemiológica o un sistema eficaz de identificación y contención de las fuentes de contagio. En este momento y como reflejo de la reacción popular de agradecimiento al personal sanitario que ya se venía produciendo en los balcones privados, el plan reconoce que “también ha sido muy importante la aportación de los trabajadores, en particular los sanitarios, los de servicios públicos y los de servicios básicos esenciales, que con su compromiso y esfuerzo cotidiano han permitido mantener una capacidad de respuesta enormemente profesional en esta situación de crisis. Colectivos de trabajadores que en muchos casos cuentan con una presencia mayoritaria de mujeres, cuya aportación merece reconocimiento y visibilidad”.

A. La controversia suscitada en cuanto a la contingencia causante de los contagios en trabajadores sanitarios y socio-sanitarios

1. La situación de partida, contingencia común

Desde el inicio de la alerta por SARS-CoV-2 (11 de marzo a 26 de noviembre) se han notificado 86.028 casos de COVID-19 en personal sanitario²⁶. El 65% de estos profesionales presentaban como antecedente epidemiológico de riesgo el contacto con personas con infección respiratoria, y el 69% el contacto estrecho con casos de COVID-19 probable o confirmado. No obstante, a efectos de prestaciones, se les aplica lo dispuesto en el Real Decreto-ley 6/2020 con carácter general, es decir, la consideración excepcional como situación asimilada a accidente de trabajo exclusivamente para la prestación económica de incapacidad temporal.

25. Tras la publicación de la Comunicación «Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19», presentada el pasado 15 de abril de 2020 por la Presidenta de la Comisión Europea y el Presidente del Consejo Europeo, los distintos Estados miembros de la Unión Europea comenzaron a planificar las distintas fases que permitían reanudar las actividades económicas y sociales, de modo que se minimizara cualquier repercusión sobre la salud de las personas y no se sobrecargaran los sistemas sanitarios, atendiendo a las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud. En base a estas recomendaciones, España publica su propia hoja de ruta: <https://n9.cl/s6via>.

26. Fuente: Ministerio de Ciencia e Innovación. Instituto de Salud Carlos III: <https://cnecovid.isciii.es/covid19/>.

Diferentes colectivos sanitarios y socio-sanitarios comienzan a demandar una calificación de profesionalidad en sus procesos COVID, no siendo la primera vez que se plantea la procedencia de calificar como enfermedad profesional las enfermedades contraídas por el personal sanitario en situación de epidemia, particularmente gripe, existiendo variada doctrina jurisprudencial²⁷ que, en su mayoría, desestima esta calificación: “Es paradójico, más en los periodos álgidos de la enfermedad con las características transmisoras de la gripe que, de la multitud de personas infectadas al mismo tiempo por el mismo agente, la enfermedad sea común para la inmensa mayoría y en cambio reciba la calificación de profesional para las personas con mayores recursos para evitar el contagio en el ambiente profesional donde se expusieron al riesgo y que pudieron contraerlo fuera de éste, donde asimismo estuvieron expuestos, al igual que el resto de la población. En este sentido, son pertinentes las razones expuestas en nuestra sentencia de 14 de febrero de 2014 al señalar que es insuficiente para determinar la existencia de enfermedad profesional la mera exposición a un riesgo que no es específico del trabajo sino que es común o habitual o con una incidencia generalizada en todo el colectivo humano, ya que precisamente la particularidad de la enfermedad y su relación con dicho trabajo singular, son los que motivan el que se proteja la enfermedad profesional, como elemento derivado del desarrollo del trabajo”²⁸.

Por su parte, la OMS, en el documento “Brote de la enfermedad por COVID-19: derechos, roles y responsabilidades de los trabajadores de la salud, incluidas las consideraciones clave para la seguridad y salud en el trabajo”, indicaba la necesidad de considerar el derecho a la compensación, rehabilitación y servicios curativos para los trabajadores de la salud infectados por COVID-19 en su puesto de trabajo y su consideración como enfermedad profesional²⁹.

Se entiende por enfermedad profesional, según el artículo 157 del TRLGSS, la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado en las actividades que se especifiquen en el cuadro de enfermedades profesionales que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de la ley de Seguridad Social y que esté provocada por la acción de elementos que en dicho cuadro se indiquen para cada tipo de enfermedad. Por su parte, el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre³⁰, aprueba el cuadro de Enfermedades Profesionales en su artículo 6, recogiénolo en el Anexo I. Para las enfermedades infecciosas se reserva el Grupo 3, apartado A (3A0101 Personal sanitario), Agentes infecciosos que provocan enfermedades infecciosas causadas

27. STSJ Asturias 19 septiembre (AS 2057/2014), STSJ Cataluña 28 septiembre (AS 5017/2018) y STSJ Madrid 7 noviembre (AS 802/2016), entre otras.

28. STSJ Asturias 19 septiembre (AS 2057/2014) ECLI:ES:TSJAS:2014:2869.

29. Organización Mundial de la Salud: *COVID-19: Occupational health and safety for health workers*, Interim guidance, 2 February 2021, p. 12: “COVID-19, if contracted as a result of work, could be considered as a work or employment injury (54). Such cases should be investigated and reported to the public authority responsible for managing employment injury benefits according to national regulations. Countries should consider updating their lists of occupational diseases, exposure criteria and reporting in the context of COVID-19 (55)”.

30. Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (BOE núm. 302, de 19 de diciembre).

por el trabajo de las personas que se ocupan de la prevención, asistencia médica y actividades en las que se ha probado un riesgo de infección³¹. Teniendo en cuenta que el virus SARS-CoV-2 provoca una enfermedad infecciosa y el volumen de profesionales afectados durante el periodo de pandemia, su lógica inclusión estaría en este apartado.

El Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo³², sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, establece las disposiciones mínimas aplicables a las actividades en las que los trabajadores están o pueden estar expuestos a agentes biológicos. En su Anexo II presenta una lista de agentes biológicos clasificados en grupos en función de su riesgo de infección para el hombre. El CORONAVIRIDAE se incluye inicialmente como Agente biológico del grupo 2: aquél que puede causar una enfermedad en el hombre y puede suponer un peligro para los trabajadores, siendo poco probable que se propague a la colectividad y existiendo generalmente profilaxis o tratamiento eficaz³³.

Teniendo en cuenta el panorama epidemiológico imperante en el año 2020, se publica la Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre³⁴, por la que se adapta, en función del progreso técnico, el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo. El "Coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave" (SARS-CoV), el "Coronavirus del síndrome respiratorio de Oriente Medio" (MERS-CoV) y el "Coronavirus del síndrome respiratorio agudo grave 2" o, en forma abreviada, (SARS-CoV-2) pasan a recogerse e integrarse en el grupo 3 (aquél que puede causar una enfermedad grave en el hombre y presenta un serio peligro para los trabajadores, con riesgo de que se propague a la colectividad y existiendo generalmente una profilaxis o tratamiento eficaz), presentando ahora una clasificación más específica que en el texto original.

El artículo 157 TRLGSS es restrictivo en cuanto a la enfermedad profesional. Necesita la inclusión específica de la misma en el listado oficial para garantizar la consideración automática como tal en determinados colectivos evitando la litigiosidad. Por el mismo motivo limita el acceso para colectivos no reconocidos expresamente, dificultando su manejo administrativo a pesar de cumplir los requisitos de agente, exposición, existencia de enfermedad y, por supuesto, causalidad. Y es que, "a diferencia de otros supuestos del cuadro, en este grupo 3, agente A, subagente 01, para todos los colectivos profesionales incluidos no contiene una relación más o menos cerrada o detallada de las enfermedades profesionales, que sustituye por la mención a "enfermedades infecciosas causadas por el trabajo, que recalca la necesidad de una conexión causal entre la enfermedad infecciosa y el trabajo. El padecimiento por un miembro de uno de estos colectivos (una médica, una trabajadora de un centro

31. Excluyendo aquellos microorganismos incluidos en el grupo 1 del RD 664/1997.

32. BOE núm. 124, de 24 de mayo.

33. Según clasificación del artículo 3.1 del mismo Real Decreto.

34. BOE núm. 322, de 10 de diciembre.

penitenciario, etc.), de cualquier enfermedad infecciosa es por sí solo insuficiente para la consideración de enfermedad profesional, pues el reglamento exige y en ello no contradice la norma legal del artículo. 116 TRLGSS, que al menos se pueda presumir la conexión con el trabajo”³⁵.

Por tanto, existiendo causalidad trabajo – lesión y en ausencia de reconocimiento oficial como enfermedad profesional dentro del listado, ¿existiría posibilidad legal de encuadramiento? Según el artículo 156.2.e) TRLGSS, tendrán consideración de accidente de trabajo aquellas enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente (157), que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo. La diferencia principal entre enfermedad del trabajo y enfermedad profesional es la necesidad probatoria que implica la primera frente a la presunción *iuris et de iure* de la segunda.

La articulación jurídica en respuesta a la situación de los sanitarios y sus procesos infecciosos durante la pandemia, se ha venido construyendo en torno a estos conceptos.

2. La consideración como contingencia profesional derivada de accidente de trabajo

Es en este momento cuando asistimos a la publicación del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo³⁶, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. El artículo 9 considera, de manera específica, contingencia profesional derivada de accidente de trabajo las enfermedades padecidas por el personal que presta servicio en centros sanitarios o socio-sanitarios como consecuencia del contagio del virus SARS-CoV2 durante el estado de alarma. Es la primera vez en esta pandemia que se individualiza la causalidad entre la contingencia vírica y el trabajo que se desarrolla, referido a un colectivo concreto (al resto de trabajadores se les aplica el Real Decreto-ley 6/2020). Se trata de personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios, inscritos en los registros correspondientes³⁷ y que, en el ejercicio de su profesión hayan contraído el virus durante cualquiera de las fases de la epidemia, por haber estado expuestos a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios y socio-sanitarios, cuando así se acredite por los servicios de Prevención de Riesgos laborales y Salud Laboral (es preceptivo). Esta previsión se aplicará a los contagios del virus SARS-CoV2 producidos hasta el mes posterior a la finalización del estado de alarma, acreditando este extremo mediante el correspondiente Parte de Accidente de Trabajo que deberá haberse expedido dentro del mismo

35. STSJ Asturias 19 septiembre (AS 2057/2014) ECLI:ES:TSJAS:2014:2869.

36. BOE núm. 150, de 27 de mayo.

37. Inscritos en los registros autonómicos correspondientes y el Registro General de Centros, Servicios y Establecimientos sanitarios: www.regcess.mschs.es. Ver también el Anexo I del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros servicios y establecimientos sanitarios.

periodo de referencia (es decir, dentro del periodo de vigencia del Real Decreto-ley, del 28 de mayo de 2020 hasta el 31 de julio de 2020).

La nueva calificación supone que ya no sólo percibirán el pago económico de la incapacidad temporal como situación asimilada a accidente de trabajo, sino que la contingencia pura es el accidente de trabajo al entender cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 156.2.e) TRLGSS siempre que medie informe del SPRL³⁸. Esta definición no es cosa baladí, pues implica que, por ejemplo, en los casos de fallecimiento, se considerará que la causa es accidente de trabajo siempre que el fallecimiento se haya producido dentro de los cinco años siguientes al contagio de la enfermedad y derivado de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217.2 TRLGSS, concordando con el artículo 2.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967³⁹.

En este momento, resulta necesario precisar que nos encontramos ante dos sistemas de protección independientes regulados en normas distintas: el Real Decreto-ley 19/2020 con ámbito objetivo referido exclusivamente a incapacidades temporales por enfermedades padecidas como consecuencia de contagios por SARS-Cov2, cuyo parte de baja será emitido por la entidad responsable de cobertura de las contingencias profesionales (se excluyen aislamientos o trabajadores especialmente sensibles)⁴⁰, ámbito subjetivo aplicado únicamente al personal que presta servicios en el sector sanitario y socio sanitario inscritos en el registro correspondiente, incluyendo a personal de empresas externas a este sector pero que presten servicios en el mismo, y ámbito temporal, del 28 de mayo al 31 de julio⁴¹. Para el resto de trabajadores y supuestos, se aplica lo establecido en el Real Decreto-Ley 6/2020, sin perjuicio de que el interesado pueda iniciar el correspondiente proceso de determinación de contingencia ante el INSS.

Por su parte, la disposición transitoria tercera limita el ámbito temporal de los efectos que esta nueva regulación tendrán sobre la asistencia sanitaria, tanto de procesos iniciales como sus recaídas, indicando que la prestada hasta la entrada en vigor de esta norma, considerada como derivada de enfermedad común, mantendrá dicha

38. Arenas Gómez, M.: "Prestaciones extraordinarias de seguridad social durante la situación COVID-19", *IUSLabor*, núm. 2, 2020, p. 14: "Por tanto, que se privilegie que es accidente de trabajo frente a lo que en realidad es, enfermedad profesional, no solo no es ninguna ventaja, sino que mengua las garantías del trabajador". DOI: 10.31009/IUSLabor.2020.i02.01.

39. Los fallecimientos que puedan producirse transcurridos más de cinco años desde la fecha del contagio sólo darán lugar a prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de la contingencia de accidente de trabajo por contagio COVID-19 cuando previamente se haya reconocido al trabajador una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez derivada de dicho contagio.

40. Criterio de Gestión del INSS 22/2020 de 19 de noviembre de 2020 a propósito de la Contingencia de la que derivan las prestaciones ocasionadas por el contagio del virus SARS-CoV2. Personal sanitario o socio-sanitario. <https://n9.cl/6gc4>

41. Inicialmente se descartaron por el INSS los procesos iniciados con anterioridad, independiente de que la fecha de alta se hubiera producido durante ese lapso de tiempo ya que la Disposición Final decimoséptima establece su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE sin posibilidad retroactiva. También las recaídas de estos procesos cuando se dieran después del 31 de julio. La posibilidad de contagio durante cualquiera de las fases de la epidemia, término literal utilizado en el artículo 9.1, resultaba ambigua inicialmente y no es hasta la publicación del Real Decreto-ley 28/2020 cuando adquiere su verdadera dimensión, teniéndose en cuenta desde el 11 de marzo de 2020, fecha en que la OMS declaró el inicio de la pandemia.

calificación, siendo de origen profesional la causada a partir de la entrada en vigor de la misma y hasta la finalización del estado de alarma.

B. El recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud laboral

¿Podría aplicarse al personal sanitario y socio-sanitario lo dispuesto en el artículo 164 del TRLGSS en cuanto al recargo de prestaciones cuando estas tienen su origen en una contingencia profesional, y se fundamenten en que las lesiones se han producido en entornos laborales que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo?

Pues bien, teniendo en cuenta que el Real Decreto-ley 19/2020 determina la aplicación directa del artículo 156 TRLGSS al personal sanitario y socio-sanitario cuando reúnan los requisitos contemplados en el mismo, nada impide que el trabajador pueda denunciar incumplimientos por parte del empleador, poniendo en marcha el procedimiento previsto en el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre⁴², por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal, o el artículo 4.1.a) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio⁴³, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

“Los lugares de trabajo son plataformas eficaces en las que los empleadores y los trabajadores, juntos, pueden difundir información y sensibilizar sobre las medidas de prevención y protección para reducir la propagación de las enfermedades infecciosas”⁴⁴ Por tanto, idéntico tratamiento se otorgará al personal de sectores diferentes, sobre los que no opera la presunción prevista y sobre los que no basta con la certificación del servicio de prevención, cuando acrediten fehacientemente que la causa exclusiva de la enfermedad ha sido el trabajo. Por el contrario, aquellos casos de asilamiento o contagio considerados como situación asimilada a accidente de trabajo únicamente a efectos del abono de la prestación económica de incapacidad temporal, cuyo origen profesional no es posible probar, quedarán fuera de esta posibilidad.

A nivel judicial, una de las primeras sentencias en la que se reconoce responsabilidad a una empresa (Administración en este caso) por falta de medidas de protección a sus trabajadores (sanitarios), fue emitida por el Juzgado de lo Social Único de Teruel⁴⁵ en el mes de junio de 2020 y pone de manifiesto una serie de particularidades que

42. BOE núm. 235, de 29 de septiembre.

43. BOE núm. 198, de 19 de agosto.

44. Observatorio de la OIT: *Frente a la Pandemia, garantizar la seguridad y salud en el trabajo*. Primera Edición, OIT, Ginebra, 2020, p. 9. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_742732.pdf.

45. “Finalmente indicar, a meros efectos dialécticos, que aun de considerarse que estamos ante un supuesto de fuerza mayor, en ningún momento ello habría supuesto, la suspensión de la aplicación de la normativa de pre-

se vendrán a repetir en otras sentencias posteriores: riesgo previsible, no existencia de fuerza mayor y obligación empresarial de cumplir sus obligaciones preventivas que acarrea responsabilidad. No obstante, el fallo sólo obliga a la restitución de la situación inicial, aunque deja abierta la vía para posibles indemnizaciones, siendo pronto aún para conocer la deriva de las causas penales (con recientes archivos por no encontrar indicios delictivos)⁴⁶.

En cuanto a los recargos sobre prestaciones, los informes y conclusiones que emanen de la Inspección de Trabajo⁴⁷ sobre los que el INSS fundamente su resolución, deberán estar referidos a trabajadores o empleados públicos individualmente considerados y no a colectivos sin especificación de las personas integrantes de los mismos, fundamentados en resoluciones judiciales firmes en las que se establezcan hechos probados sobre incumplimientos genéricos referidos a colectivos de personas sobre los que se ha producido un determinado incumplimiento. Estos antecedentes judiciales podrán valorarse, pero deberá procederse a la comprobación individualizada de las circunstancias en las que se desarrolló la actividad motivo de contagio, ya que la relación de causalidad no se presume, sino que ha de resultar probada. Aspectos tales como el puesto de trabajo ocupado, las características de la persona trabajadora, la realización de jornadas extraordinarias de trabajo, con prolongaciones especiales, o el nivel de riesgo de exposición en el que se ha trabajado, conforme a los previstos en el Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2⁴⁸, serán determinantes a la hora de la calificación final.

IV. EL DESAJUSTE NORMATIVO PROVOCADO POR LA FINALIZACIÓN DEL PRIMER ESTADO DE ALARMA

Como ya se ha expuesto, el ámbito temporal de las medidas que introduce el Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo en su artículo noveno, acababa el 31 de julio (mes posterior al final del primer estado de alarma), por ello, resultaba necesario aclarar la

vención de riesgos laborales, que debe de cumplir todo empresario o empleador, ni mucho menos de los derechos fundamentales de vida, integridad física/salud, no constando tal suspensión ni en el Decreto declarando Estado de alarma, ni en ninguna de sus prórrogas o normativas dictadas bajo su amparo. Estamos ante una pandemia, esto es, una enfermedad que se extiende a muchos países y a muchos individuos, y no ante una “mera” epidemia. Desde hace más de 100 años, cuando tuvo lugar una pandemia por gripe, no se vivía en nuestro país, una situación similar a la que nos ocupa. Sin embargo, tal gravedad y excepcionalidad, que ha llevado a la indispensable declaración del estado de alarma, no puede significar, sin más, que estemos ante un supuesto de “fuerza mayor” que elimine los derechos fundamentales de los ciudadanos, o exima de responsabilidad a los empleadores por incumplimientos de su obligación de proteger a los trabajadores”. SJSO Teruel 3 junio (AS 60/2020) ECLI:ES:JSO:2020:1544.

46. STS Contencioso 8 octubre (AS 3024/2020). Pueden verse otras similares: STSJ País Vasco 3 junio (AS 323/2020) o STSJ País Vasco 2 junio (AS 34/2020), entre otras.

47. Respecto de la responsabilidad administrativa, la Disposición Final Duodécima del RD-ley 26/2020, en vigor desde el 8 de julio, estableció la potestad de Inspección de Trabajo para requerir y sancionar (y de los técnicos habilitados CCAA para requerir), por los incumplimientos de las medidas señaladas en los apartados a) a d) del artículo 7.1 del RD-ley 21/2020 (ventilación y limpieza, desinfección manos, 1,5m o mascarilla y no-aglomeraciones).

48. Fuente: Ministerio de Sanidad. <https://n9.cl/df8p7>.

situación del personal sanitario y socio-sanitario a partir de esta fecha ya que, de no realizarse una ampliación de este ámbito temporal, volverían a clasificarse sus procesos como enfermedad común con pago de incapacidad temporal como accidente de trabajo (artículo quinto RDL 6/2020)⁴⁹.

La Disposición Adicional Octava del Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto⁵⁰, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, prorroga la aplicación efectiva del Real Decreto-Ley 19/2020 desde el 1 de agosto de 2020 y “hasta que las autoridades sanitarias decreten el levantamiento de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria”.

El mes de septiembre nos sorprende con la publicación de la Resolución de 10 de septiembre de 2020⁵¹, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Constitución. ¿Esto qué supone? Que, en la práctica, desde el 11 de septiembre queda sin efecto la protección especial del personal sanitario y socio-sanitario en sus contagios COVID-19.

La incertidumbre provocada por la pérdida de vigencia y no convalidación del Real Decreto-ley 27/2020 se despeja poco después con la publicación del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre⁵², de trabajo a distancia en cuya Disposición Adicional Cuarta se reformula el artículo 9 del Real Decreto-ley 19/2020 y se amplía el ámbito temporal desde la declaración de la pandemia internacional declarada por la OMS, 11 de marzo de 2020, y “hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria”. Sus efectos son retroactivos por lo que se aplicará sin problemas a todos los procesos iniciados desde el 11 de septiembre hasta el día 23 (fecha de entrada en vigor de la nueva disposición).

Con la finalidad de evitar posibles situaciones de desprotección, y ante las dudas que se producen durante estos meses de devenir normativo, el criterio 22/2020 del INSS, de 18 de noviembre, posibilita que, a instancias del interesado, puedan revisarse las prestaciones reconocidas durante el estado de alarma conforme a las normas y criterios de interpretación vigentes a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 19/2020, cuando las normas aplicadas hayan quedado sin efecto en virtud de normas posteriores o los criterios administrativos aplicados hayan quedado sin efecto desvirtuados por estas últimas o cambios de criterio más favorables.

Este criterio aclara también el ámbito subjetivo en el que se desenvuelve el Real Decreto-ley 28/2020, que se circunscribe estrictamente al personal que presta servicios en centros sanitarios y socio-sanitarios, inscritos en los registros correspondientes, tal y como lo introduce el Real Decreto-ley 19/2020, por lo que se incluyen médicos, enfermeras, ATS, fisioterapeutas, terapeutas ocupaciones, etc. La necesidad de que

49. Véase que la consideración general introducida por artículo quinto del RDL 6/2020 se aplica sin fecha fin.

50. Disposición derogada. BOE núm. 211, de 5 de agosto.

51. BOE núm. 243, de 11 de septiembre.

52. BOE núm. 253, de 23 de septiembre.

el virus se haya contraído por haber estado expuesto a ese riesgo específico durante la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios excluye al personal que presta servicios de otra naturaleza en estos centros⁵³: limpiadores, personal administrativo, etc, e igualmente quedaría excluido el personal que presta servicios sanitarios o socio-sanitarios exclusivamente fuera de dichos centros, si bien debe aclararse que sí quedaría incluido el personal que presta servicios tanto fuera como dentro. Este mismo sentido restringido de la norma se aplica a los centros que deben ser considerados como sanitarios o socio-sanitarios, que comprende únicamente aquellos dedicados a actividades comprendidas en la sección Q del CNAE (actividades sanitarias y de servicios sociales, actividades sanitarias de la división 86 y únicamente los del grupo 87.1 asistencia en establecimientos residenciales con cuidados sanitarios). Se excluyen otros centros dedicados a actividades tales como pompas fúnebres, comercio de productos farmacéuticos en establecimientos especializados o similares⁵⁴.

V. DOS NUEVOS ESTADOS DE ALARMA TRAS EL PLAN DE DESESCALADA Y REAJUSTE DE PRESTACIONES EN PERSONAL SANITARIO Y SOCIO-SANITARIO

El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre⁵⁵, declara un nuevo estado de alarma para contener la propagación de las infecciones causadas por el SARS-CoV-2, ante la tendencia ascendente del número de casos dentro de la denominada nueva normalidad. Esta situación afecta desde el 25 de octubre hasta las 00:00 horas del día 9 de noviembre a todo el territorio nacional. No obstante, el Consejo de Ministros decide aprobar una nueva prórroga por un periodo de seis meses (desde las 00:00 del 9 de noviembre a las 00:00 del 9 de mayo de 2021).

253

A. Contingencia profesional derivada de accidente de trabajo, pero con idénticas prestaciones a la enfermedad profesional

En esta situación y con la llegada del nuevo año, se publica el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero⁵⁶, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, que “permite satisfacer las demandas que se habían formulado en este sentido desde distintas corporaciones y asociaciones profesionales de profesionales sanitarios y socio-sanitarios, dando respuesta también a la demanda formulada al Gobierno por los grupos

53. El criterio de gestión 8/2021 del INSS, de 21 de abril ha incluido expresamente a los celadores, como se verá más adelante.

54. Criterio de Gestión del INSS 22/2020 de 19 de noviembre de 2020 a propósito de la Contingencia de la que derivan las prestaciones ocasionadas por el contagio del virus SARS-CoV2. Personal sanitario o socio-sanitario. Disponible en https://www.sesst.org/wp-content/uploads/2020/11/criterio_gestion_inss-22_2020.pdf

55. BOE núm. 282, de 25 de octubre.

56. BOE núm. 29, de 3 de febrero.

parlamentarios"⁵⁷. El artículo 6 considera que el personal que presta servicios en centros sanitarios y socio-sanitarios inscritos en los registros correspondientes que, en el ejercicio de su profesión durante la emergencia sanitaria, hayan resultado infectados por SARS-Cov2, tendrán las mismas prestaciones que el sistema otorga a aquellas personas que se ven afectadas por una enfermedad profesional, previa emisión del correspondiente informe del servicio de prevención en el que se haga constar que, en el ejercicio de su profesión ha estado expuesto al virus por la prestación de servicios.

De nuevo se utiliza el artificio normativo excepcional (se reitera este carácter, "dando una respuesta excepcional a una situación excepcional") para crear una ficción protectora. El ámbito subjetivo no ha variado con respecto al Real Decreto-ley 28/2020, si bien se amplía para los sanitarios que presten servicios en la Inspección médica de los Servicios Públicos de Salud y del Instituto Nacional de la Seguridad Social y al personal sanitario de Sanidad Marítima que preste servicios en el Instituto Social de la Marina (Disposición Adicional Tercera). El ámbito temporal, que tanto problema había causado, tampoco cambia.⁵⁸

La novedad radica nuevamente en el uso de una ficción (excepcional y transitoria) a los exclusivos efectos prestacionales de los trabajadores sanitarios y socio-sanitarios. No se ha realizado la plena inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales y no se ha derogado expresamente la disposición adicional cuarta del Real Decreto-Ley 28/2020 (la contingencia causante sigue siendo profesional derivada de accidente de trabajo). La consideración se circunscribe, únicamente, a las prestaciones a recibir y no a la contingencia que las origina⁵⁹. En la práctica, se trata de una medida sólo aplicable a los fallecimientos por contagio del virus SARS-Cov-2, en cuyo caso podrán otorgarse prestaciones por enfermedad profesional transcurridos más de cinco años desde la fecha del contagio.

Esta norma no se pronuncia sobre la asistencia sanitaria y sus posibles efectos retroactivos. Recordemos que, la disposición transitoria tercera del Real Decreto-Ley 19/2020 consideraba derivada de enfermedad común la asistencia sanitaria de procesos anteriores al 27 de mayo. Esta disposición deja de tener vigencia por falta de convalidación, el 31 de julio de 2020. El Real Decreto-ley 28/2020, de 28 de septiembre, reformula lo dispuesto en el 19/2020, pero no incluye la transitoria sobre asistencia sanitaria. El criterio de gestión del INSS 22/2020 de 18 de noviembre, por el contrario, rescata la transitoria tanto para procesos iniciales como para recaídas a partir del 28 de mayo. Ni el Real Decreto-ley 3/2021 y el criterio de gestión del INSS 4/2021 se manifiestan sobre este extremo. Por tanto, ¿la dispensación de prestaciones de enfermedad profesional a

57. Preámbulo del Real Decreto-ley 3/2021.

58. Estas nuevas consideraciones en la calificación de la contingencia (personal sanitario y socio-sanitario) ha hecho necesario añadir un código nuevo en el Sistema Delt@ (código 073 desde junio de 2020), para los casos de contagio por COVID-19, posibilitando así un mejor seguimiento estadístico. De enero de 2020 a enero de 2021, se han identificado un total de 11848 casos, de los que el 86,3% pertenecen a actividades hospitalarias. Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Casos notificados COVID-19 como contingencia profesional. Marzo 2021. <https://n9.cl/7uqw2>.

59. Criterio de Gestión del INSS 4/2021 de 4 de febrero de 2021, disponible en https://forelab.com/wp-content/uploads/criterio_inss_4_2021_de_4_2_1612962138.pdf.

sanitarios y socio-sanitarios implica cobertura de asistencia sanitaria profesional en los procesos COVID anteriores al 28 de mayo? No existe respuesta expresa.

B. El momento actual

El sistema se enfrenta al reto de la finalización del estado de alarma en el mes de mayo con muchos interrogantes aún por resolver y unos índices de contagio elevados a pesar de las campañas de vacunación. Precisamente suscita dudas la consideración que deben tener los procesos de incapacidad temporal provocados por los efectos secundarios de la vacunación que, si bien están relacionados directamente con la pandemia, no reúnen las condiciones del artículo quinto del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por lo que serán considerados como enfermedad común, salvo que se produzca una ampliación de los supuestos recogidos en este artículo.

Por otro lado, el INSS acaba de publicar el Criterio de Gestión 8/2021, de 21 de abril⁶⁰, por el que se incluye al colectivo de celadores que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios en el ámbito subjetivo de aplicación de la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre y del artículo 6 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero. Recordemos que este colectivo había sido excluido expresamente. El criterio aclara que resulta indudable que las tareas atención directa a los enfermos que los celadores tienen encomendadas en dichos centros, les confieren, en sentido amplio, funciones sanitarias en cuanto a traslados, movilizaciones o aseo personal (entre otras) de los pacientes. Esta modificación tendrá efectos retroactivos desde la entrada en vigor de cada una de las citadas normas y el trabajador acredite las condiciones exigidas para su aplicación. No obstante, la revisión de las prestaciones motivadas por haber contraído el virus SARS-CoV2 que hayan sido reconocidas como derivadas de contingencias comunes tendrá lugar a petición de los interesados dirigida al organismo que las haya reconocido, siendo de aplicación, en cuanto a los efectos económicos de la solicitud de revisión, lo previsto en el artículo 53 TRLGSS. Pendiente queda conocer si esta consideración será ampliable a otros colectivos con riesgo similar.

También de publicación reciente es el Criterio de Gestión 10/2021, de 23 de abril⁶¹, que aclara la consideración que deben tener los periodos de cuarentena obligatorios tras la entrada o salida de un país extranjero. Se ha equiparado a un supuesto de aislamiento por contacto estrecho el periodo de cuarentena obligatorio establecido tras el retorno a España para las personas que han viajado a países respecto de los que se ha impuesto dicha obligatoriedad. Sin embargo, no podrá aplicarse el artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020 a los periodos de aislamiento en países extranjeros a los que se ha acudido por vacaciones o cualquier otra causa ya que la declaración sanitaria de una autoridad extranjera no es determinante para el reconocimiento de una prestación del sistema español de Seguridad Social.

60. Disponible en: https://www.actasanitaria.com/wp-content/uploads/2021/04/CRITERIOS-DE-GESTION-8_2021.pdf.

61. Podrá consultarse en breve dentro del Portal de Transparencia, <https://n9.cl/ikrye>.

VI. CONCLUSIONES

1. Ante una situación de extraordinaria necesidad, el sistema de protección se ha adaptado a la realidad imperante creando una serie de ficciones jurídicas que han servido para proteger a aquellos trabajadores afectados de una u otra manera por los contagios del SARS-Cov-2 en sus relaciones laborales.
2. Se ha utilizado con carácter extraordinario y temporal, como método de protección de salud pública, la prestación económica de incapacidad temporal reforzando su importe al ser considerada como accidente de trabajo. Además, se ha adaptado jurídicamente hasta convertirla en una herramienta preventiva para los casos de aislamiento y cuarentena, así como los cierres perimetrales de diferentes partes del territorio.
3. En atención al personal sanitario y socio-sanitario, objetivo vulnerable por su alto índice de contagios presumiblemente durante el desempeño de su actividad laboral, se ha modulado la contingencia y protección prestacional de sus procesos COVID hasta alcanzar una consideración exclusivamente profesional; aunque con determinados condicionantes. La no inclusión de la COVID-19 en el cuadro de enfermedades profesionales limita la responsabilidad preventiva y de vigilancia de la salud del empleador puesto que no está obligado a la reubicación ni a los controles médicos periódicos, tan importantes ante el desconocimiento de las secuelas futuras que pudieran producirse.
4. La excepcionalidad y temporalidad de las medidas adoptadas (hasta el levantamiento de todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria) implica desprotección de aquellas situaciones futuras que pudieran derivarse de los procesos COVID, principalmente en periodos de latencia o secuelas no identificadas en la actualidad. Por el momento, no se espera la inclusión de la COVID-19 dentro del cuadro de enfermedades profesionales del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre. Sería necesario contar con una acción protectora de carácter permanente que se anticipara a los supuestos futuros y evitara litigiosidad inicial. Recordemos que la vigencia del tercer estado de alarma termina a las 00:00 del 9 de mayo de 2021 y que las sucesivas reformas legislativas sobre esta protección parecen obedecer más a una compensación puntual para un determinado colectivo (acaba de ocurrir con los celadores), que al establecimiento de un sistema sólido de protección con intención de pervivencia en el tiempo.
5. La aplicación restrictiva en el ámbito subjetivo de la consideración profesional de los procesos originados por SARS-Cov2, limitada a profesionales sanitarios y socio-sanitarios con contacto directo con el paciente, excluye a categorías profesionales que presentan un riesgo similar de exposición: personal de limpieza, conductores de ambulancia... e incluso profesionales fuera del ámbito sanitario. Sería conveniente ampliar los estudios de incidencia en otros colectivos profesionales con la finalidad de equiparar derechos como se ha hecho recientemente

con los celadores. Además, la necesidad de que estos profesionales se encuentren realizando sus tareas en centros sanitarios o socio-sanitarios inscritos en el registro correspondiente plantea una clara disfunción que pone el foco en el lugar donde se realizan las tareas sin atender a la naturaleza de las mismas y al riesgo de exposición⁶².

6. La distinción entre procesos anteriores y posteriores al 28 de mayo en cuanto a asistencia sanitaria se refiere, provoca situaciones de discriminación innecesarias que no presentan una justificación motivada, mucho más tras la última reforma normativa.

Bibliografía

- Fuertes, J. y Urrutia Sagardía, E.: *Incidencia del coronavirus en el ámbito laboral y medidas del Real Decreto-ley 7/2020 y el Real Decreto 463/2020*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020.
- Arenas Gómez, M.: "Prestaciones extraordinarias de seguridad social durante la situación COVID-19", *IUSLabor*, núm. 2, 2020.
- Fernández Avilés, J. A.: "Calificación jurídica de las contingencias derivadas del Covid-19 en el sistema español de Seguridad Social (navegando entre normas "ordinarias" y derecho "excepcional", *Noticias CIELO*, núm. 4, 2020.
- González Díaz, F. A.: "Tutela preventiva y reparadora de las enfermedades profesionales", en Cavas Martínez, F. (dir.): *Las enfermedades profesionales desde la perspectiva de la Seguridad Social*, Investigación Financiada al amparo de lo previsto en la Orden TAS 940/2007, de 28 de marzo (FI-PROSS), Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2018, disponible en: https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/cc901b09-e9fd-4565-87d4-6c8f117a6e99/F70_07N.pdf?MOD=AJPERES.
- González Martínez, J. A.: "Medidas excepcionales en materia de Seguridad Social durante el COVID-19", *E-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. 1, 2020.
- Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Casos notificados COVID-19 como contingencia profesional. Marzo 2021. <https://n9.cl/7uqw2>.
- Observatorio de la OIT: *Frente a la Pandemia, garantizar la seguridad y salud en el trabajo*. Primera Edición, OIT, Ginebra, 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_742732.pdf.
- Organización Mundial de la Salud: "Medidas decisivas de preparación, disposición a la acción y respuesta frente a la COVID-19 Orientaciones provisionales". 4 de noviembre de 2020. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/336884/WHO-COVID-19-Community_Actions-2020.5-spa.pdf.
- Organización Mundial de la Salud: *COVID-19: Occupational health and safety for health workers*, Interim guidance, 2 February 2021.

62. Incluso hay autores que van más allá: Fernández Avilés, J. A.: "Calificación jurídica de las contingencias derivadas del Covid-19 en el sistema español de Seguridad Social (navegando entre normas "ordinarias" y derecho "excepcional", *Noticias CIELO*, núm. 4, 2020, p. 5: "Por otra parte, debemos también dejar claro que los contagios que se produjeran en pacientes que están en un medio hospitalario (o de rehabilitación, etc.) como consecuencia del tratamiento derivado una contingencia profesional, deben considerarse también accidente de trabajo [por la asimilación que se produce en virtud de la previsión del art. 156.2 apartado g) del TRLGSS". <https://n9.cl/r7ifu>.



Impactos de la COVID-19: la busca por la igualdad de género como factor necesario para el desarrollo sostenible

IMPACTS OF COVID-19: THE SEARCH FOR GENDER EQUALITY AS A NECESSARY FACTOR OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Thereza Christina Nahas

Centro de Postgrado de la PUC/SP y de la PUC/RS (Brasil)

tnahas70@gmail.com 0000-0003-3534-9491

Recibido: 15.05.2021 | Aceptado: 07.06.2021

RESUMEN

La pandemia acentuó las disparidades de género. La discriminación por razón de género y la desigualdad se profundizaron con las restricciones y medidas de aislamiento social adoptadas por los diversos países, en todo el mundo, para intentar contener la expansión del contagio durante la pandemia de la COVID-19. Las brechas salariales y la desigualdad son una realidad globalizada, pero presentan índices distintos dependiendo del desarrollo económico social y cultural de cada país. Resulta necesario empoderar a las mujeres para extirpar la desigualdad, factor que permitirá el mayor crecimiento económico y un desarrollo social sostenible. La lucha por la igualdad de género se encuentra orientada por los organismos internacionales de naturaleza económica y social. Es preciso dar voz a las mujeres y acabar con el estigma que las aboca a someterse a las formas violentas de opresión moral y física. América Latina y Caribe son tradicionalmente regiones con los más altos índices de violencia contra la mujer. De persistir esta situación, en un momento en el que el movimiento global reclama unión y cooperación de todas las naciones, podrá conllevar un retroceso social para todas las naciones.

ABSTRACT

The pandemic has increased the gender disparities. Gender discrimination and inequality gained stronger contours with the measures of restrictions and the necessary social isolation, measures decreed by the different countries around the world to try to contain the contagion of COVID-19. However, wage gaps and gender inequality are a reality and have different rates depending on the economic and social development of each country. It is necessary to empower women and eliminate inequality, a factor that will allow for greater economic growth and sustainable social development. The fight for gender equality is guided by international organizations of an economic and social nature. It is necessary to give women a voice and end the stigma

PALABRAS CLAVE

Violencia de género
Pandemia
Trabajo decente
Igualdad
Desarrollo económico y social sostenible
Inclusión de la mujer en el mercado de trabajo

KEYWORDS

Gender violence
Pandemic
Decent work
Equality
Sustainable economic and social development
Inclusion of women in the market

that violent forms of moral and physical oppression must be subjected to. Latin America and the Caribbean have traditionally been regions with the highest rates of violence against women and, if this situation persists, at a time when the global movement demands unity and cooperation among all nations, it may lead to a social setback for all nations.

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES
 - II. UN BREVE ESTUDIO DE LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LA MUJER
 - III. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CRISIS SANITARIA EN EL CONTEXTO DE LA DESIGUALDAD DE GÉNERO
 - IV. CIERTOS OBJETIVOS A CUMPLIR
 - V. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. CONSIDERACIONES GENERALES

¿Ha acentuado la pandemia de la COVID-19 las desigualdades de género, o simplemente ha puesto en evidencia una situación preexistente? Las discusiones tienden a intensificarse como consecuencia de los nuevos tipos de negocio producto del cambio drástico en la organización empresarial producido a partir de las órdenes de aislamiento, así como de la nueva economía surgida con la crisis. En todo caso, parece evidente que la cuestión de género se acentuó en la misma proporción que la crisis, apuntando la OIT que las mujeres fueron una de las categorías más afectadas, sea porque representan la mayoría de quienes trabajan en el sector de los cuidados de ancianos, menores y convalecientes; sea en razón de los factores culturales que integran la base de la discriminación que ya sufrían; o bien por las prolongadas jornadas de trabajo y las multitareas a las que se vieron sometidas a raíz del traslado del espacio físico del local de trabajo hacia el entorno residencial.

Sin embargo, no es la crisis de la pandemia, ni tampoco el movimiento financiero y económico global de los últimos años los que profundizaron en la fractura del derecho del trabajo o que sirvieron para incrementar la brecha salarial y la desigualdad, sino cambios sociales y económicos que motivaron la reestructuración empresarial y la formación de nuevos modelos desconocidos para los instrumentos existentes de defensa de los derechos de los trabajadores, y que condujeron a la OIT a establecer su programa de trabajo decente.

En 1999 se fijó un concepto sobre qué debería entenderse como trabajo decente en el contexto de un mundo globalizado. La memoria presentada por el Director de la OIT, Juan Somavia, "Trabajo decente", marcaba cuatro objetivos específicos: "los derechos en el trabajo, las oportunidades de empleo, la protección social y el diálogo social. Cada uno de ellos cumple, además, una función en el logro de metas más

amplias como la inclusión social, la erradicación de la pobreza, el fortalecimiento de la democracia, el desarrollo integral y la realización personal¹.

Siete años después, la ONU declaró: “Estamos convencidos de la urgente necesidad de crear un entorno a escala nacional e internacional que propicie el logro del empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos como base del desarrollo sostenible. Para la creación de nuevas oportunidades laborales es imprescindible contar con un entorno que fomente la inversión, el crecimiento y la capacidad empresarial. Es fundamental que hombres y mujeres tengan oportunidad de conseguir un empleo productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana para lograr la erradicación del hambre y la pobreza, el mejoramiento del bienestar económico y social de todos, el crecimiento económico sostenido y el desarrollo sostenible de todas las naciones, así como una globalización plenamente incluyente y equitativa”².

En 2008, la OIT estableció la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa cuyo contenido ratifica los principios y derechos fundamentales en el trabajo, así como “el fortalecimiento de la protección social, la promoción de la igualdad de género y el fomento de la expresión, de la participación y del diálogo social también son esenciales para la recuperación y el desarrollo”³.

Puede observarse, pues, que el pacto acerca de la necesidad de implementar una globalización equitativa propone una mayor coherencia y coordinación entre los actores sociales. Gobiernos y empresas a nivel mundial con objeto de alcanzar la igualdad de oportunidades y el trabajo decente. Precisamente, coincidiendo con una de las peores crisis económicas mundiales, la de 2008, la OIT publicó el documento “Pacto Mundial para el Empleo” buscando una respuesta a la crisis económica mundial. Se asegura, en dicho documento, que las consecuencias de la crisis “han puesto al mundo ante una perspectiva prolongada de aumento del desempleo y agudización de la pobreza y la desigualdad. Por regla general, en otros casos, la recuperación del empleo sólo se ha alcanzado varios años después de la recuperación económica. En algunos países, la simple recuperación de los niveles de empleo anteriores a la crisis no bastará para contribuir efectivamente a construir unas economías fuertes, ni para hacer realidad el trabajo decente para las mujeres y los hombres. Se están perdiendo empresas y empleos. La movilización para afrontar esta situación debe formar parte de toda respuesta integral”⁴.

Este Pacto vino acompañado de otros movimientos internacionales y nacionales, todos dirigidos a la recuperación y aceleración del empleo, reiterando la necesidad de garantizar el trabajo decente como una respuesta necesaria e indispensable para

1. Levaggi, V.: “¿Qué es el trabajo decente?”, *Organización Internacional del Trabajo*, 9 de agosto de 2004, accesible en https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm (acceso el 16/04/2021).

2. *Ibidem*.

3. *Ibidem*.

4. Resolución de la OIT *Para Recuperarse de la Crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo*, de 19/06/2009, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_108439.pdf (acceso el 15/04/2021).

la recuperación de las crisis, a través de la promoción del diálogo social, generación de empleos decentes, respeto a las normas laborales y ampliación de la protección social. La crisis de las *subprime* motivó que los países adoptaran medidas que permitiesen la recuperación del crecimiento de sus economías.

Una de las iniciativas más potentes fue la PAGE (*Presidential Ambassador for Global Entrepreneurship*) promovida por el presidente americano Barack Obama con la colaboración de *American Entrepreneurs, White House, Departamento of Commerce, Department of State, US Agency for International Development, Small Business Administration, National Aeronautics and Space Administration Partners*. El objetivo de este programa consistió, precisamente, en aprovechar la energía de los jóvenes, sus ideas y experiencias para el desarrollo de las generaciones de emprendedores americanos y extranjeros. El programa se asentaba sobre tres pilares: (i) viabilizar oportunidades para acceder al capital, (ii) permitir el acceso al mercado de los nuevos talentos para facilitar su formación profesional (iii) y favorecer las oportunidades de empleo, especialmente de los jóvenes⁵.

El modelo del emprendimiento fue fundamental para favorecer la economía en diversos países del mundo y permitir la inserción de los jóvenes, mujeres y desempleados en un vasto mercado de trabajo que visibilizó, al tiempo, el alcance del objetivo del programa y la aparición de un ejército de nuevos tipos de trabajadores que se han mantenido al margen de la protección social que sería esencial para la consecución de los objetivos del trabajo decente. La solución alcanzada para contener parte de la crisis de 2008 se ha intensificado en medio de la crisis sanitaria como una de las posibles respuestas para lograr la inserción de los miles de desempleados que surgirán en la post-pandemia.

Si bien toda crisis tiene un lado perverso, que se manifiesta en la destrucción de situaciones consolidadas que acaba por aumentar la desigualdad y la pobreza, al mismo tiempo representa un camino para la construcción de nuevos tipos de negocio, muchos de los cuales repercuten de modo positivo en la vida social y económica, como ya demostró el avance tecnológico producido a partir de los años 70 del siglo pasado. Como destaca Robert Fairlie, “la recesión, que comenzó a finales de 2007, provocó que se disparasen las quiebras y cierres de empresas, pero el efecto de surgimiento de nuevas empresas es menos claro. Muchas fuentes de financiación se agotaron. Sin embargo, el rápido incremento del número de despido, el porcentaje de trabajadores recién desempleados y la escasez de alternativas de empleo, son factores que se habrían combinado para favorecer la aparición de un número mayor de empresarios en comparación con los anteriores años de la recesión”⁶.

5. Discurso pronunciado en Jamaica el 09/04/2015 –you don’t have to wait:– You’re more interested in the hard work of building prosperity through entrepreneurship, not cronyism or corruption. You’re more eager for progress that comes not by holding down any segment of society, but by holding up the rights of every human being, regardless of what we look like, or how we pray, or who we love (...) Unlike any other time in our history, the technology at your disposal means that you don’t have to wait for the change that you’re looking for; you have the freedom to create it in your own in powerful and disruptive ways disponible en <https://ylai.state.gov/you-dont-have-to-wait-obama-tells-young-entrepreneurs/> (acceso el 30/09/2020).

6. Fairlie, R. W.: Entrepreneurship, Economic Conditions, and the Great Recession, *Journal of Economics & Management Strategy*, núm. 2, 2013, pp. 207-231.

La cuestión a responder consiste en saber si los Estados están preparados para gestionar los fragmentos que quedarán tras la presente crisis sanitaria, que surgió en un brevísimo espacio de tiempo, y en un momento donde la recuperación de los efectos de la crisis económica previa, la crisis de las sub-prime, todavía estaba pendiente. El punto central estriba en saber cómo conciliar las expectativas negativas y las positivas, especialmente teniendo en cuenta las aspiraciones fijadas en las metas trazadas a nivel internacional con la Agenda 2030 de Naciones Unidas, entre ellas, el respeto a la igualdad de género, tema éste identificado como un obstáculo al crecimiento económico y social⁷.

II. UN BREVE ESTUDIO DE LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LA MUJER

El “Pacto Mundial para el Empleo” se publicó en un momento en el que se buscaba recomponer el derecho del trabajo, erosionado como consecuencia de los cambios en el paradigma provocados, especialmente, por la proliferación de formas atípicas de empleo, las transformaciones de las organizaciones empresariales, la mundialización económica, las relaciones y pactos internacionales entre países y empresas, así como por la movilidad transfronteriza y los nuevos modelos económicos surgidos tras la Segunda Guerra Mundial y la crisis de la década de los 70. Apareció así un universo de nuevas modalidades de empleos atípicos en los que se podía observar índices preocupantes de precariedad y que permitió que se reclamase, sea por la inestabilidad en el empleo, sea por las dificultades que atravesaban las propias empresas, pactos y estrategias a nivel mundial que pudiesen buscar un objetivo común con la finalidad de proporcionar una respuesta adecuada para satisfacer las necesidades de las personas y el desarrollo de la economía.

Debe tenerse en cuenta que, a partir de la década de los 70, se produjo un fuerte cambio en el ordenamiento jurídico laboral de buena parte de los países de Occidente. En aquel momento se vivió una de las crisis económicas más intensas que conllevó la restricción de los derechos laborales conquistados hasta entonces. El mejor ejemplo

7. Según el informe de la OCDE sobre igualdad de género, “la desigualdad de género domina todos los aspectos de la vida social y económica y afecta a los países sin importar su grado de desarrollo. Es frecuente que las mujeres jóvenes que viven en países miembros de la OCDE tengan ahora más escolaridad que los hombres jóvenes, pero las mujeres siguen teniendo escasa representación en los terrenos lucrativos de la ciencia, la tecnología, la ingeniería y las matemáticas (CTIM). La cifra de mujeres en la fuerza laboral se ha acercado más a la de los hombres en las últimas décadas, pero en todos los países todavía es menos probable que las mujeres realicen un trabajo remunerado. Cuando las mujeres ingresan a la fuerza laboral, es más factible que trabajen media jornada, es poco probable que lleguen a puestos administrativos y seguramente ganan menos que los hombres. La trabajadora media con empleo de tiempo completo gana, en promedio, casi 15% menos que su contraparte masculina en los países miembros de la OCDE, tasa que se ha modificado poco en la última década. Las mujeres tienen menos probabilidades de emprender negocios, y las empresas propiedad de mujeres tienden a ganar menos que las de los hombres. En los distintos países, las brechas de género aumentan con la edad, lo que refleja el papel fundamental que la maternidad o paternidad tiene en la igualdad de género” (*La Búsqueda de la igualdad de género – una batalla cuesta arriba*, OCDE-Gingroup, 2018, disponible en <https://www.oecd.org/centrodemexico/publicaciones/Busqueda%20igualdad%20de%20 genero-RESUMEN.pdf> (acceso el 17/04/2021)).

de ello en el derecho brasileño lo constituyó el fin de la estabilidad en el empleo y la flexibilidad en el tipo contractual clásico del derecho del trabajo que proporcionaba una seguridad al trabajador tanto al inicio de la relación laboral como al final de la misma y que era la figura del contrato de trabajo que se caracterizaba por la sumisión de un trabajador en favor de un tomador de servicios mediante remuneración, subordinación y dependencia.

Los institutos jurídicos fundamentales de esta relación, como tiempo de trabajo, exclusividad, larga duración de los contratos, fueron puestos en jaque por los nuevos modelos de organización empresarial. La descentralización y externalización productiva, así como la supuesta mayor autonomía del trabajador, sumada a los cambios culturales y la inserción de la mujer en el mercado de trabajo, constituían promesas seductoras que vinieron a alterar definitivamente el modelo sobre el cual el derecho del trabajo había echado raíces.

En la Unión Europea, la ruptura expresa con el modelo de estabilidad contractual se produjo definitivamente con la publicación en 2006 del Libro Verde “Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”⁸, cuando la Comisión de la Unión Europea publicó la propuesta de modernización del derecho del trabajo, con el objetivo de avanzar en la Estrategia de Lisboa, proponiendo una mayor flexibilidad como condición esencial para la promoción de la actividad económica e incremento de la productividad. A partir de aquí el reconocimiento por parte de una de las más altas autoridades, o sea, la Comisión de Las Comunidades Europeas acerca de la necesidad de adoptar reformas en las legislaciones de los Estados Miembro para convertir a Europa en una economía competitiva y sostenible, al tiempo que aseguraba que tales reformas deberían estar en conformidad con los estándares europeos y políticas internacionales.

Junto a las diversas polémicas sobre la modernización del derecho del trabajo, especialmente en lo que concierne a los avances de la tecnología, condiciones de trabajo y reestructuraciones empresariales, así como a las cuestiones relativas a la responsabilidad social de las empresas⁹, resulta necesario reconocer que se produjo una ruptura concreta con respecto a un modelo que ya no se adecuaba más a las nuevas relaciones globales y la consecuente circulación de capitales, personas y empresas.

8. COM (2006) 708 final, disponible en EUR-Lex-52006DC0708-ES-EUR-Lex (europa.eu) (acceso el 29/04/2020).

9. Dominique Bé aseguró (2002, noviembre) “durante los últimos meses hemos asistido a una proliferación de entrevistas, artículos y debates a propósito o a partir de los espectáculos de Enron, WorldCom, etc. Siempre que he tenido ocasión de participar en alguno de ellos, he repetido machaconamente una opinión: creo que estamos equivocándonos, y no acertamos con la perspectiva adecuada. No niego que deban explorarse todas las modificaciones legales que sean convenientes, aunque aprecio una fijación (a veces obsesiva) en las supuestas virtudes intrínsecas de la regulación, que podría ser digna de mejor causa. No digamos ya cuando se trata de exhibir algunas jeremiadas estremecidas ante la crisis de valores y la falta de ética, cuyo suministro en dosis masivas parecería (tanto a los crédulos como a los cínicos) capaz de solventar el problema. ¿Qué problema, por cierto? (...) El desafío es pensar no sobre lo que queremos evitar sino sobre lo que queremos construir. O, por utilizar la terminología del Libro verde, en lo que queremos fomentar. Y, además, cuando se trata de la RSE, quizá haya que dedicar ya menos energías a hablar (o a predicar, o a convencer...) del qué, y empezar a concentrarnos en el cómo” (Bé, D.: *Libro Verde de la Comisión Europea – Fomentar un Marco Europeo para la Responsabilidad Social de las Empresas*, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0366&from=ES> (acceso el 17/04/2021).

Tampoco a la transformación social que se verifica a partir de la década de los años ochenta del siglo pasado, con la implementación definitiva del precariado global, conseguiría adecuarse las disposiciones que disciplinan el mundo laboral, reclamando, de este modo, un cambio de paradigma que pudiese dar respuesta eficiente al desarrollo social y económico, impidiendo las vulnerabilidades, precariedades y *dumping* social y económico¹⁰. En el contexto de dos grandes crisis (*subprime/2008* y sanitaria/2020) que provocaron un desarrollo desordenado e intenso del mundo virtual y otras nuevas formas de prestación de servicios y de producción, el mundo del trabajo se enfrenta a nuevos desafíos que reclaman una reestructuración sobre bases que todavía no se habían asentado.

Fernando Valdés, tratando del fenómeno de la descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo, apunta que “en un *tempus* histórico muy breve, de apenas quince años, había tenido lugar una sustitución del paradigma de la empresa o, por mejor decir, del paradigma organizativo de la empresa. El modelo de organización tradicional descansaba sobre tres pilares: el control del entero ciclo de producción de bienes y servicios (integración vertical), la autonomía de cada empresa en sus relaciones con otras y una gestión funcional jerárquica. Este modelo había sido del ciclo productivo (integración horizontal), dependencia, coordinación y articulación en las relaciones interempresariales y una gestión que privilegia la autonomía funcional. La centralización organizativa cederá el paso a la descentralización y la autonomía, a la interconexión, interna y externa. Desde luego, estos cambios no se han traducido en un único tipo de organización. La formación de redes de subcontratación que giran en torno a grandes empresas difiere de la constitución de las redes horizontales que agregan pequeñas y medianas empresas en distritos industriales. Y la estructura de «telaraña» de las alianzas estratégicas entre las grandes empresas es distinta de la mudanza hacia la empresa horizontal. Pero el elemento común a todas ellas es la red, forma organizativa socialmente típica en la economía globalizada. Por lo demás, también resulta ocioso recordar que la figura de la «empresa-red», en sus diversas y poliédricas variantes, convive con fórmulas organizativas propias del antiguo paradigma. En su conversión en modelos analíticos, los modelos teóricos rara vez pueden calificarse como puros; son, más bien, mestizos, consistiendo entonces la labor del observador social en detectar el modelo dominante. Y este es, hoy ya, el de la empresa-red”¹¹.

10. El precariado es algo distinto de la «clase obrera» o del «proletariado». Estos últimos términos sugieren una sociedad que consiste principalmente en trabajadores con un puesto relativamente duradero y estable, con jornadas de trabajo fijas y vías bastante claras de mejora, sindicatos y con convenios colectivos, cuyos puestos de trabajo tenían un nombre que sus padres y madres habrían entendido, frente a patronos locales cuyos nombres y rasgos les eran familiares. La mayoría de los trabajadores precarizados no conocían a su patrono ni sabían cuántos empleados tenía este o podría llegar a tener en el futuro. Tampoco eran de «clase media», ya que no tenían un salario estable o predecible ni el estatus y ventajas que se supone que posee la gente de clase media. A medida que se aproximaba el final del milenio, cada vez más gente, y no solo en los países en desarrollo, se iba encontrando con un estatus que los antropólogos y economistas del desarrollo llaman «informal». Probablemente ellos mismos no habrían encontrado adecuado el término para sí mismos ni habrían pensado que describía una forma común de vivir y trabajar. Así pues, no pertenecían a la clase obrera ni a la clase media, ni se sentían «informales». ¿Qué eran entonces? Lo que probablemente no habrían negado es que llevaban una existencia precaria” (Standing, G.: *El precariado: una nueva clase social*, Ediciones Pasado y Presente, Barcelona, 2017).

11. Valdés Dal-Ré, F.: “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”, *Sistema: revista de ciencias sociales*, núm. 168-169, 2002, pp. 71-88.

En América Latina el tema de las relaciones de trabajo flexibilizadas es objeto de debates doctrinales y políticos, por lo menos desde la década de los 90, pues, con carácter general, los países han sufrido reformas importantes con carácter flexibilizador, como sucedió en Argentina, Perú, Brasil, Colombia, Ecuador o Panamá. En el informe de la OIT sobre la Reforma Laboral en América Latina, elaborado en 2005, se indicaba que la flexibilización afectaba especialmente a las relaciones individuales, encontrándose, en la época, dificultades en valorarse los impactos sobre las relaciones colectivas especialmente por el hecho de la preponderancia en la región de la negociación colectiva por empresa, excepto en Argentina, Brasil y Uruguay. Se llamó la atención sobre la dificultad que tenían los Estados latinoamericanos para constituir sindicatos, fundamentalmente “en países con un amplio espectro de trabajadores en la economía informal y en las PYME queda al descubierto el pobre desarrollo de la institución y sus dificultades para ser efectiva”¹².

La tesis neoliberal que se estableció durante la década de los 80 en razón de las transformaciones de las relaciones empresariales era que los gobiernos tenían que flexibilizar los mercados: “A menos que el mercado laboral se hiciera más flexible, los costes del trabajo aumentarían y las empresas trasladarían la producción y la inversión a lugares donde los costes fueran más bajos; el capital financiero se invertiría en esos países más que «en casa». La flexibilidad tenía muchas dimensiones: la salarial significaba acelerar los ajustes a los cambios en la demanda, en particular hacia abajo; la del empleo significaba la capacidad fácil y sin coste para las empresas de cambiar su nivel, en particular hacia abajo, lo que significaba una reducción en la seguridad y protección del empleo; la flexibilidad en las tareas y puestos de trabajo significaba capacidad para desplazar a los empleados a distintos lugares de la empresa y para cambiar las estructuras de empleo con mínima oposición o coste; la flexibilidad en la pericia significaba capacidad para ajustar fácilmente las habilidades de los trabajadores”¹³.

Flexibilizar el mercado de trabajo supone, por encima de todo, romper con las ambiciones y tradiciones de generaciones pasadas. De este modo, los trabajos estables dejarían de existir, desvaneciéndose la expectativa de los trabajadores de la generación de los *baby boomers* (nacidos entre 1940/1960), esto es, quienes aspiraban a alcanzar un empleo para toda la vida y valoraban la promoción profesional; y de los nacidos en la generación X (nacidos entre 1961/1980), quienes se encuentran hoy más próximos de la jubilación, pero más conscientes de la inestabilidad de su puesto de trabajo, y que buscan mejorar sus habilidades para conseguir mejores resultados y aspiran a una promoción profesional mientras aguardan el momento de su jubilación¹⁴.

12. Vega Ruiz, M. L. (ed.): *La Reforma Laboral en América Latina: 15 años después. Un análisis comparado*, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 2005, p. 13, disponible en [wcms_bai_pub_2.pdf](#) (oit.org) (acceso el 17/04/2021).

13. Standing, G.: *El precariado: una nueva clase social*, ob. cit.

14. Resulta imprescindible tener presente la clasificación de las generaciones para definir los modelos contractuales y las reestructuraciones del mercado de trabajo: “a) Los tradicionalistas, nacidos antes de 1945, en su gran mayoría ya estarían jubilados (...) b) Los *baby boomers*, nacidos entre 1945 y 1960, primera generación que tuvo educación universitaria en los Estados Unidos y Europa, vieron nacer el *rock and roll* y vivieron la permisividad que les facilitó la píldora anticonceptiva (...) c) La generación X, agrupa a los nacidos entre 1960 y 1983. Entraron en el

En el universo de trabajadores que integra ese mercado flexible, el impacto de la entrada de las mujeres en el mundo del trabajo repercutió no solamente en las relaciones comerciales, sino que también lo hizo en las familiares. Hasta los años 60, la imagen más común que se tiene del hombre es saliendo hacia el trabajo y la mujer dedicándose a la casa y a los cuidados familiares.

En un artículo publicado por el Banco Mundial se advierte acerca de la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, apuntando que en los años sesenta, de cada diez mujeres, solamente dos buscaban trabajo o se encontraban trabajando, cifra esta que se triplicó en los años 2000: "Pero lo más curioso es que en la década de los 90, la tasa de participación laboral femenina pasó del 53% al 62%, mientras que en los primeros 10 años del 2000, cuando Latinoamérica vivió uno de los auges económicos más importantes de su historia, la presencia de mujeres en el mercado de trabajo solo aumentó tres puntos porcentuales. En tanto, la participación laboral de los hombres prácticamente no se ha movido del 95% a lo largo de todos estos años. La fuerte desaceleración en la entrada de la mujer al mercado de trabajo no se ha replicado en otras regiones del mundo. Al contrario, en algunas la participación femenina en el mercado laboral sigue creciendo: en Europa es del 79% y en algunos países nórdicos llega casi al 100%"¹⁵.

En otro informe publicado por el Banco Mundial, que aborda la situación de las mujeres en la economía informal, se constató que se encuentran en un campo invisible de los trabajos dedicados al servicio doméstico, trabajo por tarea, trabajos en empresas familiares, desempeñando ocupaciones de baja calidad, caracterizadas por la irregularidad o la falta de retribución. Se encuentran en una zona precaria que les impide tener acceso a la protección social y las limita para promocionar hacia mejores empleos o a puestos que favorezcan su auto-organización. La desigualdad de género se encuentra, además, presente en el trabajo formal, siendo las mujeres las mayores víctimas del desempleo y de la percepción de retribuciones inferiores¹⁶.

mercado laboral en una época de desregulación. Se trata de un grupo más individualista y menos fiable, pues están más preocupados por sus intereses personales. Han vivido acontecimientos importantes, como la caída del muro de Berlín y la expansión del SIDA (...) d) La generación Y, nacidos a partir de 1983, aquellos que están entrando en el mercado de trabajo" (Nahas, T. C.: *Reflexiones sobre los Efectos del Capital Globalizado en las Relaciones de Trabajo. Especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 182-183). Esta clasificación culminaría con la que se denomina generación Z (nacidos a partir de 1996) y generación alfa (integrada por los nacidos a partir de 2010). Los primeros se encuentran recién llegados al mercado de trabajo y se caracterizan por su desapego de las fronteras geográficas. Se encuentran seducidos con la idea de trabajar en casa y hacen uso constante de las redes sociales, donde llegan a alcanzar cotas altas de popularidad. Con un carácter fuertemente independiente, tienen la expectativa de un ascenso rápido en su carrera profesional. Los nacidos a partir de 2010 todavía desconocen cómo van a entrar en el mercado laboral, pero se presume que heredarán comportamientos de la generación Z y serán integrados por completo en los mundos 3D y 4D y en el mundo tecnológico (informaciones disponibles en <https://dotgroup.com.br/ebook/e-book-as-geracoes-e-suas-formas-de-aprender>, acceso el 10/04/2021).

15. Banco Mundial: "El ingreso de mujeres al mercado laboral se estanca durante el "boom" en Latinoamérica". Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/feature/2016/05/04/el-ingreso-de-mujeres-al-mercado-laboral-se-estanca-durante-el-boom-en-latinoamerica> (acceso el 15/01/2021).

16. Chant, S. y Pedwell, C.: *Las mujeres, el género y la economía informal: evaluación de los estudios de la OIT y orientaciones sobre el trabajo futuro*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2008, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_097015.pdf (acceso el 15/01/2021).

En los años 90 se produjo un significativo incremento de la participación de las mujeres en el mercado de trabajo en América Latina. Así, la tasa de ocupación de las mujeres de más de 15 años que se encontraban dentro de la población activa creció un 11%, pasando la cifra del 52% en 2018. La brecha de participación en el mercado de trabajo entre hombres y mujeres en la región, que se estimaba en un 40% al inicio de los años 90, pasó al 26% al final de la década de 2010: “Este hecho ha tenido un impacto crucial en los países de la región, ha cambiado para siempre la dinámica de los mercados laborales y ha incidido en varios indicadores de bienestar. La amplia incorporación de las mujeres a la fuerza laboral tiene efectos sociales y culturales de gran relevancia, ya que transforma la vida diaria de las familias, los modelos y las aspiraciones de las nuevas generaciones y la forma en que los hombres y las mujeres interactúan. Los cambios que produce esta tendencia son tan relevantes que se los ha asimilado a una “revolución silenciosa”¹⁷. El aumento se debe, principalmente a la mayor oferta de trabajo de las mujeres en toda la región.

No es por otra razón que la OIT establece, como uno de los objetivos de la Agenda de Trabajo Decente (1999), la erradicación de toda forma de discriminación en materia de empleo y ocupación, incluyendo en este contexto la promoción de iguales oportunidades para hombres y mujeres para que obtengan un trabajo productivo en igualdad de condiciones. La propuesta de reunir sinergias globales para la implementación de medidas para conseguir un mundo menos desigual se materializó en la Agenda 2030, publicada en 2015 por la ONU, donde se establece como quinto objetivo el de la igualdad de género, resaltando que el objetivo va más allá de reiterar y ratificar un derecho fundamental, pues se trata de un objetivo que debe ser alcanzado para construir una base necesaria para un mundo más pacífico, próspero y sostenible. La igualdad de género posee efectos multiplicadores, y con eso se puede “intensificar este objetivo, no solamente en las áreas de la salud, educación y trabajo, sino especialmente en la lucha de la discriminaciones y violencias basadas en el género y en la promoción del empoderamiento de mujeres y niñas para que puedan actuar enfáticamente en la promoción del desarrollo sostenible por medio de la participación en la política, en la economía y en diversas áreas de toma de decisión. El desarrollo sostenible no podrá ser alcanzado si las barreras visibles e invisibles que impiden el pleno desarrollo y ejercicio de las capacidades de la mitad de la población no se eliminasen”¹⁸.

III. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CRISIS SANITARIA EN EL CONTEXTO DE LA DESIGUALDAD DE GÉNERO

En un momento en el que las expectativas apuntaban hacia una recuperación económica, el mundo fue sorprendido por la crisis sanitaria causada por la pandemia que,

17. CEPAL/OIT: “Evolución y perspectivas de la participación laboral femenina en América Latina”, Coyuntura Laboral en América Latina y el Caribe, núm. 21 (LC/TS.2019/66), Naciones Unidas, Santiago, 2019, p. 23, disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44916/1/S1900833_es.pdf.

18. Objetivo 5, Agenda 2030, informaciones disponibles en Plataforma Agenda 2030, acceso el 17/04/2021.

según el primer informe de la OIT publicado el 18 de marzo de 2020, había infectado a 170.000 personas en 148 países, siendo responsable de 6500 muertes, estimándose que entre el 40 y el 70% de la población mundial resultaría infectada. La pandemia afectaría al mundo del trabajo en tres dimensiones clave: 1) La cantidad de empleos, tanto en relación con el subempleo como con el desempleo; 2) la calidad de trabajo, salarios y protección social; 3) los efectos sobre grupos específicos más vulnerables a los vaivenes del mercado, como sucede con las mujeres y las personas del mundo LGTBI¹⁹. Para los jóvenes, el desempleo produce un triple impacto: pérdida de empleo, interrupción de la educación y de la formación, y obstáculos extra para acceder al mercado de trabajo. La crisis global afecta a todos los continentes del mundo, y la recuperación dependerá de varios factores distintos en los diversos países²⁰.

En su informe sobre los impactos de la COVID sobre el mundo del trabajo, publicado el 7/4/2020²¹ la OIT ya indicaba que el 81% de la fuerza de trabajo en el mundo había sido afectada por las medidas de paralización total o parcial de la actividad como consecuencia de la pandemia, estimándose que el 38% de los trabajadores del mundo se encontraban en sectores cuya producción se vio afectada, entre ellos, comercio, alojamientos, restaurantes, comidas en general e industria manufacturera. Se destacó que la situación de los trabajadores que seguían prestando servicios sin poder evitar el contacto social se encontraban expuestos a elevados riesgos sanitarios como consecuencia de la COVID. Además de ser mayoría en estos puestos de trabajo, las mujeres también lo son en la ocupación de empleos informales (76% de la economía del mundo se encuentra integrada por la economía informal) y el 42% de los puestos de trabajo informales son ocupados por mujeres. En el primer mes de la crisis se estimó que los ingresos del 60% de los trabajadores informales a nivel mundial se vio reducido (28% en los países de ingresos medio-alto y el 82% en los países de ingresos medio-bajos y bajos)²².

19. OIT: *COVID-19 and the world of work: impact and policy responses*, Geneva, marzo de 2020, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_738753.pdf (acceso en diciembre de 2020).

20. África subsahariana tiene el crecimiento más lento del mundo, corriendo el riesgo de empeorar su situación debido al acceso limitado a la vacuna. Será necesaria financiación externa adicional: "a global effort will be required to give sub-Saharan Africa a fair shot at a durable recovery and prosperous future" (Aemro Selassie, A. y Hakobyan, S.: "Six Charts Show Challenges Faced by Sub-Saharan Africa", *IMF Country Focus*, 15 de abril de 2021, accesible en <https://www.imf.org/en/News/Articles/2021/04/12/na041521-six-charts-show-the-challenges-faced-by-sub-saharan-africa>. Por otro lado, en el continente americano la situación no es diferente. En la IV Reunión del Foro de los Países de América Latina y el Caribe sobre desarrollo sostenible, Alice Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la CEPAL, destacó los graves problemas estructurales en la región, acentuados por el COVID-19 y la insostenibilidad del modelo vigente hasta ahora. Afirmó que la pandemia provocó la mayor recesión económica en 120 años, lo que implicó una caída del PIB del 7,7% e impactó en el mercado laboral, dejando una tasa de paro del 10,6% en 2020, lo que representa 44 millones de parados y equivale a una década de pérdidas (CEPAL: *Países da região ressaltam a urgência de uma vacinação equitativa e uma recuperação transformadora para construir um mundo melhor no âmbito da Agenda 2030*, 16 de marzo de 2021, accesible en <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/paises-regiao-ressaltam-urgencia-vacinacao-equitativa-recuperacao-transformadora>, acceso el 16/03/2021).

21. Observatorio de la OIT: *El COVID y el mundo del trabajo. Segunda Edición (7 de abril de 2020)*, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_740981.pdf (acceso el 25/01/2020).

22. Observatorio de la OIT: *El COVID y el mundo del trabajo. Tercera Edición (29 de abril de 2020)*, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_743154.pdf (acceso el 25/01/2020).

En la 60 Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, organizada por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante, CEPAL), se informó que la participación de la mujer en el mercado laboral en 2020 fue del 46%, y la de los hombres del 69%. El desempleo femenino alcanzó el 12%, lo que equivale a un 22% más que en 2019. Ello se debió a que fueron las mujeres las que abandonaron el mercado de trabajo para atender las necesidades de casa y de las familias, pretendiendo posteriormente reincorporarse al mercado de trabajo. Se estima que 118 millones de mujeres cayeron a la línea de la pobreza, lo que equivale a 23 millones más que en 2019. Las mujeres son mayoría en la línea de frente de la pandemia: 73,2% de los puestos de trabajo del sector sanitario está ocupado por mujeres, que se han visto sometidas a condiciones de trabajo extenuantes, con largas jornadas de trabajo, viéndose sometidas de forma más intensa al riesgo ambiental y laboral. Incluso en este contexto persiste la brecha salarial, pues la retribución de la mujer es un 23% menor que la de los trabajadores de sexo masculino²³.

A todo ello se suma la precariedad del trabajo y la vulnerabilidad que representa el trabajo doméstico, donde la presencia femenina también es mayoritaria: según estimaciones de la OIT para el mundo “la mayoría de los trabajadores basados en el domicilio son mujeres. Según estimaciones de la OIT, en 2019 trabajaban desde sus casas 147 millones de mujeres y 113 millones de hombres, y las mujeres representan el 56 por ciento de todos los trabajadores basados en el domicilio. La propensión de las mujeres a trabajar desde el hogar (11,5, por ciento) es mucho mayor que la de los hombres (5,6 por ciento)”²⁴.

Por lo tanto, las políticas que adoptaron los gobiernos, dirigidas a procurar rentas a quienes se vieron impedidos de trabajar temporalmente o perdieron su empleo, fue fundamental para ayudar a la porción de la población con mayor desprotección social y económica²⁵.

En 2019, cuando la OIT conmemoraba su centenario y establecía la agenda para el futuro del trabajo, una de cuyas premisas consistía, precisamente, en la reducción de la brecha salarial y las medidas para lograr la igualdad de género, la imprevisible crisis sanitaria atacó estos objetivos, haciéndose más necesaria, si cabe, una acción decidida de todos los organismos internacionales, Estados y actores sociales para que resulte posible recomponer los pasos hacia atrás dados en la consecución de estos logros obtenidos en los años anteriores, especialmente aquellos alcanzados en el esfuerzo de recuperación de la crisis de 2008.

23. CEPAL: “La Autonomía Económica de las Mujeres en la Recuperación Sostenible y con Igualdad”, CEPAL, *Informe Especial COVID-19*, núm. 9, 10 de febrero de 2021, disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46633/S2000740_es.pdf?sequence=5&isAllowed=y (acceso el 23/02/2021).

24. OIT: *El Trabajo a Domicilio: De la Invisibilidad al Trabajo Decente*, OIT, 2021, p. 3, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_765898.pdf (acceso el 13/01/2021).

25. “COVID-19 y relaciones de trabajo: escenario mundial de una pandemia”, *Noticias CIELO*, número extraordinario, 2020, disponible en [https://us3.campaign-archive.com/?e=\[UNIQID\]&u=477f592c29b5a739ce4cc8917&i-d=0bd3717779](https://us3.campaign-archive.com/?e=[UNIQID]&u=477f592c29b5a739ce4cc8917&i-d=0bd3717779) (acceso el 25/03/2021).

En Brasil, a pesar de los avances legislativos a partir de la Constitución Federal de 1988, que reconoció la igualdad de género en su artículo quinto, todavía existe un largo camino a recorrer para que se pueda alcanzar aquello que constituye uno de los dos pilares de una sociedad democrática, igual y verdaderamente justa. Como señala la ONU, la pandemia “ha provocado una crisis que trasciende lo sanitario y cuestiona aspectos fundamentales del modo en que hemos organizado las estructuras sociales y económicas. Las mujeres ganan menos, ahorran menos, tienen empleos menos seguros, y tienen más probabilidades de estar trabajando en la economía informal y, en consecuencia, de tener un nivel inferior de protección social. Insto a los líderes congregados en la cumbre virtual del G7 a que lo reconozcan expresamente, y a que al responder al COVID-19 se propongan con determinación y contundencia, revertir estas desigualdades de larga data, a fin de crear sociedades inclusivas, justas y más resilientes”²⁶.

En una investigación llevada a cabo en Brasil se constató que la transferencia de trabajo para el domicilio, sin una previa planificación o infraestructura, producida como consecuencia de la pandemia, sobrecargó a las mujeres, pues la superposición de las actividades domésticas y remuneradas se distribuyen desigualmente entre hombres y mujeres: las mujeres se ven más afectadas por interrupciones en su jornada de trabajo para atender necesidades domésticas y tareas de cuidado, de modo que necesitan de más días para desempeñar las mismas tareas que sus colegas varones. Existen, además, diferencias importantes con relación a los días, horas y ritmos de trabajo, lo que lleva a la necesaria consideración de estos factores en el modelo de teletrabajo que eventualmente pudiera adoptarse. En esta investigación, se concluye que “ el análisis de los datos (...) revela una división sexual del trabajo que si bien no corresponde exactamente a un modelo tradicional, donde el papel en la familia y en el ámbito doméstico eran asumidos enteramente por las mujeres, y el papel de proveedor correspondía a los varones, en el modelo actual, de conciliación, cabe casi que exclusivamente las mujeres concilien vida familiar y vida profesional, sobre todo cuando se encuentran reunidos en el espacio doméstico”²⁷.

En Argentina la situación no es diferente. En un estudio inédito del Ministerio de Economía argentino, se cuantificó numéricamente el fenómeno de la desigualdad. Se concluyó que las actividades de cuidados domésticos y no remunerados representan el 16% del Producto Interno Bruto y las mujeres dedican más de 96 millones de horas diarias a dichas tareas. Las mujeres realizan el 75% de estas tareas, mientras que los hombres se encargan del 25%. Organizaciones de mujeres proclaman: “eso que llaman amor es trabajo no pago” (trabajo gratuito)²⁸.

26. “COVID-19: Las naciones del G7 deben hacer efectiva la igualdad de género para que el futuro de las mujeres en el trabajo sea mejor”, *Organización Internacional del Trabajo*, 4 de mayo de 2020, accesible en https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_744813/lang--es/index.htm (acceso en 20/01/2021).

27. Bridi, M. A.; Uehara Bezerra, G. y Pilan Zanoni, A.: “O trabalho remoto e as condições das mulheres no contexto da pandemia COVID-19”, *Democracia e Mundo do Trabalho em Debate*, 14 de septiembre de 2020, accesible en <http://www.dtemdebate.com.br/o-trabalho-remoto-e-as-condicoes-das-mulheres-no-contexto-da-pandemia-covid-19/> (acceso el 12/12/2020).

28. Drazer, M.: “Argentina y su mitad invisible: el trabajo no remunerado de las mujeres”, *Deutsche Welle*, 22 de septiembre de 2020, accesible en <https://www.dw.com/es/actualidad/s-30684>.

Incuestionablemente, la pandemia ha acentuado las desigualdades, lo que afectará especialmente a las mujeres que tradicionalmente luchan por la igualdad. El hecho de que ocupen una parcela importante del mercado informal viabiliza que sean afectadas por la pandemia en un doble frente: por el género y por la ocupación a la que se dedican. Es cierto que la tasa de participación de la mujer en el mercado de trabajo tuvo un crecimiento importante en los últimos 30 años, sin embargo, también lo es que la crisis afecta a los empleos e incide de modo más cruel sobre los grupos vulnerables.

Evitar la disparidad de remuneración entre hombres y mujeres es un factor importante para que las empresas puedan ser más competitivas y tener éxito en el mercado. Lo que necesitan es valorar el talento, independientemente del sexo del trabajador. Las empresas deben hacer un esfuerzo hacia la igualdad salarial, pues un “sistema de remuneración justo les permite retener a los mejores profesionales, impulsar la participación femenina en la fuerza de trabajo, y forjar una imagen positiva de la empresa. También es útil para no poner en juego el prestigio de ésta, y atajar posibles acciones judiciales”²⁹.

Es cierto que una de las consecuencias de la COVID ha consistido en la aceleración de las formas de prestar trabajo y en las relaciones de empleo, apreciándose un cambio significativo en los criterios seguidos para fijar la remuneración y el tiempo de trabajo. Existe un creciente aumento de todas las formas de trabajo que emplean información y comunicación, y un incremento de *startups* y micro y pequeñas y micro empresas que han venido tejiendo un verdadero vínculo para el mantenimiento de las redes de formación y alimentación de las multinacionales, por lo que es imprescindible que dichos cambios puedan enfocarse en el ser humano y en la igualdad entre hombres y mujeres, única forma de evitar la precariedad o la mayor vulnerabilidad de la población activa.

En términos globales, las mujeres representan el 70% de los trabajadores en los sectores sociales y sanitarios, y están más expuestas a la violencia doméstica. En Brasil, uno de los países con el mayor índice de violencia doméstica en América Latina, en los cuatro primeros meses de 2020 se produjo un incremento del 14,1% de las denuncias de violencia doméstica en comparación con el mismo período de 2019, siendo abril el mes con mayor tasa, equivalente al 37,6%³⁰.

La gravedad de la situación motivó que el gobierno brasileño publicase la Ley 14.022 de 7/7/2020, que establece medidas de lucha frente a la violencia doméstica y familiar, contra la mujer, así como contra los menores, adolescentes, personas de edad avanzada y personas con discapacidad durante la situación de la emergencia sanitaria derivada del coronavirus responsable del brote de 2019. Igualmente, la Ley

29. OIT: *Igualdad de Remuneración – activador fundamental de la igualdad de género*, 1 de diciembre de 2015, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/briefingnote/wcms_438286.pdf (acceso el 12/01/2021).

30. “Denúncias de violência doméstica aumentam nos quatro primeiros meses do ano”, *UOL*, 14 de mayo de 2020, accesible en <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/05/14/denuncias-violencia-domestica-aumento-pandemia.htm> (acceso el 26/01/2021).

nº 13.894/2019 ha modificado el artículo 1048 del Código Procesal Civil para determinar que las demandas y reclamaciones que tengan por objeto la protección de las personas víctimas de violencia doméstica o familiar, tengan un trámite especial.

La pandemia acentuó la violencia doméstica en América Latina. En Perú, 1200 mujeres desaparecieron entre el 11 de marzo y el 30 de junio de 2020. Lyn Stephen, que analiza la situación de la región, aclara que, aun cuando el patriarcado sea parte del problema, la violencia doméstica en América Latina no puede ser atribuida simplemente al “machismo”. La desigualdad de género tampoco es particularmente extrema. Los niveles de educación entre las mujeres y niñas latinoamericanas han aumentado durante décadas y, a diferencia de Estados Unidos, muchos países tienen cuotas para mujeres en puestos políticos. Varios de ellos eligieron mujeres como presidentas. Considera que la violencia se remonta a la historia colonial “de la región como una compleja trama de desigualdades sociales, raciales, de género y económicas (...) En Guatemala, la violencia contra las mujeres afecta de manera desproporcionada a las mujeres indígenas, pero no exclusivamente. Las doctrinas morales católicas y evangélicas conservadoras consideran que las mujeres deben ser castas y obedecer a sus maridos, generando la idea de que los hombres pueden controlar a las mujeres con las que mantienen relaciones sexuales. Tanto las mujeres como los hombres internalizaron esta opinión. Durante mi investigación en Guatemala y México, muchas mujeres compartieron historias sobre cómo sus propias madres, suegras o vecinos les dijeron que debían “soportar” –soportar–, el abuso de sus maridos, diciendo que era el derecho de un hombre castigar a las malas esposas”³¹.

El cambio social, político y cultural es necesario para lograr la igualdad. Las medidas dirigidas a garantizar un trabajo decente e igualitario son de gran importancia para lograr la igualdad entre los sexos y permitir el progreso social, para el cese de la violencia y la represión contra las mujeres.

IV. CIERTOS OBJETIVOS A CUMPLIR

La violencia contra las mujeres y la desigualdad no es un problema latinoamericano. En un documento elaborado por ONU / Mujeres, se informa de que, en la Unión Europea, una de cada diez mujeres informa que ha sido ciberacosada desde los 15 años, incluyendo aquí mensajes enviados por teléfonos, e-mails, ofensivos. o contactos inapropiados en las redes, aumentando este porcentaje entre las jóvenes entre 18 y 29 años. En una encuesta realizada en 30 países diferentes alrededor del mundo, quince millones de adolescentes entre 15 y 19 años fueron víctimas de relaciones sexuales forzadas por parte de sus maridos, pareja o novio, y solo el 1% de ellas solicitó ayuda profesional³².

31. Stephen, L. M.: “Feminicídio: mulheres latino-americanas estão desaparecendo e morrendo na quarentena”, *Diálogos do Sul*, 3 de septiembre de 2020, accesible en <https://dialogosdosul.operamundi.uol.com.br/amp/direitos-humanos/66487/feminicidio-mulheres-latino-americanas-estao-desaparecendo-e-morrendo-na-quarentena> (acceso el 20/04/2021).

32. “Hechos y Cifras: poner fin a la violencia contra las mujeres”, *ONU MUJERES*, noviembre de 2020, accesible en <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures> (acceso el 20/04/2021).

Empoderar a las mujeres es fundamental, y el trabajo es un recurso importante para lograr la igualdad de género y acabar con la violencia de género. Sin embargo, existe la necesidad de una acción concertada y coordinada con políticas públicas que garanticen el acceso a un mercado laboral justo y equitativo, así como el acceso a beneficios sociales. La ONU ha establecido cinco medidas que los gobiernos pueden adoptar para lograr la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer: (i) deben integrarse las necesidades médicas y de enfermería; (ii) los servicios dedicados a las víctimas de violencia intrafamiliar deben ser tratados como esenciales; (iii) el seguro social debe estar dirigido a quienes lo necesiten, cubriendo la baja por enfermedad de quienes no puedan asistir al trabajo como consecuencia del cuidado de ancianos o niños; (iv) es necesario garantizar la participación efectiva de las mujeres en las decisiones y discusiones políticas de los países; (v) es necesario que haya una división equitativa de las tareas domésticas entre hombres y mujeres, terminando con los estereotipos de las tareas femeninas y masculinas³³.

Para lograr eliminar la desigualdad de género que persiste en el mercado laboral y así poder combatir la violencia, preservando el derecho fundamental a la dignidad, es imperativo que el mundo del trabajo considere las distinciones entre géneros para trazar una estrategia adecuada con la que lograr la igualdad.

La OIT ha identificado algunas causas responsables de la brecha salarial de género y concluyó que, en una primera consideración, una de las principales razones de la desigualdad son los estereotipos arraigados en las sociedades, que motivan la brecha salarial de género³⁴.

En segundo lugar, identificó la cultura sexista de muchas empresas, que toman decisiones importantes fuera del horario laboral, y que excluye a las mujeres, ya sea por los horarios flexibles que adoptan, impidiéndoles la oportunidad de participar en ellas, o por la menor presencia que suele tener la fuerza de trabajo femenina en las empresas como consecuencia de los compromisos familiares que asumen, lo que sucede aun cuando presenten resultados satisfactorios del trabajo realizado³⁵.

El tercer factor que la OIT identificó se refiere a la *penalización* que sufren en razón de la maternidad, motivo éste que determinará no solamente la diferencia entre sexos, sino también la desigualdad salarial entre mujeres con hijos y las que no los tienen. En último lugar, se apreció que las mujeres, en general, no saben negociar sus propios salarios y son menos propensas a pedir aumentos salariales, viéndose satisfechas, como norma general, con la retribución que les ofrece el empresario³⁶.

La brecha salarial y la desigualdad son una realidad globalizada, está presente en todos los niveles y profesiones, en países desarrollados y en vías de desarrollo, pero presentan niveles distintos dependiendo del desarrollo económico, social y cultural de cada país. Quizás comenzar por la visibilidad del trabajo doméstico y la

33. "Igualdad de género em tiempos del COVID-19", ONU, accesible en <https://www.un.org/es/coronavirus/articulos/igualdad-genero-covid-19> (acceso el 24/01/2021).

34. *Ibidem*.

35. *Ibidem*.

36. *Ibidem*.

sensibilización sea un comienzo importante para lograr avances en la lucha contra la desigualdad, que, a la postre, se traduce en acciones discriminatorias cuando se concluye que las diferencias salariales pueden alcanzar picos altos, lo que puede suceder incluso en países más desarrollados económicamente como el caso de Corea, Japón o Estonia³⁷. El trabajo doméstico no remunerado se considera clave para medir la desigualdad y, por regla general, está fuera del concepto de economía porque “no tiene precio”. Cuidar a una persona mayor, llevar a los chicos a la escuela, lavar, planchar, cocinar: son trabajos que se hacen cotidianamente, en promedio en Argentina unas 6 horas por día. Y eso genera variadas consecuencias: que las mujeres no puedan salir a buscar trabajo, que solo puedan trabajar en jornadas reducidas o en trabajos mal remunerados. Esto genera lo que llamamos “la feminización de la pobreza”³⁸.

Los países deben aplicar estrategias para lograr un desarrollo más adecuado y frenar o reducir la desigualdad, sobre todo porque la persistencia de esta violación de derechos es una de las razones que obstaculizan el desarrollo de la economía. Así, el Fondo Monetario Internacional propone cinco estrategias: (1) incrementar la participación femenina en el trabajo a través de acciones que van desde la seguridad en el transporte público, hasta la dotación de guarderías y escuelas a tiempo completo; (2) incrementar la inclusión financiera, ya que las mujeres representan solo dos quintas partes de los titulares de cuentas bancarias, datos estos obtenidos a partir de investigaciones realizadas en 28 países, lo que impide el financiamiento y reduce el crecimiento económico; (3) adopción de políticas fiscales que permitan la igualdad de género con inversiones que mejoren el acceso a la salud de las mujeres y las oportunidades de educación y empleo; (4) promover el estudio y alcance de las leyes discriminatorias vigentes en diferentes países; (5) la investigación y el análisis de mercado contribuyen a concluir que la participación de las mujeres en la supervisión bancaria genera más estabilidad en estos sectores, lo que se puede lograr mediante una mejor educación, políticas de licencia familiar más equilibradas³⁹.

No solo las instituciones sociales, sino también las económicas, ven a la fuerza laboral femenina como un punto importante para lograr un crecimiento económico y social sostenible, reduciendo, con suerte, la eliminación de la pobreza y la desigualdad social. El trabajo es la forma más adecuada para permitir que las mujeres encuentren la seguridad que necesitan para lograr su independencia, contribuyendo al crecimiento de las sociedades.

37. “Gráfico da Semana: O mundo ainda busca igualdade salarial”, *International Monetary Found*, 6 de agosto de 2018, accesible en <https://www.imf.org/pt/News/Articles/2018/08/06/blog-chart-of-the-week-equal-pay-remains-a-global-issue> (acceso el 20/04/2021).

38. González, D. y D'Alessandro, M.: “La pobreza está feminizada”, *Deutsche Welle*, 28 de mayo de 2019, <https://www.dw.com/es/mercedes-dalessandro-la-pobreza-est%C3%A1-feminizada/a-48941054> (acceso el 20/04/2021).

39. “5 Things You Need to Know About the IMF and Gender”, *IMFBlog*, 22 de noviembre de 2017, accesible en <https://blogs.imf.org/2017/11/22/5-things-you-need-to-know-about-the-imf-and-gender/> (acceso el 20/04/2021).

V. CONCLUSIONES

Es absolutamente indiscutible que el empoderamiento de la mujer puede ser la llave para el crecimiento de la productividad. Más allá de los argumentos de orden social relativos a la necesidad de poner freno a la discriminación y permitir el disfrute del derecho fundamental a la igualdad, existen argumentos de tipo económico que deben ser considerados. Cabe referirse, en este sentido, los tres argumentos expuestos por Christine Lagarte sustentados en exhaustivas investigaciones efectuadas en diversos países: (1) la participación de las mujeres en el mercado laboral puede generar importantes beneficios macroeconómicos: si los países de América Latina aumentan la participación de las mujeres en el mercado laboral y alcanzar el 60% del porcentaje que se da en los países nórdicos, podría aumentar hasta un 10% más, lo que significa que este crecimiento podría facilitar la reducción o eliminación de la desigualdad salarial; (2) viabilizar que las mujeres ingresen al mercado laboral puede ser una solución a los efectos demográficos del envejecimiento de los países que tienen una fuerza laboral reducida, lo que puede impulsar la productividad y aumentar el talento para el crecimiento; (3) es fundamental que un país tenga nuevas ideas y diversifique sus capacidades, esto se puede lograr con la entrada de mujeres en los mercados⁴⁰.

Es evidente que este objetivo solo es posible con una acción concertada entre las políticas gubernamentales y empresariales. Es necesario crear zonas de seguridad que motiven a las mujeres y para favorecer que psicológicamente se sientan cómodas para competir en igualdad de condiciones por idénticos puestos y condiciones laborales, ampliando cada vez más su participación en todos los niveles del Estado y de la vida laboral.

Como se propugna en la Declaración del Centenario de la OIT, el futuro del trabajo debe ser justo, inclusivo, seguro y digno para todos, siendo éste un paso necesario para acabar con la pobreza y la desigualdad social. Es fundamental que las medidas dirigidas a reducir las desigualdades, aumentadas con la pandemia, sean consideradas en la adopción de políticas que tengan como objetivo promover la igualdad. Solo entonces será posible lograr un desarrollo económico y social sostenible.

Bibliografía

- Chant, S. y Pedwell, C.: *Las mujeres, el género y la economía informal: evaluación de los estudios de la OIT y orientaciones sobre el trabajo futuro*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2008.
- Fairlie, R. W.: "Entrepreneurship, Economic Conditions, and the Great Recession", *Journal of Economics & Management Strategy*, núm. 2, 2013.
- Nahas, T. C.: *Reflexiones sobre los Efectos del Capital Globalizado en las Relaciones de Trabajo. Especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur*, Bomarzo, Albacete, 2016.
- Standing, G.: *El precariado: una nueva clase social*, Ediciones Pasado y Presente, Barcelona, 2017.

40. Lagarde, C.: "El argumento económico en favor de empoderar a las mujeres", *Fondo Monetario Internacional*, 18 de noviembre de 2016, accesible en <https://www.imf.org/es/News/Articles/2016/11/18/SP111816-The-Business-Case-for-Womens-Empowerment> (acceso el 20/04/2021).

- Valdés Dal-Ré, F.: "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo", *Sistema: revista de ciencias sociales*, núm. 168-169, 2002.
- Vega Ruiz, M. L. (ed.): *La Reforma Laboral en América Latina: 15 años después. Un análisis comparado*, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 2005.



COVID-19 pandemic, censorship and Labour Law protection in Poland – selected issues

LA PANDEMIA DE COVID-19, CENSURA Y PROTECCIÓN DE LA LEY LABORAL EN POLONIA - TEMAS SELECCIONADOS

Łucja Kobroń-Gąsiorowska

Assistant Professor

Institute of Law and Economics - Pedagogical University in Krakow (Poland)

l.kobron@nckg.pl  0000-0002-8669-452X

Recibido: 15.05.2021 | Aceptado: 07.06.2021

ABSTRACT

Covid-19 pandemic had a significant impact on many areas of human life, and above all, on the area of economic and professional activity. In particular, pandemic changed the labor market, not only in labor market mechanisms but also in fundamental labor laws. The global Covid-19 epidemic resulted in the Polish labor market - remote work, which was a response to the widespread closure of the country. Unfortunately, there also have been problems with the freedom of speech for employees during the coronavirus pandemic in Poland. The paper focuses on the topics mentioned above, stressing areas related to the security of employee rights that can be considered controversial.

RESUMEN

La pandemia COVID-19 tuvo un impacto significativo en muchas áreas de la vida humana, y sobre todo, en el área de la actividad económica y profesional. En particular, la pandemia cambió el mercado laboral, no solo en los mecanismos del mercado laboral, sino también en las leyes laborales fundamentales. La epidemia global de COVID-19 resultó en el trabajo remoto del mercado laboral polaco, que fue una respuesta al cierre generalizado del país. Desafortunadamente, también ha habido problemas con la libertad de expresión para los empleados durante la pandemia de Coronavirus en Polonia. El documento se centra en los temas mencionados anteriormente, destacando las áreas relacionadas con la seguridad de los derechos de los empleados que pueden considerarse controvertidos.

KEYWORDS

COVID-19 pandemic
Labour law protection
Whistleblower
Employees
Remote work
Protection against
Dismissal
Censorship

PALABRAS CLAVE

COVID-19 PANDEMIC
Protección de la ley laboral
Whistleblower
Empleados
Trabajo remoto
Protección contra el
Despido
Censura

CONTENTS

- I. INTRODUCTION
 - II. REMOTE WORK AND EMPLOYEE RIGHTS
 - III. WHY NOT TELEWORK?
 - IV. REMOTE WORK AS A TEMPORARY SOLUTION IN POLAND?
 - V. THE “RIGHT TO SILENCE” IN POLAND
 - VI. EUROPEAN UNION AND WHISTLEBLOWING LEGISLATION
 - VII. THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION AND EMPLOYEE CONSEQUENCES
 - VIII. CONCLUSIONS
- Bibliography

I. INTRODUCTION

The global Covid-19 epidemic occurred in a significant breakdown of the economies of the world countries in the areas of the most significant for labor law and security of the broadly understood work process. In Poland during the Pandemic, the problem with the freedom of speech for health professionals was associated with the disciplinary dismissal of the midwife, which revealed information on the working conditions of the hospital workers. This event was of great importance in the sphere of activities, ensuring the medical sector's safe working conditions. At the same time, from day to day, both employers and a significant part of the employees have passed remote work with the use of distance communication, as on the one hand ensured employers with long-term reduction of business costs. On the other hand, however, work remotely brings many legal and organizational challenges, but it can also be subject to abuse. In Poland, in March 2020, many sectors of the economy have ceased to function correctly, and in others, some activities have been drastically limited. This fact was negative for many employees and employers. Legal provisions regulating the forms of COVID-19 counteracting, including employee rights, change in Poland very dynamically. Starting from the diagnosis of the first patient from COVID-19 on 2 March 2020, the Polish legislator prepared guidelines on the proceedings, prevention, and elimination of COVID-19, other infectious diseases, and unfavorable states caused by crises («Covid 1”). The Act was published on 7 March 2020. However, in mid-April and May, subsequent aid laws, known as Covid 2.0 and 3.0, and a week later, another project, etc., up to the current Covid Act 6.0. A few of these regulations regarding COVID concerns the protection of labor and the actions and duties of employers. The current crisis threw light into two problems in our economic system: securing the work process and freedom of speech. Remote work was introduced to statutory regulations in Poland only in 2020 through the so-called COVID anti-crisis law -19. On this basis, the remote work could be performed on behalf of the employer to counteract COVID-19; and S defined, currently limited until the duration of the epidemic and subsequent three months after the stage of the epidemic (or epidemic risk).

During the “corona-crisis”, the freedom of the speech of employees, also cannot be ignored. The current crisis revealed the full significance of freedom of the word in

reporting irregularities by employees of the medical sector. Therefore, for proper protection of the interests of employers and employees, securing the professional interests of employees in this correct freedom of expression has fundamental importance for the state's economy. Remote work in Poland - a field of abuse of employee rights.

In March 2020, the Polish legislator introduced a state of epidemic alert in Poland, and then on March 7, in connection with the spread of an infectious disease caused by the SARS-CoV-2 virus, the so-called anti-crisis act¹, which was amended several times. The legislator introduced many changes relating to various law branches, particularly labor law, causing changes in the labor market. Finally, in March 2020, appeared the so-called remote work, which informally replaced teleworking existing in the Polish Labor Code (work outside the workplace with remote communication means, the so-called "home office")². There is a reasonable statement that remote work is a pandemic creation in Poland. Remote work has been presented as a form of work performed outside permanent work during the pandemic. The essential function of remote work was a reaction to the restriction of the activities of national economy entities in the current form and the opening of employers to new forms of employment, allowing for social distance and at the same time limiting the costs associated with running a business. The very provision regulating remote work in the act was limited to a laconic statement about working remotely, without significant details. At the end of June 2020, the share of people who worked remotely due to the epidemic situation in the total number of employees was 10.2%, which was 0.8 percentage points less than at the end of March 2020 during the second quarter, the number of employees providing remote work in the public and private sectors was similar. In units employing more than 49 people, approx. 11% of the employed worked remotely due to the epidemic situation, while in units employing up to 9 people it was approx. 8% of the employed. In September 2020, the first signals appeared that remote work could replace telework because the former is more flexible and convenient for both parties of the employment relationship³. Moreover, workers began to notice that, in addition to being instructed to work remotely by the employer, his duties towards his employees ended there, and this began to cause anxiety in the labor market⁴.

II. REMOTE WORK AND EMPLOYEE RIGHTS

The situation caused by the COVID-19 pandemic introduced a discussion not only about remote work itself but also about employee rights related to its performance.

1. Act of March 31, 2020 amending the act on special solutions related to the prevention, prevention and combating of COVID-19, other infectious diseases and emergencies caused by them, and certain other acts, Journal of Laws 2020 item 568.

2. Act of June 26, 1974, the Labor Code, Journal Of Laws 1974 No. 24, item 141.

3. See Praca zdalna w Kodeksie pracy zastąpi telepracę, <https://kadry.infor.pl/wiadomosci/4695641,Praca-zdalna-w-Kodeksie-pracy-zastapi-teleprace.html>.

4. Doubts related to the command to work remotely were repeatedly explained by the National Labor Inspectorate, <https://www.pip.gov.pl/pl/o-urzedzie/wyjasnienia-i-wsparcie-pip/najczestsze-pytania-i-odpowiedzi/praca-zdalna/121593,praca-zdalna.html?pubdate=202102020949>.

Enabling employees to work outside the workplace, and in particular, at home, will allow employers to be more flexible during the COVID-19 pandemic, but at the same time, employees can reconcile their private and professional lives. Remote work is a flexible and atypical form of employment. The significant advantages of remote work are that an employee only need to access the Internet and remote communication to provide work for the employer. The “pandemic discovery” of remote work in its statutory definition is broad and covers the performance of work using electronic means of communication (identical to telework) and other types of work transferred to be performed outside the place of work. In Poland, it is currently assumed that remote work is not the same as teleworking. Firstly, organizing remote work does not require a great organizational effort on the part of the employer, and the fact that employees in Poland working in remote work conditions are not able to determine what employee rights they are entitled to, even for example regarding the organization of computer equipment for remote work or return lump sum for the electricity used to perform the work. As a result, a Polish employee who works remotely under an employment relationship may only be entitled to a specific entitlement under the Labor Code, which also applies to those employees who work at the employer’s premises. Therefore, let us follow the laconic provisions of the anti-crisis act, which introduced the concept of remote work. According to Art. 3 of the Act, point 1 “During the period of an epidemic threat or an epidemic, announced due to COVID-19, and within three months after their cancellation, in order to counteract COVID-19, the employer may instruct the employee to perform, for a specified period, work specified in the employment contract, outside the place of its permanent performance (remote work)”. At the same time, accordingly, point 3. “Remote work may be recommended if the employee has the technical and local skills and capabilities to perform such work and the type of work allows it. (...) 4. the employer provides the tools and materials needed to perform remote work and logistics support for remote work. However, another point of the provision “suspends” the employer’s obligations to provide the employee with tools for work. 5. “When performing remote work, the employee may use tools or materials not provided by the employer, provided that it allows for the respect and protection of confidential information and other legally protected secrets, including business secrets or personal data, as well as information, the disclosure of which could expose the employer to damage. The National Labor Inspectorate has created a collection of questions and answers on its official website, among which it answered pretty extensively to the question about the costs related to remote work and the responsibility of employees⁵.

Remote work is performed on the same working conditions and pay as the work performed at the company’s premises. Where is the difference? A remote employee

5. National Labor Inspectorate, <https://www.pip.gov.pl/pl/o-urzedzie/wyjasnienia-i-wsparcie-pip/najczestsze-pytania-i-odpowiedzi/praca-zdalna/121593,praca-zdalna.html?pubdate=202102020949>; see more: Jacek Andrzejewski: praca zdalna niesie sporo zagrożeń dla pracownika, <https://mojafirma.infor.pl/personel/5165377,Jacek-Andrzejewski-praca-zdalna-niesie-sporo-zagrozen-dla-pracownika.html>; Praca zdalna szansa czy zagrożenie?, <https://mojafirma.infor.pl/personel/5165377,Jacek-Andrzejewski-praca-zdalna-niesie-sporo-zagrozen-dla-pracownika.html>,

is not entitled to any other financial allowance due to remote work because there are no regulations directly related to this issue. The employer may optionally introduce additional benefits in connection with remote work; it all depends on the arrangements between the employer and the employee. If it is not regulated, for example, in the work regulations, the employer is not obliged to create other equivalents or allowances for the time of remote work. Remote work is not only financial benefits but also the issue of health and safety at work of a remote employee, an accident at work, or even working time records. On the other hand, there are initiatives to introduce remote work to the Labor Code⁶. It requires a comprehensive and appropriate regulation, which may be difficult because it cannot resemble telework, which the Polish Labor Code comprehensively regulates. Opinions of both employers and employees support the maintenance of the availability of such a mode of work also after the pandemic. In practice, however, there are still many problems concerning maintaining high standards of protection for employees to not lead to abuses in this regard, which employees who work remotely have to deal with at present. On the one hand, we do not want to overregulate remote work, but on the other hand, the high level of flexibility and the lack of provisions in this regard in the anti-crisis act lead to the weakening of the labor protective law function.

III. WHY NOT TELEWORK?

Teleworking, *i.e.*, working outside the workplace using remote communication means (the so-called “home office”), was not very popular in Poland. It was used sporadically, e.g., due to reasons relating to the employer resulting from the organization of work or for reasons attributable to the employee (personal conditions and the preference to work in this way). Telework has been introduced to chapter IIb of the Labor Code. On October 16, 2007, the provisions of the Act of August 24, 2007, amending the Act-Labor Code and certain other acts implementing the assumptions of the European framework agreement on teleworking. Art. 67(5) §1 of the Labor Code provides that work may be performed: a) regularly outside the workplace, b) using electronic means of communication within the meaning of the provisions on the provision of electronic services (teleworking). Teleworking does not have to be done in the teleworker’s home. It also results indirectly from other provisions of Chapter IIb of the Second Section of the Labor Code. In particular, the content of Art. 67 (14) and 67 (17), which introduce specific regulations - if the work is performed at the teleworker’s home, clearly indicates the possibility of performing work in the form of telework outside the teleworker’s home. In teleworking, the parties to the employment relationship determine when

6. Leśniak, G.: Praca zdalna nieprędko doczeka się uregulowania w kodeksie, https://www.prawo.pl/kadry/praca-zdalna-jakie-sa-ustalenia-partnerow-spoecznych-i-kiedy,505241.html?fbclid=IwAR3UmPjexQNCI3t6hOn-N2H-zMvm50VG5AJqx6_cnDBNV5HgdAkD5Cg1Ye8; Leśniak, G.: Jest projekt o pracy zdalnej-pracownik odpowiedzialny za organizację stanowiska pracy, <https://www.prawo.pl/kadry/pracownik-bedzie-odpowiadal-za-organizacje-stanowiska-pracy,507451.html>.

and where teleworking will be performed (Article 67 § 1). The employer or employee may submit an initiative to work in the form of telework. Contrary to all opinions, teleworking also allows flexibility in settlements between the employer and the studio in terms of equipment necessary for teleworking. Based on Article. 67 § 1 the employer is obliged to:

1. provide the teleworker with the equipment necessary to perform work in the form of telework,
2. ensure the equipment,
3. cover the costs related to installation, service, operation, and maintenance hardware,
4. provide teleworker with technical assistance and necessary training in the field equipment handling - unless the employer and the teleworker decide otherwise.

The employer also defines the rules for recording working time and controlling the employee during the work of the employee, customs, e.g., verification of the state of health and safety at work, but it is worth emphasizing - with the consent of the employee (Art. 67 § 2 point 3)⁷.

IV. REMOTE WORK AS A TEMPORARY SOLUTION IN POLAND?

During the COVID-19 pandemic, under the influence of imposed restrictions, the possibility of remote work for employees appeared in the Polish labor law. Initially, as one of the forms of employee protection, it became the subject of numerous discussions among employees and employers. Undoubtedly, remote work is a response to the inevitable changes in the labor law meal. Special attention is paid to the control and supervision of employees, which leads to greater efficiency of employees. The Polish legislator, taking into account the challenges of labor law during the COVID-19 pandemic and the new realities of working after the pandemic, decided to regulate remote work. On May 19, 2021, a draft act was prepared by the Ministry of Development, Labor, and Technology to amend the Labor Code, the Act on Vocational and Social Rehabilitation and Employment of Disabled Persons, and the Act on Employment Promotion and Labor Market Institutions appeared⁸.

7. See more: Sobczyk, A.: *Telepraca w prawie polskim*. Warszawa: Oficyna Wolters Kluwer 2009; Sowińska-Milewska, D.: *Telepraca a kobiety – z doświadczeń projektów Fundacji Centrum Promocji Kobiet*, w: Szewczyk, A. (red.). *Telepraca – szansą czy zagrożeniem na rynku pracy?* Szczecin: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego 2002; Spytek-Bandurska, G.: *Telepraca jako nietypowa forma zatrudnienia w Polsce. Aspekty prawne i społeczne*. Warszawa: Oficyna Wydawnicza Aspra 2015; Zalewski, T.: *Telepraca do korekty*. Resort pracy przygotowuje zmiany. *Dziennik Gazeta Prawna* 2014, <http://serwisy.gazetaprawna.pl/praca-i-kariera/artykuly/792587,telepraca-do-korektyresort-pracy-przygotowuje-zmiany.html>.

8. See the full text: <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12346911>.

Remote work is to be part of the work code in chapter II c. The definition of remote work became the key to the bill. The labor code is to include three types of remote work performance.

1. it will be work fully or partially performed, agreed by the employees with the employer (Art. 67 (18)),
2. at the employer's request, *i.e.* in exceptional situations, such as the application of an emergency, epidemic threat or epidemic state and within 3 months after their cancellation, as well as due to the employer's inability to ensure health and safety at work, e.g. as a result of a breakdown (Art. 67 (19) § 2),
3. performed occasionally (maximum 12 days a year) (Art. 67 (33)).

An attractive solution is that the employer is obliged to take into account the request of the employee – spouse or employee – parent with complications of pregnancy or employees – parents of disabled children and an employee raising a child until the age of 4, for remote work, unless it is impossible to do so. Due to the organization of work or the type of work performed by the employee.

The employer will be obliged to:

1. provide the employee performing remote work with materials and work tools necessary to perform remote work;
2. cover the costs related to the installation, service, operation and maintenance of work tools necessary to perform remote work, costs of electricity and necessary access to telecommunications links, as well as other costs directly related to the performance of remote work, if the reimbursement of such costs has been specified in the agreement or regulations;
3. provide the employee performing remote work with technical assistance and the necessary training in using the work tools necessary to perform remote work.

The employer will have the right to control the employee's performance at the place of performing remote work and during the employee's working hours on the terms specified in the agreement or regulations. The method of carrying out the control must be adapted to performance and the nature of remote work. Performing control activities may not violate the privacy of the employee performing remote work and other people or impede the use of homerooms in a manner consistent with their intended use. The employer will have the right to control the employee's performance at the place of performing remote work and during the employee's working hours on the terms specified in the agreement or regulations. The method of carrying out the control must be adapted to performance and the nature of remote work. Performing control activities may not violate the privacy of the employee performing remote work and other people or impede the use of homerooms in a manner consistent with their intended use. Online work is an opportunity for a new development of labor law in Poland, but for those companies that understand that working in a task-based system of

tasks will be efficient and satisfy many Polish enterprises. One of the problems Polish enterprises face in fully accepting remote work is the inability to control an employee and their performance while working remotely.

IV. THE “RIGHT TO SILENCE” IN POLAND

Whistleblowers are one of the most effective ways of detecting and preventing activities and irregularities that threaten the public interest. Reporting about irregularities is of great importance in times of crises that may weaken economic processes, and normal supervision over the decision-making process may be impaired. Employees are often the most reliable source of information about inappropriate situations in the workplace. However, revealing them exposes themselves to several risks, including harassment, harassment, and even dismissal. Negative associations related to reporting are remnants of communism in Poland. In Poland, labor law does not provide adequate protection, among others, to employees, interns, apprentices, former employees, and even people who perform atypical work⁹. The whistleblower’s role is not limited to revealing the irregularity, which is the fundamental element of the disclosure process; however, as the recent whistleblower’s actions in Poland show - the whistleblower is a crucial element in the recovery process of the institution where the disclosure took place. Consequently, whistleblowing is necessary for the fight for fairness and the public interest, especially during the COVID-19 pandemic. The most prominent case of acting in the broadly understood public interest is a midwife from a hospital in Nowy Targ. An employee posted a photo on Facebook wearing a protective mask made of a disposable handkerchief. There was also a thread of a makeshift face mask made of a paper towel. The midwife wanted to report how challenging the conditions are in Polish hospitals. In response to the post on Facebook, the employer handed the midwife a statement about the employment contract termination without notice because she violated essential employee obligations, ie, care for the workplace’s good¹⁰. The above-mentioned facts confirm the problem, because it was not the only case when whistleblower in Poland experienced retaliation for reporting irregularities at the workplace.

V. EUROPEAN UNION AND WHISTLEBLOWING LEGISLATION

On 7 October 2019, the Council of the European Union in the Composition of Justice and Home Affairs finally approved the final version of the Directive of the European Parliament and the Council on protecting persons reporting infringements of EU law, also known as the Directive on whistleblowers¹¹. The new legislative act that

9. For instance: fixed-term contract or temporary work.

10. Available in Polish at: https://serwisy.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/1463864,koronawirus-w-polsce-uciszanie-lekarzy.html?fbclid=IwAR0TugvIMeeqzIpb5vX7Rk_xqbGY8-8SmWbaB8bKujPfiVWYeZVFI76aHtE.

11. Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937&from=EN>.

provides for common minimum standards for the protection of signalers in the EU is the result/result of a series of complex negotiations and compromises between various entities and institutions, whose ultimate goal was to ensure a higher level of protection in various sectors subject to EU competences. In order to be effective, the Directive provides for several measures to protect signalers against retaliation and requires private and public entities and national authorities, the establishment of channels enabling easy to report available and reliable. As will be analyzed in detail in subsequent chapters, the importance of signals worldwide is increasingly visible in the light of financial and political scandals, which due to the cross-border dimension of the modern economy and interaction policy, also struck in the many EU Member States. In addition, the provisions on signal protection or only sector instruments apply in all national legislation, which means that protection across the EU has always been fragmented and ineffective¹². Several international entities, such as Transparency International¹³ and the Council of Europe¹⁴, together with the social partners and the European Parliament, have repeatedly asked the European Commission to propose a legal instrument enabling the minimum harmonization of signaling regulations across the EU as a fundamental step towards strengthening the principles of democracy and transparency Inside the Union. Directive Vera Jouranová, Commissioner for Justice, Consumers and Gender Equality, presented as a “breakthrough”. However, according to V. ABAZI¹⁵ - Commissioner exaggerated the importance of new regulations, although they derive from best practices in many respects, including because they contain a broad definition of who can be a signaler and cover a wide range of policy areas the public and private sectors. All forms of retaliation on signals are prohibited, in the case of alleged retaliation, the burden of proof, and there was no retention to the employer.

There is no doubt that every employee (for the broadcasting mentioned above Directive) should benefit from complete protection against possible retention attempts for notification of irregularities and should use them in the same scope. Labor law must be a set of regulations to protect employee interests - a weaker part of the employment relationship. At this point, it should be indicated that the main objective of the Directive is to protect only broadly understood public interest (or a European public interest), while slaughtering the essence of the protection of informers-employees. Protection of employees (mainly) consists primarily of protecting the employee against exclusion from the workplace and, above all from society. Protection against exclusion should be seen as a fundamental operation or to ensure the efficiency of the excellent majority, unless everything. Furthermore, ensuring efficiency may require assistance to all reporting irregularities without showing a limit. The consistent

12. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council, COM(2018) 218 final 2018/0106(COD), Explanatory Memorandum, el.

13. Transparency International (2013), Whistleblowing in Europe: Legal protections for whistleblowers in the EU.

14. Recommendation CM/Rec(2014)7 on the protection of whistleblowers and explanatory memorandum (Online version: Council of Europe Committee of Ministers website), <https://www.coe.int/en/web/cdcj/activities/protecting-whistleblowers>.

15. Abazi, V.: The European Union Whistleblower Directive: “A ‘Game Changer’ for Whistleblowing Protection?”, *Industrial Law Journal*, vol. 49, no.4, December 2020, p. 641.

rejection by the Directive aspects of signaling protection in the scope, respectively, improves the working environment to protect the health and safety of employees and working conditions and would ensure the protection of employees applying violations of both national and EU law. Unfortunately, the Directive focuses only on protecting the European public interest, while the derivative product is to protect professional and social interests employed and the signaling themselves who have been treated by the Directive instrumentally. In general, the legislative initiative has only a direct or indirect dimension and must be related to EU law or EU financial interests.

VI. THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION AND EMPLOYEE CONSEQUENCES

Whistleblowing (literally: informing)¹⁶ consists of disclosing an employee's noticeable irregularities in a workplace by informing people authorized to take corrective actions in an organization or prevent irregularities. It is assumed that employees are the most reliable source of information about abuse in the workplace. By revealing them, they expose themselves to various forms of retaliation, such as exemption from work, harassment by the employer, or colleagues' exclusion. Due to the historical past, whistleblowing's definition in Poland is marked with very negative comparisons¹⁷.

Notwithstanding, it can be argued that when the public is aware of the risk of misconduct by an institution (whether it is a public or private sector institution), public disapproval increases, and thus the perception of the employee who makes the disclosure changes. When society knows what irregularity was disclosed by a signal and what retaliation was taken against signals, a sense of insufficient justice increases. In Polish legal culture, reporting is still very controversial and criticized that it does not provide adequate legal safeguards before retaliation. Anyone, i.e., an employee, trainee, a student, a former employee, or employer's contractor, can be a whistleblower¹⁸. Whistleblowing can act as a reporting mechanism for offenses, fraud, and other forms of illegal or unethical behaviors whose disclosure is an essential feature of a democratic system, especially in the difficult period of the Covid-19 Pandemic. The Polish Labor Code does not contain any protective institutions of employees making irregularities;

16. See PWN Polish Dictionary, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/informator.html>; Santoro, D.; Kumar, M.: *Speaking Truth to Power. A Theory of Whistleblowing*, Springer 2018; Lamer, R. A.: "Whistleblowing and Employee Loyalty", *Journal of Business Ethics*, 1992, 11 (2), s. 125-128; Latan, H.; Chiappetta Jabbour, Ch. J.; Lopes de Sousa Jabbour, A. B.: "Whistleblowing Triangle, Framework and Empirical Evidence", *Journal of Business Ethics*, 2019, 160 (1), s. 189-204; Elliston, F. A.: "Anonymity and Whistleblowing", *Journal of Business Ethics*, 1982 1 (3), s. 167-177; Ceva, E.; Bocchiola, M.: "Theories of Whistleblowing", *Philosophy Compass*, 2019, 15 (1); Prediction of Whistleblowing or Non-Reporting Observation: The Role of Personal and Situational Factors. [REVIEW]. Cassematis, P. G.; Wortley, R.: *Journal of Business Ethics*, 2013, 117 (3), s. 615-634; Santoro, D.; Kumar, M.: "A Justification of Whistleblowing", *Philosophy and Social Criticism*, 2017, 43 (7), s. 669-684; Culiberg, B.; Mihelič, K. K.: "The Evolution of Whistleblowing Studies: A Critical Review and Research Agenda", *Journal of Business Ethics*, 2017, 146 (4), s. 787-803.

17. Kobroń-Gąsiorowska, L.: Czy Polskę czeka era etycznych donosów? Społeczno-prawne aspekty działania, 82 Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ Nauki Społeczne 2015, p. 82; Kobroń, L.: Informator strażnik wartości czy donosiciel, *Palestra*, 2013, no. 12-13, pp. 296-300.

18. Kobroń, L.: Informator strażnik wartości czy donosiciel, *Palestra*, 2013, no. 12-13, pp. 296-300.

on the contrary, the Act regulates the so-called Disciplinary exemption due to violation of essential employee obligations, *i.e.*, art. 52 § 1 point 1 of the Labor Code¹⁹.

The Supreme Court in the judgment of May 10 2018, II PK 74/17 indicated that the employee has the right to the permitted, public criticism of the supervisor (the right to whistleblowing, *i.e.* disclosure of irregularities in the functioning of his workplace consisting in various types of acts of dishonesty, dishonesty involving the employer or his representatives), if this does not lead to a breach of his employee duties, in particular taking care of the welfare of the workplace and keeping secret information, the disclosure of which could expose the employer to damage (loyalty obligation; not infringing the employer's interests - Article 100 § 1 point 4 of the Labor Code), as well as compliance with the company rules of social coexistence (Article 100 § 2 point 6 of the Labor Code). In the opinion of the Court, an employee may not rashly, in a manner justified only by subjective reasons, formulate negative opinions towards the employer or its representatives. «Permitted criticism» must be reliable, factual, and adequate to the specific factual circumstances and in an appropriate form. The essential feature of permitted criticism is the employee's „good faith”, *i.e.*, his subjective conviction that he bases the criticism on truthful facts (with due diligence in checking them) and acts in the employer's legitimate interest. In the Supreme Court's opinion, „caring for the welfare of the workplace” is an employee's obligation to refrain from actions aimed at causing damage to the employer or even considered as actions to the employer's disadvantage. In such situations, the employee's behavior should be assessed in such a way that the emphasis should be placed not so much on the culpable (not guilty) or legal (unlawful) nature of his behavior but on his loyalty to the employer²⁰. However, in a 2017 ruling, the Supreme Court indicated that the condition for the application of Art. 52 § 1 point 1 of the Labor Code (a whistleblower's disciplinary dismissal) is therefore the employee's mental attitude to the effects of his behavior, determined by the will and possibility of foreseeing, *i.e.* awareness of the fundamental nature of the breach of duty and the negative effects that this behavior may cause for the employer. The disciplinary dismissal of a midwife from Nowy Targ was based substantially on art. 100. § 2 p. 4 of the Polish Labor Code, *i.e.*, violation of primary employee responsibilities. In this context, it should be pointed out that regardless of whether the exemption was or was not justified, legal consequences of the employer's will are immediate.

VII. CONCLUSIONS

Although two threads were raised in this paper, I am limited to the indication of several observations. The Covid-19 pandemic resumed a discussion on the need to protect the professional and social interests of employees. This paper aimed to identify the main problems from the perspective of employees with which I have to measure during the ongoing crisis. In the context of Poland, it is worth pointing out the crisis of

19. Labour Code of 26 June 1974 Dziennik Ustaw, 1974 Nr 24 poz. 141.

20. The judgment of the Supreme Court of May 23 2014, II PK 32/14.

freedom of speech through the possibility of revealing irregularities in the workplace. Unfortunately, the form of disciplining the employee is so-called Disciplinary release that refers to immediate effect. The only way to defend such an employee is to appeal to the court of work "Employer's decision". On the other hand, it is also worth pointing out the Polish legislator's positive actions on the regulation of remote work and securing the interests of remote workers. The current bill does not regulate many detailed solutions leaving them by the employer's decision and regulating the internal regulations of the workplace. We do not know if the legislator can replace the regulated teleworking the Labor Code - remote work. Certainly, the rules for remote work cannot be a repetition of the provisions on telework, and time will show how much the benefits of remote work will be with us for longer.

Bibliography

- Abazi, V.: "The European Union Whistleblower Directive: A 'Game Changer' for Whistleblowing Protection?", *Industrial Law Journal*, vol. 49, no.4., 2020
- Cassematis P. G.; Wortley R.: *Journal of Business Ethics*, 117 (3), 2013.
- Ceva, E.; Bocchiola M.: *Theories of Whistleblowing, Philosophy Compass*, 15 (1); *Prediction of Whistleblowing or Non-Reporting Observation: The Role of Personal and Situational Factors* [REVIEW], 2019.
- Culiberg, B.; Mihelič, K. K.: "The Evolution of Whistleblowing Studies: A Critical Review and Research Agenda", *Journal of Business Ethics*, 146 (4), 2017.
- Elliston, F. A.: "Anonymity and Whistleblowing", *Journal of Business Ethics*, 1 (3), 1982.
- Kobroń, Ł.: "Informator strażnik wartości czy donosiciel", *Palestra*, no 12-13, 2013.
- Kobroń-Gąsiorowska, Ł.: Czy Polskę czeka era etycznych donosów? Społeczno-prawne aspekty działania, 82 Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ Nauki Społeczne, 2015.
- Kobroń-Gąsiorowska, Ł.: "Interes Publiczny jako element podstawowy funkcji ochronnej prawa pracy-w kontekście ochrony sygnalistów", *Roczniki Administracji i Prawa*, no. 2, 2019.
- Lamer, R. A.: "Whistleblowing and Employee Loyalty", *Journal of Business Ethics*, 11 (2), 1992.
- Latan, H.; Chiappetta Jabbour, Ch. J.; Lopes de Sousa Jabbour, A. B.: "Whistleblowing Triangle, Framework and Empirical Evidence", *Journal of Business Ethics* 160 (1), 2019.
- Leśniak, G.: Jest projekt o pracy zdalnej-pracownik odpowiedzialny za organizację stanowiska pracy, <https://www.prawo.pl/kadry/pracownik-bedzie-odpowiadal-za-organizacje-stanowiska-pracy,507451.html>.
- Leśniak, G.: Praca zdalna nieprędko doczeka się uregulowania w kodeksie, https://www.prawo.pl/kadry/praca-zdalna-jakie-sa-ustalenia-partnerow-spoecznych-i-kiedy,505241.html?fbclid=IwAR3UmPjexQNCI3t6hOnN2H-zMvm50VG5AJqx6_cnDBNV5HgdAKD5Cg1Ye8.
- Santoro, D.; Kumar, M.: *Speaking Truth to Power. A Theory of Whistleblowing*, Springer, 2018.
- Santoro D., Kumar, M.: "A Justification of Whistleblowing", *Philosophy and Social Criticism* 2017, 43 (7).
- Sobczyk, A.: *Telepraca w prawie polskim*, Warszawa: Oficyna Wolters Kluwer, 2009.
- Sowińska-Milewska, D.: Telepraca a kobiety- z doświadczeń projektów Fundacji Centrum Promocji Kobiet, w: Szewczyk, A. (red.). Telepraca – szansą czy zagrożeniem na rynku pracy? Szczecin: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. 2002.
- Spytek-Bandurska, G.: *Telepraca jako nietypowa forma zatrudnienia w Polsce. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa: Oficyna Wydawnicza Aspra, 2015.



La afiliación al seguro social ecuatoriano como una obligación de los empleadores: hacia un pleno derecho a la seguridad social

AFFILIATION TO THE ECUADORIAN SOCIAL SECURITY AS AN OBLIGATION OF EMPLOYERS: TOWARDS A FULL RIGHT TO SOCIAL SECURITY

María Claudia Sánchez Vera

Magíster en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar - Sede Ecuador

Catedrática de Derecho Laboral Individual y Colectivo

Universidad de Otavalo (Ecuador)

msanchez@uotavalo.edu.ec 0000-0002-1882-0176

Recibido: 27.02.2021 | Aceptado: 21.05.2021

RESUMEN

La presente investigación tendrá como objeto central de estudio la afiliación al seguro social ecuatoriano. No obstante, antes de aterrizar en el tema, se reflexionará sobre puntos indispensables. En el primer acápite, se analizará acerca del trabajo (su noción jurídica, doctrinaria y la visión amplia que la otorga la Constitución de la República del Ecuador), el Derecho Laboral, los principios que lo guían. Ahora bien, posteriormente se desarrollará el trabajo decente y, la precariedad laboral; llegando a tratar aspectos generales de la seguridad social y, su diferencia con el seguro social; posterior a ello, se observará el nacimiento del Seguro General Obligatorio en Ecuador: los seguros de Bismark y Beveridge, aquello para luego abordar los riesgos cubiertos por los Seguro General Obligatorio, las generalidades de la afiliación y, por último la obligación de contribuir al sistema de seguridad social, donde se comparará brevemente el régimen ecuatoriano con el sistema español.

ABSTRACT

This research will have as its central object the affiliation to Ecuadorian social security. However, before landing on the subject, we will reflect on essential points. In the first step, it will be analyzed about the work (its legal, doctrinal notion and the broad vision granted by the Constitution of the Republic of Ecuador), labour law, the principles that guide it. However, decent work and job precariousness will subsequently develop; dealing with general aspects of social security and, its difference with social security; subsequently, the birth of compulsory General Insurance in Ecuador shall be observed: Bismark and Beveridge's insurance, which then addresses the risks covered by

PALABRAS CLAVE

Afiliación
Seguridad social
Seguro social
Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social
Obligación

KEYWORDS

Affiliation
Social security
Social security
Ecuadorian Institute of Social Security
Obligation

compulsory General Insurance, the generalities of membership and, finally, the obligation to contribute to the social security system, where the Ecuadorian regime will be briefly compared with the Spanish system.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. TRABAJO: NOCIÓN CONCEPTUAL Y JURÍDICA
 - A. El derecho laboral
 - 1. Principios del derecho laboral
 - a) Trabajo decente y precariedad laboral
 - B. El derecho a la Seguridad Social: diferencia con el seguro social y demás nociones generales
 - C. Nacimiento del Seguro General Obligatorio en Ecuador: seguro de Bismarck y de Beveridge, riesgos cubiertos, afiliación y obligación de contribución
- III. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo académico, se abordará una temática muy interesante y coyuntural para la población y sus derechos, este es la afiliación al seguro social ecuatoriano; aquello de la mano de doctrina y normativa tanto nacional como internacional. Sin embargo, para la óptima comprensión del lector, sobre el objeto de estudio central, es necesario analizar varios tópicos, tales como: el trabajo (noción jurídica y doctrinaria, recalcando la visión amplia que reconoce a este término la Constitución de la República del Ecuador, las partes que intervienen, entre otros), el Derecho Laboral (como un conjunto de normas, instituciones y principios que nace con la finalidad equiparar de alguna manera la balanza de una evidente jerarquización), los principios que lo guían, poniendo énfasis en los principios protectorio y de progresividad, pasando también a reflexionar acerca el trabajo decente, de la precariedad laboral.

Posterior a ello, se reflexionará teóricamente acerca de la seguridad social, misma que tiene un vínculo sumamente estrecho con el trabajo decente, con el Derecho Laboral; y, su diferencia con el seguro social, el nacimiento del Seguro General Obligatorio en Ecuador, pasando revista de los seguros de Bismarck y Beveridge, luego se dará a conocer sobre los riesgos cubiertos por el Seguro General Obligatorio, las generalidades de la afiliación y, por último se hará una breve reflexión y comparación acerca de la obligación de contribuir al sistema de seguridad social, entre el régimen ecuatoriano y español.

En definitiva, el objetivo de esta investigación, es generar conciencia en la ciudadanía, tanto empleadora como trabajadora de la gran importancia que tiene la afiliación al sistema de seguridad social, los beneficios para los asegurados y sus dependientes; pero además la cantidad de población que está asegurada en Ecuador y, las consecuencias

que puede llegar a tener el incumplimiento para los empleadores y, el rol tan preponderante del Estado a través del IESS de controlar su cumplimiento por parte de las empresas y las personas naturales como dadores de trabajo; todo ello utilizando los métodos: analítico crítico y documental.

II. TRABAJO: NOCIÓN CONCEPTUAL Y JURÍDICA

Para empezar, es indispensable recordar la definición del término *trabajo*¹. En este contexto, Graciela Monesterolo en su obra *Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano*, cita al profesor Domingo Campos Rivera, para quien “[...] [la] noción jurídica concibe al trabajo como toda actividad humana, ya sea *material o intelectual*, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, cualquiera sea su finalidad [...]”². Cabe recalcar, que dentro de la primera categoría se encuentran los obreros, quienes en su actividad laboral predomina la fuerza física, la contraprestación que reciben se conoce como salario, mientras que dentro del segundo grupo se observa a los empleados, quienes realizan una actividad donde resalta la parte intelectual, su remuneración se conoce como sueldo.

De lo expresado por la autora se desprende que para las ciencias jurídicas, trabajo significa toda acción ejecutada por las personas naturales; este es “un ser humano de carne y hueso”³, de forma dependiente o autónoma; ya sea que predomine la fuerza física del trabajador (actividad material), o el aspecto vinculado con el análisis, razonamiento, pensamiento (actividad intelectual), teniendo como finalidad garantizar una vida digna a su familia. En definitiva, el trabajo es libertad, que *dignifica* a quien lo realiza.

Sin embargo, merece la pena hacer hincapié en la idea de que esta definición excluye al trabajo no remunerado que se realiza en los hogares, siendo que éste también es considerado como una modalidad de trabajo desde el 20 de octubre de 2008, fecha en la cual entró en vigencia en Ecuador, la actual Constitución. En concordancia, el artículo 325 del citado cuerpo normativo, señala que “[...] [se] reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano [...]”⁴.

1. Es imprescindible dar a conocer que el trabajo, se clasifica en: autónomo y dependiente. Al primero, se lo conoce como aquel “[...] que no se presta en condiciones de ajenidad y dependencia, sino de modo independiente y por cuenta propia. Se trata, pues, de la antítesis del trabajo típico objeto de regulación por el Derecho del Trabajo [...]”. Véase en: Montoya, A.: “Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo”, *Temas Laborales*, 2005, p. 26. Con respecto a la segunda modalidad, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), asimila el trabajo dependiente a los “[...] paradigmas tradicionales del empleo subordinado [...]”. Véase en: Oficina Internacional del Trabajo.: *Definición y medición: Estadísticas del trabajo por cuenta propia económicamente dependiente*, OIT, Ginebra, s.f.

2. Monesterolo-Lencioni, G.: *Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano*, Biblos Lex, Quito, 2015, p. 27.

3. Fernández-Vintimilla, E.: *Los Costos Laborales y del IESS*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2013, p. 152.

4. Asamblea Nacional Constituyente.: *Constitución de la República del Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Registro Oficial, 449, de 20 de octubre de 2008, art. 325.

En este punto vale la pena un pequeño paréntesis para recalcar dos aspectos importantes que se desprenden del texto constitucional; el primero que reconoce al trabajo en su visión amplia. No obstante, ni siquiera los clásicos trabajadores bajo relación de dependencia que tienen un empleador a quien exigir el cumplimiento de sus obligaciones laborales gozan de una plena protección, ni se diga los trabajadores: autónomos, independientes, quienes trabajan en el campo, las personas que realizan trabajo no remunerado en el hogar. El segundo es una aclaración, en razón de que comúnmente genera confusión entre el servicio doméstico que se presta en los hogares, con el trabajo no remunerado en el hogar o labores de auto sustento y cuidado humano; las actividades en el primero se realizan bajo relación de dependencia, mientras que, en el caso del segundo, no existe empleador, ni remuneración por los servicios prestados.

Para terminar con este acápite, el hecho de que el trabajo no remunerado del hogar, carezca de las dos partes que intervienen en la clásica relación *obrero patronal*; dejando claro que ésta forma de conocer a la relación que surge de un contrato de trabajo, es obsoleta. En primer lugar, el término *patrono* es discriminatorio, por lo cual se lo llama actualmente *empleador*. En segundo lugar, la palabra *obrero* significa que en la actividad predomina la fuerza física, por lo tanto, se lo conoce únicamente como *trabajador*, para englobar a la actividad física y al aspecto intelectual. En otros términos, ante la ausencia del empleador, las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar, quienes no gozan de un pleno derecho al trabajo ni a la seguridad social, no tienen a quien exigir el respeto a sus derechos laborales, razón por la cual están en completa indefensión.

Ahora bien, cabe recalcar que el trabajo es catalogado como un *derecho humano*⁵, reconocido tanto en la Constitución como en los tratados o convenios internacionales. En concordancia, el artículo 33 de la Constitución, dispone que el trabajo:

“[...] es un derecho y un deber social, [...], fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, [...], remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”⁶.

De lo expresado, es necesario destacar la obligación constitucional que tiene el Estado ecuatoriano de velar por que ésta premisa se cumpla. En otras palabras, de

5. Dícese del “[conjunto] de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.” Véase en: Rodríguez, J. y Carbonell, M.: *Derechos Humanos*, Editorial Porrúa/UNAM, México, 2009, pp. 481 – 484. Ahora bien, también es básico indicar sus características. En ésta misma línea, los derechos humanos son “[...] a) ser auténticos derechos, es decir bienes debidos, no meros ideales para alcanzar; tampoco apreciaciones subjetivas ni valoraciones ni principios morales ni postulados políticos o requerimientos sociales; b) ser inherentes a la naturaleza humana o a la dignidad de la persona, c) ser preexistentes a la ley positiva y d) ser constitutivos del gobierno democrático”. Véase en: Hoyos, I.: *De la dignidad y de los derechos humanos*, Universidad de la Sabana/Editorial Temis S.A, Colombia, 2005, p. 127.

6. Asamblea Nacional Constituyente.: *Constitución de la República del Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Registro Oficial, 449, de 20 de octubre de 2008, art. 33.

que los ciudadanos accedan a un puesto de trabajo, donde se respeten sus derechos laborales, tales como: remuneración justa (conforme al *salario básico unificado*), protección frente a la seguridad social, salud y seguridad ocupacional, su dignidad en calidad de persona y trabajador, lo cual empata con el concepto de trabajo decente que se analizará a conforme avance el estudio.

A. El derecho laboral

Como un antecedente relevante, es necesario precisar que, a esta esfera del Derecho, se la conoce también como *Derecho del Trabajo*. En concordancia, Isabel Robalino con base a un trabajo académico realizado por Néstor de Buen, lo define como el “[...] conjunto de normas que directa o indirectamente derivan de la prestación, libre, subordinada y remunerada de servicios personales y cuya función es producir el equilibrio de los factores en juego mediante la realización de la justicia social [...]”⁷. No obstante, cabe recalcar que el Derecho Laboral no sólo está conformado por un conjunto de normas, sino también de principios o también conocidos como *mandatos de optimización*⁸ en palabras de Alexy y, valores; aquel regulan ésta prestación de servicios lícitos y personales, (bajo relación de dependencia o no), tratando de equilibrar la balanza de la clásica desigualdad entre las partes (empleador – trabajador), velando por los derechos de la parte más débil de la relación, de los trabajadores.

Siguiendo con el hilo conductor planteado para el desarrollo de la presente investigación, el trabajo jurídicamente hablando lleva consigo una relación entre empleadores y trabajadores, misma que es estudiada por el Derecho Laboral. En esta misma línea, Graciela Monesterolo cita a Julio César Trujillo, quien lo define como el “conjunto de principios, instituciones y normas que regulan las relaciones entre trabajadores y empleadores, cualesquiera sean las modalidades y condiciones de trabajo, [...], y la de todos ellos con el Estado [...]”⁹. En concordancia con lo señalado, lo expuesto por el autor responde claramente a la esencia de un Estado Constitucional, donde la fuente no es únicamente la ley, a diferencia del Estado de Derecho.

1. Principios del derecho laboral

Acerca de este tema es indispensable dejar claro de que existe un principio que permite distinguir al Derecho Laboral de otras ramas del Derecho, este es el principio protectorio, siendo aquel de “[...] lo cual procede el derecho del trabajo a fin de lograr un cierto equilibrio jurídico entre empleado y empleador en la relación laboral en dependencia, y así permitir el imperio de la justicia en dicho tipo de vinculación particular [...]”¹⁰. Este principio responde a la naturaleza tutelar única del Derecho del Trabajo.

7. Robalino, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Fundación Antonio Quevedo, Ecuador, 2006, p. 32.

8. Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, México, 1997.

9. Monesterolo-Lencioni, G.: *Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano*, ob. cit., p. 32.

10. Díez, M.: “Los principios del Derecho Laboral”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2019, p. 340.

Ahora bien, otro principio que necesario conocer, es el de *progresividad*, aquel que en el caso ecuatoriano incluye a la prohibición de regresividad. En esta tónica, Magdalena Sepúlveda indica que “[...] los Estados han asumido una obligación de ‘avanzar’ supone, al menos, dos obligaciones implícitas: 1) la obligación de mejorar continuamente el disfrute de los derechos; y 2) la obligación de abstenerse de tomar medidas deliberadamente regresivas [...]”¹¹. No obstante, el referido principio guía la aplicación de todos los derechos constitucionales, no sólo del derecho al trabajo y, significa una obligación a nivel internacional de los Estados que han suscrito el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de desarrollar el contenido de los derechos, no de retroceder en los avances conseguidos.

a) Trabajo decente y precariedad laboral

Toda vez que se ha explicado lo referente al trabajo y a la rama del Derecho que lo estudia, al respecto del término *trabajo decente*, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), lo define como:

“[...] la oportunidad de acceder a un empleo [...] que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres”¹².

Dicho de otro modo, el trabajo decente ve al trabajador como un ser humano, reconociéndole una retribución justa a su esfuerzo, que le permita tanto a él como a los suyos vivir con dignidad, constante progreso y capacitación en sus habilidades laborales, seguridad social a él y a su familia, libertad de asociación, igualdad y no discriminación en el trato. En definitiva, el trabajo decente es todo lo que un ser humano aspira tener cuando se inserta en el mercado de trabajo; es además una cristalización del principio protectorio y del principio de progresividad; principios que guían el Derecho Laboral.

En más, se debe hacer énfasis en que:

“[...] el respeto de los derechos laborales fundamentales, la protección social y demás [, son] rasgos del trabajo decente y su inobservancia [...] es incompatible con el desarrollo sostenible de los Estados, en la medida que debilita los ingresos públicos, favorece la corrupción política e imposibilita el desarrollo de empresas responsables y competitivas”¹³.

11. Sepúlveda, M.: *La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión progresivamente*, CEDAL/CELS, Buenos Aires, 2006, p. 124.

12. Organización Internacional del Trabajo: *Trabajo decente*, OIT, Ginebra, s.f.

13. Monereo Pérez, J. L. y Perán, S.: “La economía sumergida y su incidencia en el trabajo y en la seguridad social: la defensa internacional del trabajo decente”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, p. 277.

En definitiva, del aporte de los autores se destaca que la afiliación a la seguridad social, es un elemento importante del trabajo decente y, su evasión no solamente implica menores ingresos para el sistema de seguridad social, sino que también fortalece la corrupción de las empresas, actuando sobre las empresas responsables como una especie de enfermedad que puede ser contagiosa.

No obstante, la realidad es distinta a lo pregonado por la norma suprema, el mercado de trabajo no “[...] involucra la posibilidad de elegir, de decidir sobre opciones [...]”¹⁴, siendo más bien el trabajo un privilegio para pocos, en razón de que la oferta laboral es reducida, más bien la población trabajadora se encuentra en *actividades informales* ¹⁵. Lo cual es inaceptable en un Estado Constitucional de derechos, tal como caracteriza la propia Constitución al Estado ecuatoriano. En este contexto, la Amnistía Internacional en su texto titulado *Derechos humanos para la dignidad humana: Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, sostiene que a pesar de que:

“[...] los derechos económicos, sociales y culturales se han considerado a menudo como obligaciones fundamentalmente positivas que se imponen a los Estados y han quedado reducidas a una lista de deseos, [cuando] en realidad, ser el responsable de facilitar en última instancia (interviniendo cuando los individuos y las comunidades no pueden ejercer sus derechos) es tan sólo uno de los elementos que componen las obligaciones de los Estados [...]”¹⁶.

En este caso, al ser el Estado el responsable de velar por el Buen Vivir de los ciudadanos y, al haber el Estado ecuatoriano suscrito y ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); tratado internacional que es vinculante y forma parte del ordenamiento jurídico, debe respetarlo en su totalidad, procurando todos los medios y herramientas para que: el trabajo, la seguridad social y, otros derechos que se encajen dentro de esta categoría, sean reconocidos en la práctica a toda la población sin discriminación alguna en su total plenitud, respetando el concepto en el cual tanto se ha hecho hincapié, como es la dignidad humana. No obstante, los derechos económicos, sociales y culturales tal como se ha señalado no han sido más que falsas promesas, reduciendo el valor tanto de la Constitución, como de los convenios internacionales. En consecuencia, por ello el Estado podría inclusive hasta ser responsable internacionalmente.

Para cerrar, es indispensable indicar que “pensar en la oferta de trabajo desde la perspectiva del trabajo decente constituye una estrategia de enorme relevancia hacia la transición de sociedades que buscan disminuir la desigualdad social y mejorar la

14. Villamizar, C.: *Aproximación al concepto de trabajo en Max Weber*, Escuela Nacional Sindical, Colombia, 2003, p. 79.

15. “El trabajo informal tiene como consecuencia añadida la exclusión de los sistemas de protección social de aquellos trabajadores cuya vida laboral se desarrolla básicamente fuera de las prácticas legales y convencionales”. Véase en: Monereo Pérez, J. L. y Perán, S.: “*La economía sumergida y su incidencia en el trabajo y en la seguridad social: la defensa internacional del trabajo decente*”, ob. cit., p. 288.

16. Amnistía Internacional.: *Derechos humanos para la dignidad humana: Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, Amnistía Internacional, España, 2014, pp. 40-41.

equidad de oportunidades [...]”¹⁷. En otras palabras, no son tan importantes las plazas de trabajo que se oferten, sino la calidad de las mismas; son necesarias, aquellas que permitan al trabajador desarrollar sus actividades laborales en condiciones óptimas, seguras, de respeto a sus derechos, lo cual es vital en una sociedad que camina hacia la igualdad y la equidad social.

En contraposición con lo señalado, se trae a colación el término *precariedad* laboral. En este contexto, se cita a Mariana Barattini, quien en su investigación titulada *El trabajo precario en la era de la globalización ¿Es posible la organización?*, basándose en el pensamiento de Aguiar, señala que:

“[...] La OIT utilizó dicho concepto por primera vez en 1974, y era definido por la inestabilidad en el puesto de trabajo, ya sea por la inexistencia de contrato, o por contratos por tiempo determinado; [...] pero siempre la precariedad era pensada como un efecto no deseado [...] de la incorporación de las tecnologías al proceso productivo y la implementación de nuevas formas de organización del trabajo [...]”¹⁸.

En suma, de lo indicado se evidencia que la precariedad laboral es la cara contraria al trabajo digno, al respeto del principio de estabilidad laboral, ya sea por la inexistencia de un contrato individual de trabajo, o por qué la legislación normativiza los contratos a plazo fijo; dejando en la incertidumbre al trabajador, a sabiendas de que su empleo pende de un hilo, lo cual da paso a vulneraciones de derechos laborales, en razón de que los trabajadores se ven obligados a callar, por miedo de perder sus trabajos. Además, un salario inferior al mínimo y el irrespeto a las jornadas laborales, también configuran la no deseada precariedad laboral.

B. El derecho a la seguridad social: diferencia con el seguro social y demás nociones generales

En este punto, se abordarán aspectos relevantes en lo referente a una rama que si bien es cierto no es parte del Derecho Laboral, tiene un nexo muy fuerte y, es un complemento sumamente importante de esta esfera del Derecho.

A manera de inicio, la seguridad social es aquella “[...] modalidad de actuación administrativa orientada a compensar la pérdida de rentas de trabajo mediante prestaciones, sobre todo dinerarias, que el Estado financia [...]”¹⁹. Los juristas españoles, desde su realidad entienden a la seguridad social no como un derecho, sino como una forma de actuar por parte de la administración pública, cuya finalidad es la de subsanar la pérdida de ingresos a causa del desempleo por medio de prestaciones pecuniarias que se les otorgará a los ciudadanos afectados y, que el Estado financia.

17. Gálvez, E. y otros.: *El trabajo decente: Nuevo paradigma para el fortalecimiento de los derechos sociales*, UNAM, México, p. 101.

18. Barattini, M.: “El trabajo precario en la era de la globalización ¿Es posible la organización”, *Polis Revista Latinoamericana*, 2009, p. 1.

19. Martínez, J. y otros.: *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo, A Coruña, 2008, p. 1.

No obstante, la presente definición relega a las demás prestaciones que otorga el Seguro General Obligatorio y, que se analizarán más adelante.

En América Latina, sobre todo en el Ecuador, la situación es muy diferente. En ésta misma línea, Angélica Porras define a la seguridad social como “un derecho humano, que tiene como fin proteger a todas las personas frente a las contingencias de la vida, derivadas de la falta de ingresos producidos por enfermedad, incapacidad, invalidez, vejez, desempleo o muerte”²⁰. Tal como se desprende del criterio de la autora, la seguridad social no es una modalidad de actuación, sino es un derecho humano que protege a la ciudadanía en general sin importar su condición laboral. No obstante, se debe dejar claro que existe una distinción con los *derechos fundamentales*²¹.

Ahora bien, en este momento es necesario hacer un breve paréntesis para enriquecer la reflexión con un estudio comparativo con la situación del hermano país de Colombia, en el cual “desde la [sentencia] T-561 de 1992 la Corte Constitucional considera como derecho fundamental la seguridad social cuando su no reconocimiento quebranta derechos fundamentales”²². Dicho de otro modo, es interesante como los jueces constitucionales de Colombia son realmente creadores de Derecho a partir de la jurisprudencia, pero en sentido regresivo, ya que a diferencia del Ecuador que reconoce a la seguridad social como un derecho humano y, el estar positivizado lo vuelve fundamental, en el país vecino su categoría de derecho fundamental está condicionada a que se vulnere otro derecho que si está reconocido inicialmente como tal.

Siguiendo con el hilo conductor trazado, otro aspecto que permite diferenciar, es que ésta no es financiada solo por el Estado, sino también por los afiliados bajo relación de dependencia, sus empleadores, trabajadores autónomos o independientes y, en el caso de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar; *contribuyen al sistema de seguridad social*, el Estado y la unidad económica familiar. Además, como se verá más adelante, el *IESS no solo protege a los afiliados sino también a sus dependientes*²³, aquello que responde a la época del “[...] surgimiento de los Seguros Sociales, [donde] la protección de la familia desde los poderes públicos se manifestaría en primer término mediante la extensión de la protección dispensada al trabajador [,] a sus familiares [...]”²⁴. Es entonces, la solidaridad lo primordial del actuar en las relaciones familiares, por lo cual el Estado debe replicarla amparando a los trabajadores y a su familia.

20. Porras, A.: “La seguridad social en Ecuador: Un necesario cambio de paradigmas”, *Foro Revista de Derecho*, 2015, p. 91.

21. En esta tónica, “se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa de reservar el término ‘derechos fundamentales’ para designar los derechos positivados a nivel interno”. Véase en: Pérez-Luño, A.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 44. En concordancia entonces, la seguridad social en el caso ecuatoriano, sería un derecho humano y fundamental a la vez, en razón de que el ordenamiento jurídico interno lo reconoce como tal y, está positivizado.

22. Rodríguez, R.: *Estudios sobre Seguridad Social*, Universidad del Norte/Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2012, pp. 55-56.

23. Acerca de la extensión de cobertura de salud, el artículo primero de la Resolución N.º CD. 357 del IESS dispone “[reemplazar] en el artículo único de la Resolución C. D. 265 de 8 de junio de 2009: “seis (6)” por “dieciocho (18)”. Véase en: Consejo Directivo IESS.: *Resolución N.º C.D. 357*, IESS, Quito, Registro Oficial 400, de 10 de marzo de 2011, art. 1.

24. Buenaga, O.: *La familia y la seguridad social*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 93.

Esta situación evidencia que los términos *asegurados* y *beneficiarios* no son sinónimos. En otras palabras, son asegurados quienes aportan económicamente al mantenimiento del sistema de seguridad social, mientras que los beneficiarios son quienes reciben las prestaciones de la seguridad social sin que necesariamente contribuyan; no siempre los asegurados son los beneficiarios, otro ejemplo aparte de la extensión de cobertura de salud, es el montepío (pensión de viudedad y de orfandad) y, el auxilio de funerales, donde a causa del fallecimiento del afiliado las prestaciones, en el caso de la *pensión de viudedad* recibe la o el cónyuge o conviviente supérstite en unión de hecho legalmente reconocida, quien la pierde al contraer nuevas nupcias o legalizar otra unión de hecho. Ahora bien, la *pensión de orfandad* la reciben los hijos e hijas del afiliado fallecido hasta los dieciocho años de edad o de por vida si se demuestra su incapacidad total para trabajar.

Sin embargo, la seguridad social entre otras características, es que es un derecho: prestacional, irrenunciable e imprescriptible. En este contexto, la naturaleza prestacional que distingue al derecho a la seguridad social, responde a su “[...] contenido obligacional consiste en dar o en hacer bienes o servicios que, en principio, el sujeto titular podría obtener en el mercado si tuviera los medios suficientes para ello”²⁵. En otras palabras, las prestaciones del seguro social se materializan a través de un presupuesto, de recursos económicos, de *gasto público*²⁶ que en materia de seguridad social sobre todo debe respetar las necesidades básicas de la población, debe ser ejercido por la administración con responsabilidad, eficiencia, transparencia y evitando la práctica común de la corrupción, velando por la sociedad en su conjunto y no por los intereses del gobierno de turno. Es entonces, que el famoso *principio de universalidad*²⁷, se cristalizará con los recursos suficientes y una administración responsable y técnica de ellos.

Para cerrar este acápite, como ya se dijo con anterioridad, la seguridad social es un derecho al cual se le otorga la característica de *irrenunciable*, lo cual significa que no es posible que una persona renuncie a ser afiliada al sistema de seguridad social, o que estando asegurada o siendo beneficiaria de las prestaciones del seguro social se prive voluntariamente de los mismos, en razón de que su renuncia está prohibida por ley y, no afecta únicamente al interés individual del renunciante. Por ejemplo: Si una persona renuncia a su afiliación al IESS, estaría afectando también a su familia, ya que en un futuro si fallece sus hijos menores de edad y, su cónyuge supérstite, no podrán beneficiarse de la pensión de orfandad y, de viudedad respectivamente.

En cuanto a la seguridad social como un derecho imprescriptible, quiere decir que la falta de afiliación al IESS lo pueden y, se han dado casos de reclamos inclusive hasta

25. Prieto Sanchís, L.: *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010, p. 108.

26. Al cual se lo define como “[...] una erogación monetaria, realizada por autoridad competente, en virtud de una autorización legal y destinado a fines del desarrollo nacional que se estima como interés colectivo”. Véase en: Ahumada, G.: *Tratado de Finanzas Públicas*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1969, p. 69.

27. Dícese que “el alto significado del principio de universalidad consiste en alcanzar la protección de toda la población contra todos los riesgos y contingencias sociales”. Véase en: Proaño-Maya, M.: *Seguridad Social y Sociedad Democrática*, Editorial Americana, Quito, 2014, p. 58.

a los herederos del empleador fallecido; en este caso se aplica la normativa que estuvo vigente en ese entonces.

No obstante, es trascendental aclarar que la *seguridad social* es diferente al *seguro social*. Al respecto, la profesora Angélica Porras contribuye al debate, cuando manifiesta que “[...] la seguridad social es el derecho mientras que el seguro social y el piso mínimo de protección social son los medios para llevarlo a cabo”²⁸. Por lo tanto, la seguridad social es un derecho reconocido tanto en la Constitución de la República del Ecuador de 2008 (*normativa nacional*), misma que en su artículo 34 dispone que “[...] [el] derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado [...]”²⁹.

Además, cabe recalcar que el referido derecho también está reconocido en varios tratados internacionales de derechos humanos; aquellos que toda vez que han sido ratificados por los estados pasa a ser vinculante (*normativa internacional*). En concordancia, el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, indica que “[toda] persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional, [...] la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad [...]”³⁰. Dicho de otro modo, todos los seres humanos por el simple hecho de pertenecer a una sociedad, tiene derecho a un pleno derecho a la seguridad social, para lo cual el Estado agotará todos los esfuerzos; mientras que el seguro social es la herramienta para hacerlo efectivo a través de las *prestaciones que frente a las contingencias*³¹ reconocidas, brinda el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social³², tal como se expresa en el primer inciso del artículo 370 de la Constitución de la República, el cual dispone que “[...] el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, entidad autónoma regulada por la ley, será responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio [...]”³³ a los afiliados y su grupo familiar. Mientras que, en España, la entidad competente en materia de seguridad social, es el *Ministerio de Empleo y Seguridad Social*³⁴. En definitiva, en Ecuador el Ministerio de Trabajo se encarga

28. Porras, A.: “La seguridad social en Ecuador: Un necesario cambio de paradigmas”, *Foro Revista de Derecho*, 2015, p. 92.

29. Asamblea Nacional Constituyente: *Constitución de la República del Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Registro Oficial, 449, de 20 de octubre de 2008, art. 34.

30. Asamblea General de las Naciones Unidas.: *Declaración Universal de Derechos Humanos*, ONU, Nueva York, 10 de diciembre de 1948, art. 22.

31. Cabe recalcar, que el infortunio, riesgo o necesidad que sufre el ciudadano afiliado al sistema de seguridad social, se conoce como contingencia; mientras que al remedio que permite de alguna subsanarlo, se lo denomina prestación. Por ejemplo: la contingencia es la muerte del ciudadano afiliado y, el auxilio de funerales y la pensión de montepío a la que tienen derecho la o el cónyuge supérstite y, los hijos hasta los dieciocho años de edad o mayores en caso de que se acredite con el respectivo carnet del CONADIS la respectiva discapacidad que le imposibilite trabajar.

32. Ahora bien, es vital tener conocimiento de que “mediante Decreto Supremo N.º 40, de 2 de julio de 1970 y publicado en el Registro Oficial N.º 15, de 10 de julio del mismo año, se transformó la Caja Nacional del Seguro Social en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”. Véase en: Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social: *Manual para Afiliados y Empleadores*, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Quito, 1986, p. 4.

33. Asamblea Nacional Constituyente: *Constitución de la República del Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Registro Oficial, 449, de 20 de octubre de 2008, art. 370.

34. “Art. 5.- 1. Las funciones no jurisdiccionales del Estado en materia de Seguridad Social que no sean propias del

de aspectos netamente laborales, mientras que la seguridad social es responsabilidad del IESS, a diferencia del régimen español, en donde se fusionan estos dos asuntos dentro de un mismo ministerio.

C. Nacimiento del Seguro General Obligatorio en Ecuador: seguro de Bismarck y de Beveridge, riesgos cubiertos, afiliación y obligación de contribución

Previo a conocer acerca del Seguro General Obligatorio en Ecuador, es indispensable hacer un recorrido histórico para conocer que “[...] a principios del siglo XX, se reconocerían en algunos países europeos, los derechos de los trabajadores relativos a la seguridad social. Destacan particularmente el modelo desarrollado en Alemania por Bismarck y el implementado en el Reino Unido por Beveridge [...]”³⁵. Ahora bien, cabe recalcar que posterior a estos existieron varios seguros, construidos con base en los dos que anteriormente se hizo referencia.

Por un lado, el modelo bismarckiano, “[...] basa en una relación bilateral: a cambio de una contribución versada por el asegurado, le es acordada una indemnización en caso de sufrir alguno de los riesgos cubiertos. Además, el empleador debe aportar una contribución proporcional a la del asegurado [...]”³⁶. Es evidente que se trata de un modelo clásico, pensado en el obrero de la fábrica, el cual siguió al principio el sistema de seguridad social ecuatoriano.

Sin embargo, por otro lado, está el modelo de Beveridge, el cual contempla “[...] un campo de aplicación personal de naturaleza universal; es decir, para toda la población [...]”³⁷. Este modelo cristaliza el principio de solidaridad; significa un avance, el cual se financia además de los aportes, con los impuestos de los ciudadanos y ciudadanas. Es más, es indispensable mencionar que el sistema de seguridad social ecuatoriano en la actualidad tiene mucho del modelo universal de Beveridge, combinado con el modelo de Bismarck, por lo tanto, es un modelo mixto.

Ahora bien, en el Ecuador la primera noción del seguro social a fines de 1927, durante el “[...] gobierno presidido por el doctor Isidro Ayora, [quien] estudió el problema y consideró oportuno el momento para abordar la cuestión relativa a un sistema de pensiones para todo el personal de la Administración Pública [...]”³⁸. No obstante, hay que tomar en consideración de esta protección quedaba excluido el sector privado, el autónomo y el informal.

Gobierno se ejercerán por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, sin perjuicio de las que puedan corresponder, en el ámbito específico de sus respectivas áreas, a otros departamentos ministeriales”. Véase en: Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Real Decreto Ejecutivo 8/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Boletín Oficial del Estado, núm. 261, de 31 de octubre de 2015, art. 5.

35. Sánchez, A.: *La seguridad y la protección social en México. Su necesaria reorganización*, UNAM, México, 2012, p. 5.

36. Sánchez, A.: *La seguridad y la protección social en México. Su necesaria reorganización*, ob. cit., p. 8.

37. Sánchez, A.: *La seguridad y la protección social en México. Su necesaria reorganización*, ob. cit., p. 13.

38. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social: *Manual para Afiliados y Empleadores*, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Quito, 1986, p. 3.

Tiempo después, el “[...] 8 de octubre de 1935, se creó el Seguro General Obligatorio y se estableció el Instituto Nacional de Previsión, que tenía la suprema dirección del Seguro”³⁹.

En dicha época, el IESS ya protegía a todos los ciudadanos ecuatorianos frente a las contingencias; lógicamente no eran todas las que contempla actualmente la Ley de Seguridad Social, luego de las varias reformas que ha sufrido desde que entró en vigencia. En fin, éste es un pequeño resumen de cuando nació el seguro social en Ecuador, que demuestra que no sólo cambiaron nombres, sino también el alcance de la cobertura, ya que pasó de proteger únicamente al sector público hasta lograr abarcar a toda la población, inclusive a los dependientes de los afiliados, en razón del principio de universalidad.

Ahora que ya se conoce como nació el Seguro General Obligatorio, es necesario conocer lo relativo a los riesgos, infortunios o contingencias como se les conoce técnicamente cubiertas por el seguro social, se debe precisar que existen regímenes especiales, tales como: el seguro voluntario y, seguro social campesino manejados por el IESS.

Por otra parte, también se encuentran regímenes del seguro social, como el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA) y, el Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL); mismos que son autónomos y, cuya administración no depende del IESS.

En este sentido, los riesgos cubiertos por el Seguro General Obligatorio, son “a) Enfermedad; b) Maternidad; c) Riesgos del trabajo; d) vejez, muerte e invalidez, que incluye discapacidad; y, e) Cesantía”⁴⁰. Sin embargo, es básico destacar que el 28 de marzo del 2016 entró en vigencia la Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación Excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo, misma que reforma a la Ley de Seguridad Social, e incluye como una prestación que otorgará el IESS, al Seguro de Desempleo. Es vital señalar, que las prestaciones varían dependiendo de la modalidad de afiliación bajo la cual está registrado el individuo en el IESS; pudiendo ser esta: bajo relación de dependencia (sector público y privado), de los trabajadores de temporada y permanentes de la industria azucarera, de los trabajadores especiales en sector agropecuario, del trabajador sin relación de dependencia (autónomo, profesional en libre ejercicio, administrador de un negocio), *trabajo no remunerado del hogar*⁴¹, etc.

Como algo ya se ha anunciado al respecto, para tener derecho a las referidas prestaciones que brinda el Seguro General Obligatorio, se debe cumplir con un requisito

39. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.: *Manual para Afiliados y Empleadores*, ob. cit., p. 4.

40. Asamblea Nacional Constituyente: *Ley de Seguridad Social*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Registro Oficial 465, Suplemento, 30 de noviembre de 2001, art. 3.

41. Se debe indicar que “la persona que realiza trabajo no remunerado del hogar, estará protegida contra las contingencias de vejez, muerte e invalidez que produzca incapacidad permanente total y absoluta, incluido auxilio de funerales”. Véase en: Consejo Directivo IESS.: *Resolución N.º C.D. 516*, IESS, Quito, Registro Oficial 687, de 15 de agosto de 2016, art. 65. Tal como es evidente, este grupo de afiliados no están protegidos frente a los Riesgos del Trabajo (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, lo cual es una constancia de que el sistema de seguridad social ecuatoriano no cumple en la práctica con el principio de universalidad).

principal, que es el de tener ante el IESS la calidad de afiliado⁴² (la cual tendrá desde que su empleador ha dado el respectivo aviso de entrada); *cancelando tanto el empleador como el trabajador el porcentaje que corresponda* “[...] dentro del plazo de quince (15) días posteriores al mes que correspondan los aportes. En caso de incumplimiento, serán sujetos de mora sin perjuicio de la responsabilidad patronal a que hubiere lugar [...]”⁴³, *con excepción de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar* ⁴⁴, debido a que está ausente la figura del empleador. Es más, para el respectivo aporte (patronal y *personal*⁴⁵), se deberá considerar la modalidad de afiliación y, si el trabajador pertenece al sector público o al sector privado⁴⁶.

En esta tónica, se debe señalar una disposición relevante y, es que, en función del principio de solidaridad, que es uno de los que guía el sistema de seguridad social ecuatoriano, la Disposición General Cuarta de la Resolución N.º CD 460 del IESS, señala que “todos los afiliados del IESS aportarán el 0.10% adicional sobre la materia gravada para financiar las prestaciones previstas en la Ley Orgánica de Discapacidades”⁴⁷.

Ahora bien, con estos antecedentes previos; con respecto a la afiliación, se debe señalar en primer lugar que este proceso es sencillo y, se realizará en línea a través de la página oficial del IESS, www.iess.gob.ec, conforme lo indica el artículo 23 del Reglamento de Aseguramiento, Recaudación y Gestión de Cartera del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (Resolución N.º CD 516). En este contexto, algo muy importante es que el “[...] empleador está obligado, bajo su responsabilidad [...], a inscribir al trabajador o servidor como afiliado del Seguro General Obligatorio desde el primer día de labor, y a remitir al IESS el aviso de entrada dentro de los primeros quince (15) días”⁴⁸. Como se puede observar, es obligación legal de los empleadores la de afiliar a sus trabajadores al IESS desde el primer día, en otros términos desde el momento

42. Cabe recalcar, que existen varias modalidades de afiliación, entre ellas: bajo relación de dependencia, voluntaria, trabajo no remunerado dentro del hogar (donde las prestaciones se financian con los aportes de la unidad económica familiar y del Estado, en razón de que el referido sector de la población asegurada no cuenta con ingresos propios), seguro social campesino, etc.

43. Asamblea Nacional Constituyente: *Ley de Seguridad Social*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Registro Oficial 465, Suplemento, 30 de noviembre de 2001, art. 73.

44. “Al amparo del artículo 73 de la Ley de Seguridad Social se excluye del cobro de multas por concepto de moras e intereses, así como de responsabilidad patronal a las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar y a los miembros de la unidad económica familiar”. Véase en: Consejo Directivo IESS: *Resolución N.º C.D. 516*, IESS, Quito, Registro Oficial 687, de 15 de agosto de 2016, art. 77.

45. En cuanto al aporte personal, la Ley de Seguridad Social dispone que “el patrono tiene derecho a descontar a los afiliados, al efectuar los pagos de sueldos y salarios, el valor de los aportes personales [...] Si el patrono no ha hecho uso del derecho a descontar los aportes personales, al efectuar el pago de sueldos y salarios, podrá ejercerlo en el pago siguiente o subsiguiente, como plazo máximo. Si no lo hiciera, esos aportes personales quedarán también de cargo del patrono, sin derecho a reembolso”. Véase en: Asamblea Nacional Constituyente: *Ley de Seguridad Social*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Registro Oficial 465, Suplemento, 30 de noviembre de 2001, art. 83.

46. Téngase presente que los trabajadores bajo relación de dependencia en el sector privado, aportan un porcentaje del 9,45 % y, los empleadores el 11,15 %. En el caso de los servidores públicos amparados por la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), los trabajadores contribuyen el 11,45 % y, el empleador el 9,15 %. Véase en: Consejo Directivo IESS.: *Resolución N.º C.D. 515*, IESS, Quito, Registro Oficial 794, de 11 de julio de 2016.

47. Consejo Directivo IESS: *Resolución N.º C.D. 460*, IESS, Quito, Registro Oficial 155, de 06 de enero de 2014, Disposición General Cuarta.

48. Asamblea Nacional Constituyente: *Ley de Seguridad Social*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Registro Oficial 465, Suplemento, 30 de noviembre de 2001, art. 73.

en el cual inicia la relación laboral, tanto en el sector público como privado; así como también de remitir al IESS dentro de los primeros quince días, una novedad conocida como *aviso de entrada*; aquella que se genera en línea, con la clave del empleador y, es remitida inmediatamente al correo electrónico del afiliado, quien deberá ser responsable y mantener actualizados sus datos en el sistema.

Ahora bien, conforme con las cifras oficiales publicadas en la página web oficial del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), la población ecuatoriana asciende hasta el 28 de abril de 2021 a 17.546.749. En este sentido, si se realiza el cruce con los datos oficiales proporcionados, con cohorte a marzo de 2021, por el departamento correspondiente del IESS, acerca de las personas protegidas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. En este contexto, antes de incluir la tabla que contiene los datos, cabe aclarar que a pesar de que las referidas cifras fueron solicitadas con fecha 28 de abril de 2021. No obstante, el área respectiva del IESS, saca estadísticas la tercera semana del mes siguiente. Dicho de otro modo, las cifras del mes en curso, se obtendrían a finales de mayo. Además, es vital puntualizar que los datos proyectados en la siguiente tabla son a nivel nacional.

Tabla 1. Total de la población afiliada al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (a marzo de 2021)

Afiliados Seguro General	3.198.388
Jefes de familia Seguro Campesino	375.007
Total	3.573.395

Fuente: Dirección Nacional de Afiliación, Cobertura y Gestión de la Información del IESS. Elaboración propia

En suma, cotejando el número total al cual asciende la población ecuatoriana con el total de afiliados al Seguro Social, sumando el Seguro General Obligatorio con los Jefes de familia de un Régimen Especial del IESS como es el Seguro Social Campesino, resulta que goza de protección social únicamente el 20, 36 % de la población ecuatoriana, lo cual demuestra que aún hay camino por recorrer hacia un pleno derecho a la seguridad social universal (para todos los ciudadanos en igualdad de condiciones). En esta línea, se debe concientizar a los trabajadores en su sentido amplio, a los empleadores y, a la ciudadanía en general acerca de los beneficios y las prestaciones que el IESS brinda a sus afiliados y sus dependientes. Además, es vital que el IESS tome tres caminos: El primero fortalezca el control acerca del cumplimiento de una obligación tan importante por parte de los empleadores, como es la afiliación a sus trabajadores desde el primer día de labores a las seguridad social, el segundo, debe controlar así mismo que los aportes de los afiliados voluntarios ingresen a las arcas de la institución, para de esa manera garantizar liquidez y, por último debería adoptar una tercera vía y, es materializar verdaderamente el principio de solidaridad, mediante el eficaz uso del gasto público de la seguridad social, lograr que los aportes de quienes mayor capacidad contributiva tengan coadyuven a que los desempleados o subempleados puedan estar protegidos por la seguridad social.

A manera de cierre:

“[...] debe entenderse que favorecer una transición real y efectiva de un modelo productivo impermeable a la legalidad hacia uno garantista, deberá comprender acciones en el ámbito laboral y de Seguridad Social, pero también en el financiero, tributario, penal, mercantil y social [...]”⁴⁹.

En concordancia con lo expuesto, se debe hacer hincapié, en una idea y, es que, en el marco de un Estado Constitucional, donde el norte son los derechos de las personas; la protección a los trabajadores como se dijo, en teoría es tan fuerte, que la afiliación es considerada una obligación ineludible del empleador y, el gozar de la protección de la seguridad social es un derecho fundamental de los trabajadores. En este sentido, el Código Orgánico Integral Penal (COIP), ha tipificado a la *falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*⁵⁰ como una contravención contra el derecho al trabajo. Ahora bien, de esta situación, el IESS llega a tener conocimiento de dos formas (de oficio: a través de las respectivas visitas in situ por parte de los inspectores del IESS para verificar el cumplimiento de la obligación; y, a petición de parte; *de los trabajadores*, a través de un reclamo por falta de afiliación).

En el contexto, de la materialización de las prestaciones, es vital recurrir al numeral 15 del artículo 83 de la Constitución de la República del Ecuador, mismo que dispone que:

“[...] Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: [...] 15. Cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley [...]”⁵¹.

Ahora bien, de lo expresado por el citado artículo, se desprende una evidente contradicción, al momento de catalogar a la contribución a la seguridad social como una *obligación de los ciudadanos*. No obstante, el término cooperar abarca a una acción voluntaria. En este contexto, la palabra que iría acorde con la intención del legislador sería *contribución*; es de esa manera como el aporte a la seguridad social tendría el carácter de obligatorio y no de voluntario como se evidencia en un principio.

Además, es necesario hacer un paréntesis para analizar dentro de este punto dos aspectos: el primero acerca de la independencia de los recursos de la seguridad social del Presupuesto General del Estado, el segundo, lo referente a la administración de los mismos. En primer lugar, por disposición constitucional:

49. Monereo Pérez, J. L. y Perán, S.: “La economía sumergida y su incidencia en el trabajo y en la seguridad social: la defensa internacional del trabajo decente”, ob. cit., p. 281.

50. “Art. 244.- La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días”. Véase en Asamblea Nacional Constituyente: Código Orgánico Integral Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Registro Oficial 180, de 10 de febrero de 2014, art. 244.

51. Asamblea Nacional Constituyente: Constitución de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Registro Oficial, 449, de 20 de octubre de 2008, art. 83.

“El Presupuesto General del Estado es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado, e incluye todos los ingresos y egresos del sector público, con excepción de los pertenecientes a la seguridad social [...]”⁵².

En concordancia con ello, la facultad de *administración*⁵³ de los referidos recursos por mandato de la Ley de Seguridad Social, le corresponde al “[...] Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) es una entidad pública descentralizada, creada por la Constitución Política de la República, dotada de autonomía normativa, técnica, administrativa, financiera y presupuestaria, con personería jurídica y patrimonio propio [...]”⁵⁴.

Lo manifestado, tal como se indicó corresponde al sistema de seguridad social ecuatoriano. No obstante, en España el cobro de las cotizaciones de la seguridad social se lo efectúa a través de dos vías: *la voluntaria y la ejecutiva*⁵⁵, algo similar a lo que sucede en el área civil, en el procedimiento ejecutivo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en razón de que un cheque que es una orden incondicional de pago de plazo vencido, puede ser cobrada por el acreedor antes de que caduque (vía voluntaria), caso contrario requerirá su pago al deudor a través de un proceso judicial (juicio ejecutivo). En este contexto, es tan similar que el sistema de seguridad social español prevé la posibilidad de cobrar cotizaciones de la seguridad social que no han sido canceladas dentro del tiempo, a través de la:

“Formulación del acta de liquidación, se expedirá la providencia de apremio, mediante la cual se despachará la ejecución contra el patrimonio del deudor. [Por lo tanto], de no efectuar el abono de la misma en el plazo de quince días, se procederá al embargo de sus bienes”⁵⁶.

En definitiva, el sistema de seguridad social español a diferencia del ecuatoriano, permite recaudar las obligaciones pendientes e impagas con la seguridad social por vía coercitiva-ejecutiva, inclusive un aspecto más novedoso, es que se cobrará con la lista de bienes que se encuentren a nombre del obligado, garantizando de esa manera

52. Asamblea Nacional Constituyente: Constitución de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Registro Oficial, 449, de 20 de octubre de 2008, art. 292.

53. Cabe recalcar que como se dijo en párrafos anteriores, con la actividad de administrar los fondos públicos, se hace referencia al *gasto público*, mismo que “está siempre ligado al de necesidad pública. Ésta es su presupuesto de legitimidad, puesto que es indispensable su preexistencia para que el gasto se justifique”. Véase en Villegas, H.: *Manual de finanzas públicas*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 126.

54. Asamblea Nacional Constituyente: Ley de Seguridad Social, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Registro Oficial, 465, de 30 de noviembre de 2001, art. 16.

55. Al respecto, el numeral 1 del artículo 21 del Real Decreto Ejecutivo 8/2015, dispone que “la Tesorería General de la Seguridad Social, como caja única del sistema de la Seguridad Social, llevará a efecto la gestión liquidatoria y recaudatoria de los recursos de esta, así como de los conceptos de recaudación conjunta con las cuotas de la Seguridad Social, tanto en período voluntario como en vía ejecutiva, bajo la dirección y tutela del Estado”. Véase en: Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Real Decreto Ejecutivo 8/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Boletín Oficial del Estado, núm. 261, de 31 de octubre de 2015, art. 21.

56. González, S. y Barcelón, S.: *Introducción al derecho de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 163.

que se cuente con los recursos necesarios para brindar las prestaciones a los ciudadanos afiliados.

Vale la pena profundizar aún más en este aspecto, e indicar que técnicamente se entiende que la contribución, “es la aportación económica determinada por leyes fiscales que hacen las personas naturales o jurídicas, nacionales o [extranjeras] que residan en el país, para satisfacer la atención de los servicios públicos del Estado. [...]”⁵⁷. En otros términos, significa que tanto la Constitución como la Ley de Seguridad Social, a pesar de no ser leyes de tipo fiscales, han impuesto a los ciudadanos (personas naturales: trabajadores, afiliados voluntarios que residan en el Ecuador o en el exterior y, personas jurídicas: empleadores), una obligación de coadyuvar económicamente al sostenimiento del seguro social, como un mecanismo de ejecución de un servicio público o más bien un derecho como es catalogada la seguridad social en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En este punto del análisis, es válido indicar acerca de la naturaleza jurídica de las contribuciones al sistema de seguridad social. En esta tónica, Giuliani Fonrouge considera que:

“[...] se trata de una contribución especial, tanto en la parte patronal como en la de obreros y empleados, por entender que se dan las condiciones que caracterizan esa categoría jurídico-financiera según la definimos anteriormente. Hay un beneficio indudable para unos y otros en la organización de la previsión y de la asistencia [social]; más visible en el caso de los empleados, pero no menos real en el de los patronos”⁵⁸.

Dicho de otro modo, las cotizaciones al seguro social a pesar de que su régimen jurídico es distinto al tributario, son contribuciones especiales, por ser de carácter impositivo, además está claro que existe un beneficio bilateral. Por un lado, se beneficia el empleador al cumplir con su obligación, cuyo incumplimiento le acarrearía sanciones pecuniarias y, por otro lado, está el trabajador quien evidentemente sale más aventajado, en razón de que está protegido frente a las situaciones adversas que se puedan presentar a lo largo de su vida. Ahora bien, de lo expresado es necesario hacer una precisión, debido a que el autor se refiere a la organización de la asistencia social; cuando seguro social y asistencia social son términos jurídicamente distintos, ya que la *asistencia social*, la cual en definitiva es la ayuda que brinda Estado o las Organizaciones no Gubernamentales a los más desaventajados económicamente; por ejemplo: la entrega de kits de alimentos durante la época de la pandemia del COVID-19.

No obstante, tanto el seguro social como la asistencia social, se diferencian del *Piso de protección social*⁵⁹, aquel que fusiona “[...] programas dirigidos a niños, perso-

57. Patiño-Ledesma, R. y Pozo, T.: *Léxico Jurídico Tributario*, CLD, Quito, 1996, p. 56.

58. Giuliani Fonrouge, C.: *Derecho Financiero*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 948.

59. “La protección social en el Ecuador ha sido desordenada y no ha correspondido a una política pública sino a respuestas puntuales dirigidas a sectores muy reducidos de la población [...]. Dentro de este grupo se pueden considerar los bonos de pobreza, de desarrollo humano, solidaridad, o por discapacidad. [...] El problema de estas

nas subempleadas, desempleadas, trabajadores pobres [...], acciones de protección con políticas de empleo [a fin de] que las personas puedan acceder a trabajos dignos [...]"⁶⁰. En suma, la seguridad social es un gran concepto que comprende tres términos diferentes pero que su finalidad y esencia a la larga son similares; unos mejor organizados - regulados que otros, estos son: seguros sociales, asistencia social y piso de protección social.

III. CONCLUSIONES

Posterior a las reflexiones planteadas en el marco teórico de la investigación, es posible evidenciar algunos resultados, los cuales serán presentados a continuación a manera de conclusiones:

En primer lugar, las cifras presentadas son una prueba más de que la falta de un control serio por parte de la institución responsable de la seguridad social en Ecuador, propicia la evasión en el cumplimiento de la afiliación a la seguridad social por parte de los empleadores. En esta línea, considero que se debería también endurecer las sanciones por el incumplimiento de la misma, como, por ejemplo: sanciones pecuniarias, clausura de los negocios, bloqueo de la cuenta de empleadores en el IESS, capacitando a los trabajadores y empleadores en sus derechos y obligaciones, entre otras medidas, a más de las previstas en el Código Orgánico Integral Penal. Además, el subempleo, el desempleo y la informalidad, son una constante en el mercado de trabajo ecuatoriano, lo cual debería ser una preocupación fuerte para el Estado ecuatoriano, siendo un Estado Constitucional de Derechos. En este contexto, el Estado no ha cumplido con una de sus principales obligaciones previstas en la Constitución de la República y, esta es la de garantizar a toda la población sin ninguna clase de discriminación el pleno goce de sus derechos constitucionales; en este caso, del derecho al trabajo, que sin protección social no es un derecho pleno, ni es un trabajo decente.

En segundo lugar, se habla también de un pleno derecho a la seguridad social, cuando concurren dos circunstancias. Por un lado, al momento de materializarse el principio de universalidad (que toda la población pueda acceder a todas las prestaciones en igualdad de oportunidades; el cual no se cumple en razón de que uno de los grupos amparados por el Seguro General Obligatorio como son las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar, no acceden a los riesgos del trabajo en razón de que el artículo 3 de la Resolución CD N.º 513 dispone que no estarán protegidos frente a un accidente de trabajo y enfermedad profesional quienes no aporten económicamente al Seguro General de Riesgos del Trabajo, lo cual es regresivo, en razón de que la única condición es tener la calidad de afiliado.) Por otro lado, se requiere

acciones es que han sido dispersas, no tienen evaluación, constituyen una forma de paliar las consecuencias de ajustes estructurales, han sido utilizadas de forma clientelar y no constituyen una manera de conseguir la salida de la pobreza y están absolutamente desconectadas de una política sobre empleo". Véase en: Porras, A.: "La seguridad social en Ecuador: Un necesario cambio de paradigmas", *Foro Revista de Derecho*, 2015, pp. 89-116.

60. Porras, A.: "La seguridad social en Ecuador: Un necesario cambio de paradigmas", ob. cit., p. 108.

una administración responsable y transparente del gasto público en materia de seguridad social; que el IESS en el Ecuador, no sea botín político y, sea administrado por personas con el conocimiento necesario en la materia.

Además, por último, sería vital fortalecer los mecanismos de control y cobro del pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social, por parte de los empleadores (personas naturales y jurídicas) y, de los afiliados voluntarios, debido a que su incumplimiento genera falta de liquidez al IESS. En este sentido y, para cerrar considero se debería a más de la mora patronal en la que incurre el empleador por no cancelar a tiempo los rubros relativos a los aportes, aplicarse lo adoptado por el régimen de seguridad social español, en el sentido de replantear a la obligación en materia de pago de aportes y, volverla similar a la civil, cobrándola también por vía ejecutiva con dimisión de bienes.

Bibliografía

- Ahumada, G.: *Tratado de Finanzas Públicas*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1969.
- Alexy, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, México, 1997.
- Amnistía Internacional: *Derechos humanos para la dignidad humana: Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, Amnistía Internacional, España, 2014.
- Asamblea General de las Naciones Unidas.: *Declaración Universal de Derechos Humanos*, ONU, Nueva York, 10 de diciembre de 1948.
- Barattini, M.: *"El trabajo precario en la era de la globalización ¿Es posible la organización"*, Polis Revista Latinoamericana, Chile, 2009.
- Buenaga, O.: *La familia y la seguridad social*, Dykinson, Madrid, 2014.
- Consejo Directivo IESS.: *Resolución N.º C.D. 357*, IESS, Quito, Registro Oficial 400, de 10 de marzo de 2011.
- Díez, M.: *"Los principios del Derecho Laboral"*, Revista de la Facultad de Derecho de México, México, 2019.
- Fernández-Vintimilla, E.: *Los Costos Laborales y del IESS*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2013.
- Gálvez, E. y otros: *El trabajo decente: Nuevo paradigma para el fortalecimiento de los derechos sociales*, UNAM, México.
- Giuliani Fonrouge, C.: *Derecho Financiero*, Depalma, Buenos Aires, 1984.
- González, S. y Barcelón, S.: *Introducción al derecho de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Hoyos, I.: *De la dignidad y de los derechos humanos*, Universidad de la Sabana / Editorial Temis S.A, Colombia, 2005.
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social: *Manual para Afiliados y Empleadores*, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Quito, 1986.
- Martínez, J, y otros: *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo, España, 2008.
- Monereo Pérez, J. L. y Perán, S.: *"La economía sumergida y su incidencia en el trabajo y en la seguridad social: la defensa internacional del trabajo decente"*, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*.
- Monesterolo-Lencioni, G.: *Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano*, Biblos Lex, Quito, 2015.
- Montoya, A.: *"Trabajo dependiente y trabajo autónomo ante el Derecho del Trabajo"*, *Temas Laborales*, 2005.

- Oficina Internacional del Trabajo: *Definición y medición: Estadísticas del trabajo por cuenta propia económicamente dependiente*, OIT, Ginebra, s.f.
- Organización Internacional del Trabajo: *Trabajo decente*, OIT, Ginebra, s.f.
- Patiño-Ledesma, R y Pozo, T.: *Léxico Jurídico Tributario*, CLD, Quito, 1996.
- Pérez-Luño, A.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986.
- Porras, A.: "La seguridad social en Ecuador: Un necesario cambio de paradigmas", *Foro Revista de Derecho*, 2015.
- Prieto Sanchís, L.: *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancia*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2010.
- Proaño-Maya, M.: *Seguridad Social y Sociedad Democrática*, Editorial Americana, Quito, 2014.
- Robalino, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Fundación Antonio Quevedo, Ecuador, 2006.
- Rodríguez, R.: *Estudios sobre Seguridad Social*, Universidad del Norte/Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2012.
- Rodríguez, J. y Carbonell, M.: *Derechos Humanos*, Editorial Porrúa/UNAM, México, 2009.
- Sánchez, A.: *La seguridad y la protección social en México. Su necesaria reorganización*, UNAM, México, 2012.
- Sepúlveda, M.: *La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión progresivamente*, CEDAL/CELS, Buenos Aires, 2006.
- Villamizar, C.: *Aproximación al concepto de trabajo en Max Weber*, Escuela Nacional Sindical, Colombia, 2003.
- Villegas, H.: *Manual de finanzas públicas*, Depalma, Buenos Aires, 2000.



A expansão do teletrabalho: um olhar para o futuro das relações trabalhistas

THE EXPANSION OF TELEWORK: A LOOK AT THE FUTURE OF LABOR RELATIONS

Michaella Fregapani Lanner

Especialista em Direito e Processo do Trabalho

Fundação Escola de Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil)

Bacharela em Direito. Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter (Brasil)

Assessora-chefe de Conselheira do Conselho Nacional de Justiça (Brasil)

michaella.lanner@trt4.jus.br 0000-0001-6312-7015

Recibido: 09.02.2021 | Aceptado: 16.04.2021

RESUMO

Utilizando-se do método dedutivo como condutor da pesquisa, bem como do levantamento bibliográfico, o estudo aborda o teletrabalho nas estruturas organizacionais, bem assim os aspectos sociais que norteiam a implementação do regime de trabalho à distância. Expõe o teletrabalho como resposta ao impacto nas relações trabalhistas do distanciamento social imposto pela pandemia decorrente do coronavírus (Covid-19). Analisa as repercussões das normas já existentes sobre o teletrabalho, os normativos editados no período pandêmico e as lacunas que se apresentam no ordenamento jurídico. O estudo expõe o meio ambiente de trabalho sadio como direito fundamental. Por fim, conclui-se que as mudanças nas relações de trabalho que se estabeleceram principalmente no período pandêmico reivindicarão uma nova perspectiva de labor no período pós-pandemia, cabendo ao Direito reconhecer as mudanças e responde-las adequadamente.

ABSTRACT

Using the deductive method as a conductor of the research, as well as the bibliographic survey, the study addresses teleworking in organizational structures, as well as the social aspects that guide the implementation of the distance work regime. It exposes teleworking in response to the impact on labor relations of the social distance imposed by the pandemic resulting from the coronavirus (Covid-19). It analyzes the repercussions of the existing rules on teleworking, the norms issued in the pandemic period and the gaps that appear in the legal system. The study exposes the healthy working environment as a fundamental right. Finally, it is concluded that the changes in labor relations that were established mainly in the pandemic period will demand a new perspective of work in the post-pandemic period, and it is up to the Law to recognize the changes and respond accordingly.

PALAVRAS-CHAVE

Teletrabalho
Coronavírus
Direito do Trabalho

KEYWORDS

Teleworking
Coronavirus
Labor Law

SUMÁRIO

- I. INTRODUÇÃO
 - II. ASPECTOS SOCIAIS
 - III. ASPECTOS LEGAIS
 - IV. TELETRABALHO E MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL
 - V. CONSIDERAÇÕES FINAIS
- Bibliografia

I. INTRODUÇÃO

O mesmo ramo do Direito que vinha sofrendo constantes críticas pelo seu viés amplamente social e protetivo é o Direito que tem sustentado a estabilidade em meio a uma crise de saúde pública pouco antes vista na história. O Direito do Trabalho mais uma vez se demonstra indispensável à saúde econômica do país, por meio do equilíbrio entre valor social do trabalho e livre iniciativa.

Em um contexto em que a pandemia afetou agressivamente a atividade econômica, os meios telemáticos e informatizados tornaram-se as principais ferramentas de continuidade da prestação laboral, exigindo mudanças na legislação trabalhista que disciplina esse modelo de trabalho.

Em 2018, portanto antes do cenário pandêmico, o IBGE contabilizou o total de 3,8 milhões de pessoas trabalhando em sua residência. Na semana de 19 a 25 de julho do ano de 2020, o IBGE estimou em 8,3 milhões o número de brasileiros que trabalhavam remotamente¹.

A expansão do uso de tecnologias digitais já vinha sendo ferramenta influente na modificação do modo laboral. Não obstante, o obrigatório distanciamento social decorrente da pandemia que se instaurou compeliu muitas empresas a aderirem ao regime de teletrabalho. Assim, a crise pandêmica serviu de quebra do paradigma antes existente na adoção do trabalho à distância, demonstrando o funcionamento deste cenário organizacional laborativa.

O transcurso do tempo e a esperança de se alcançar uma breve solução à pandemia traz consigo o questionamento acerca do futuro das relações de trabalho no cenário posterior ao Covid-19. Demonstra-se uma tendência para a manutenção do modelo de trabalho quando encerrado o estado de calamidade pública decretado.

O presente artigo objetiva, portanto, fazer uma breve análise do sistema de organização que ganhou destaque no momento da pandemia, qual seja, o teletrabalho, e discorrer sobre os aspectos sociais e legais que envolvem a adoção desse regime de trabalho à distância, bem como estudar a linha estreita existente entre a aplicação do teletrabalho e a preservação do meio ambiente de trabalho sadio.

1. "Trabalho Desocupação, renda, afastamentos, trabalho remoto e outros efeitos da pandemia no trabalho", IBGE. *Pnad covid19*, 5 de Setembro de 2020, acessível em <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php>.

II. ASPECTOS SOCIAIS

Não obstante as vantagens da adoção do teletrabalho para o sistema econômico, em especial no período de pandemia, há muito que se evoluir nas regulamentações dessa forma de trabalho, em especial no que tange aos aspectos sociais afetados. Conquanto a reestruturação organizacional contribua para uma produtividade contínua, também proporciona a flexibilização do trabalho, que, por vezes, ocasiona um aumento na carga produtiva do trabalhador, exigindo-se a ampliação de seu ritmo de produção².

Já em 2017, em relatório elaborado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e Eurofund³, destacava-se um paradoxo nessa modalidade de organização laborativa: o sistema de trabalho, por um lado, pode melhorar o equilíbrio entre a vida pessoal e profissional, assim reduzindo o tempo de deslocamento e aumentando a produtividade; por outro lado, abre caminho para maiores horas de trabalho e diminui as fronteiras necessárias entre trabalho e casa. De acordo com novo estudo realizado pelo Eurofound⁴, tal dualidade remanesce.

É dizer, na mesma medida que o teletrabalho ganha destaque, também se torna proeminente a necessidade da adoção de medidas que auxiliem na segregação do trabalho remunerado da vida privada.

A nova realidade ameaça um dos direitos que foi duramente conquistado pelos trabalhadores, qual seja, a limitação da jornada de trabalho. O excesso de conectividade à disposição do empregador traz à tona o que tem se denominado “direito à desconexão”.

Nos dizeres de Vólia Bomfim Cassar, o direito a desconectar significa:

“O trabalhador tem direito à ‘desconexão’, isto é, a se afastar totalmente do ambiente de trabalho, preservando seus momentos de relaxamento, de lazer, seu ambiente domiciliar, contra as novas técnicas invasivas que penetram na vida íntima do empregado”⁵.

A falta de desconexão atinente ao sistema de trabalho à distância representa grande desvantagem social ao trabalhador. A desconexão decorre da facilidade de acesso aos meios laborativos em qualquer horário, extensão da jornada de trabalho sem limitador, quer por iniciativa própria, quer por incentivo do empregador, considerando a crescente demanda por resultados.

2. Moreira, T. C.: “Algumas considerações sobre segurança e saúde dos trabalhadores no trabalho 4.0.”, em de Lacerda Carelli, R.; Muniz Cavalcanti, T.; Patriota da Fonseca, V. (org.): *Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*, ESMPU, Brasília, 2020.

3. Eurofound; OIT: *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, OIT, Ginebra, 2017.

4. Eurofound: *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, Office of the European Union, Luxembourg, 2020, pp. 14-17.

5. Cassar, V. B.: *Direito do Trabalho: de acordo com a reforma trabalhista*, Método, São Paulo, 2020, p. 622.

Em 1º de janeiro de 2017, entrou em vigor na França uma nova lei trabalhista que permite aos trabalhadores o direito de se desconectar do seu emprego. A norma dispõe que todas as empresas com mais de 50 funcionários deverão negociar com os sindicatos uma carta de boa conduta para definir os horários nos quais os empregados poderão não atender as mensagens enviadas por seus superiores. Trata-se de medida concreta para tornar a vida profissional menos difusa⁶.

No âmbito interno, pode-se afirmar que o direito à desconexão é elevado à categoria de direito fundamental a partir da análise dos direitos sociais salvaguardados no artigo 6º da Constituição Federal (direito à saúde e ao lazer), bem como dos direitos trabalhistas esculpidos no artigo 7º da Carta Constitucional, em especial o direito à limitação de jornada de trabalho e ao descanso semanal remunerado. Está, portanto, estritamente ligado ao conceito de trabalho decente, em que se destaca valores próprios da personalidade humana, a exemplo da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

O conceito de trabalho decente foi destacado pela OIT no ano de 1999, na 87ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra. A definição abarca o trabalho produtivo, devidamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, assegurando a condição digna de vida ao trabalhador⁷.

Em junho de 2003, o Brasil assumiu compromisso com OIT para promoção do Trabalho Decente, com a assinatura do Memorando de Entendimento que prevê o estabelecimento de um “Programa Especial de Cooperação Técnica para a Promoção de uma Agenda Nacional de Trabalho Decente”⁸. No ano de 2006, constituiu-se a Agenda Nacional do Trabalho Decente, na qual se destaca, já no seu sumário, a prioridade de “fortalecer os atores tripartites e o diálogo social como um instrumento de governabilidade democrática”⁹.

Indo adiante, Luciano Martinez¹⁰ chama atenção para outras duas questões sociais em risco com a adoção do teletrabalho. Uma vez que o trabalho neste tipo de sistema organizacional permite o labor de forma totalmente afastada do local físico do empregador, este pode deslocar sua unidade laborativa para um local onde as leis trabalhistas sejam mais flexíveis, ou, ainda, onde o custo da mão de obra seja mais barato. Martinez exemplifica trazendo o caso de empresas europeias que, visando à diminuição dos custos trabalhistas, instalam seus call-centers na Índia, Argélia, Marrocos, ocorrendo o que se denominou por Sanguineti Raymond de importação virtual do trabalho ao preço do Estado menos protetor, com estímulo ao *dumping social*¹¹.

Outra problemática apontada por Martinez recai no enfraquecimento da luta de classes e da atuação sindical, porquanto, sendo o teletrabalho fenômeno de isolamento, o

6. “Entra em vigor na França o direito de se desconectar”, *Época negócios*, 1 de janeiro de 2017, acessível em <https://epocanegocios.globo.com/Carreira/noticia/2017/01/entra-em-vigor-na-franca-o-direito-de-se-desconectar.html>.

7. OIT: *Perfil do trabalho decente no Brasil*, Organização Internacional do Trabalho, Brasília e Genebra, 2009.

8. *Ibidem*.

9. Ministério do Trabalho e Emprego: *Agenda nacional de trabalho decente*, MET, Brasília, 2006.

10. Martinez, L.: *Curso de direito do trabalho*, 11. ed., Saraiva Educação, São Paulo, 2020.

11. Sanguineti Raymond, W.: *Teletrabajo y globalización*, MTAS, Madrid, 2003, *apud* Martinez, L.: *Curso de direito do trabalho*, ob. cit.

trabalhador, por não se encontrar com outros em iguais condições laborais, estará mais distante do associativismo.

Outrossim, a oportunidade de desenvolvimento de carreira também se revela uma problemática para aqueles trabalhadores que laboram integralmente em regime não presencial. Segundo aponta estudo da Eurofound¹², embora o teletrabalho possa facilitar o acesso ao emprego para grupos vulneráveis, existe o risco de que os teletrabalhadores regulares sejam vistos no sistema organizacional como tendo menos comprometimento. Tal fato acrescido à falta de visibilidade pode colocar em risco as oportunidades de desenvolvimento da carreira desses trabalhadores. A Eurofound revela que cerca de um quarto dos trabalhadores com esse tipo de arranjo estão em empregos precários.

Portanto, se por um lado o teletrabalho pode representar um avanço na atividade produtiva, não se pode olvidar do desígnio de proteção do Direito do Trabalho.

Canotilho, no tocante ao princípio da vedação ao retrocesso social, ensina que:

“[...] A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”¹³.

Conquanto a tecnologia tenha ingressado fortemente no mundo do trabalho, o trabalho humano permanece sendo o impulsor da atividade econômica, carecendo da proteção social adequada¹⁴.

Com efeito, para a implementação do trabalho à distância, é necessária a adoção de uma boa política organizacional, que deve partir tanto do empregado quanto do empregador. Essa política organizacional deve visar à sensação de pertencimento do trabalhador à empresa, que pode esvaecer com o afastamento do empregado do núcleo físico empresarial.

Gosdal¹⁵, em sua definição de trabalho decente, insere a condição de um desenvolvimento equitativo e integrador. Por meio do trabalho, deve ocorrer a inclusão social e, quanto a esse aspecto, Diniz¹⁶ disciplina que:

12. Eurofound: *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, ob. cit., p. 2.

13. Gomes Canotilho, J. J.: *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, Coimbra, 2003 pp. 338-339.

14. Renck, B.: “Direito e Justiça do Trabalho em tempos de pandemia”, *Correio do Povo*, 24 de abril de 2020, acessível em <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/305527>.

15. Gosdal, T. C.: *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*, LTr, São Paulo, 2007, p. 130.

16. Diniz, B. D.: “Apontamentos acerca do direito ambiental do trabalho”, em Mazzuoli, V. O; Irigaray, C. T. J. H. (org.). *Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares*, Carlini & Caniato Editorial, Cuiabá, 2009, p. 233.

“Além dos fatores da integração social, a busca do poder, do saber, da participação na pirâmide social e da hierarquização, orgulho de si mesmo, de autovalorização e autorreconhecimento, de uma sequência de tentativas do encontro com o próprio eu, por vezes é uma forma de gratificação pela sua existência”.

A adoção do teletrabalho, por certo, exige um diálogo consensual entre os polos da relação de emprego, sob risco de configurar fonte massiva de conflitos. A par dos avanços que a tecnologia traz ao desenvolvimento da atividade econômica, não se pode olvidar da regra fundante do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

III. ASPECTOS LEGAIS

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) já contava em seu texto original (desde 1943) com a previsão, em seu artigo 6º, de inexistência de distinção entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e aquele realizado no domicílio do empregado, quando presentes os elementos do vínculo empregatício. Em 2011, referido dispositivo foi alterado para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Contudo, o teletrabalho passou a contar com regulamentação expressa na CLT a partir da reforma trabalhista. A Lei 13.467/2017 acresceu o Capítulo II-A ao Título II das Normas Gerais de Tutela do Trabalho.

De acordo com a CLT, considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo (a exemplo de vendedor externo e motorista). O legislador ainda pontuou que não descaracteriza esse sistema o comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento.

A definição de teletrabalho preconizada na CLT foi acompanhada quando da edição da Medida Provisória 927/2020 –publicada em 22 de março e com vigência esgotada em 19 de julho– que alterou regras trabalhistas durante a pandemia da COVID-19.

Quanto à formalização, a CLT estabelece que a prestação de serviços no sistema de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, com especificação das atividades que serão realizadas pelo empregado.

Ainda que a forma expressa seja antagônica à condição tácita, o que se percebe da análise conjunta do Capítulo que disciplina o teletrabalho é que se exige, a bem da verdade, a formalização escrita de tal condição. É o que se infere da exigência de registro em aditivo contratual quando da alteração do sistema de trabalho para o regime presencial.

No que pertine às alterações propriamente ditas, a CLT permite a ocorrência da transformação do regime de teletrabalho ao presencial a critério somente do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

A primeira questão a se pontuar aqui é no sentido de que, se há necessidade de um aditivo contratual, a alteração do regime de teletrabalho para o presencial possui, a bem da verdade, caráter bilateral e não unilateral. Isso porque a consensualidade constitui característica do contrato de trabalho, no que se inclui seus aditivos.

Outrossim, o *jus variandi* permitido pelo legislador neste ponto transcende a alteração das meras condições dos contratos, passando a atuar na própria organização de vida do empregado, o que faz surgir o questionamento da validade de tal alteração de forma unilateral pelo empregador. Há que se perquirir, pois, se a alteração unilateral é inquinada de abusividade a ponto de criar uma lesão ao trabalhador, o que se verificará, por exemplo, por meio de demonstração da real necessidade presencial do serviço desenvolvido pelo empregado que se encontrava em regime de teletrabalho.

O mesmo, contudo, não ocorre quando da alteração inversa (presencial para o regime de teletrabalho), sendo exigido mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

Durante o estado de calamidade pública, a formalização sofreu significativa flexibilização. Nesse período pandêmico, na vigência da MP 927/2020, afastou-se a necessidade de mútuo acordo entre os polos da relação de emprego, facultando ao empregador a alteração do regime de trabalho presencial para o teletrabalho, dispensando, inclusive, o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.

Neste ponto, entende-se que a adoção de tal cenário organizacional pelo empregador, neste período pandêmico, inclusive transcende a facultatividade. Isso porque constitui dever do empregador adotar medidas preventivas e acautelatórias no intuito de evitar a ocorrência de dano à saúde e ao próprio meio ambiente do trabalhador; não assim agindo, quer por liberalidade, quer por impossibilidade, deverá aquele arcar com os prejuízos resultantes de sua atuação ou omissão. Importante, neste ponto, ressaltar que o STF, na ADI nº 6.342/DF, suspendeu a eficácia do artigo 29 da Medida Provisória nº 927/2020, o qual estabelecia que “os casos de contaminação pelo coronavírus (Covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal”. Assim, pelo entendimento em via transversa, sendo demonstrado que o empregado infectado esteve exposto ao vírus em seu ambiente trabalho, pode ser presumido o nexo de causalidade entre a patologia adquirida e a atividade laborativa.

A mudança do regime de trabalho presencial para o teletrabalho também demonstrou significativa redução de custos da produção para o empresariado, gerando economia de energia e diversos outros aspectos necessários ao desenvolvimento do trabalho.

Contudo, há que se perquirir que, se houve economia por parte da empresa, o custo se distribuiu aos empregados que estão trabalhando em teletrabalho.

Quanto aos custos das ferramentas para o teletrabalho, a questão foi transferida para o ajuste contratual entre as partes (artigo 4º, § 3º, da Medida Provisória nº 927/2020), o que se assemelha ao que já constava no artigo 75-D da CLT. A diferença que se apresentou no período pandêmico foi a possibilidade da pactuação ocorrer posteriormente à mudança do sistema de trabalho.

A problemática que se levanta tanto na vigência da Medida Provisória - já esgotada - quanto no texto celetista é a questão da transferência do risco da atividade ao empregado.

O artigo 2º da CLT, consagrando o princípio da alteridade, veda a transferência do risco empresarial ao empregado. Assim, há uma dicotomia quanto ao encargo relativo ao custo do estabelecimento laborativo no âmbito residencial (energia elétrica, internet, computador, etc.).

Por certo, a partir da aplicação hermenêutica logico-sistemática, a regra do artigo 75-D da CLT tem de ser interpretada em harmonia com a regra do art. 2º, *caput*, do mesmo diploma legal.

Uma solução quanto aos equipamentos de trabalho parece ter sido trazida pelo artigo 4º, § 4º, I, da MP 927/2020, que prevê a possibilidade de o empregador fornecer os equipamentos em comodato. Apesar de não se tratar de novidade prática no âmbito trabalhista, a questão se faz omissa no texto da CLT.

Outra solução apresentada pela MP 927/2020 foi no sentido de se computar, na jornada de trabalho, o período que seria destinado ao trabalho como tempo à disposição do empregador. Tal preceito, contudo, demonstra-se incompatível com a presunção de inexistência de controle de jornada estabelecido no artigo 62, III, da CLT. Isso porque, se há presunção de inexistência de controle de jornada, desarrazoado se demonstra tratar da contabilização das horas na jornada.

De pontuar que o contrato de trabalho é sinalagmático, ou seja, possui reciprocidade de direitos e deveres. Portanto, a vigência do contrato de trabalho gera ao empregado a expectativa da demandada de sua mão de obra com a respectiva contraprestação pecuniária. A supressão da oferta de trabalho autoriza, inclusive, a rescisão indireta do contrato, à luz do artigo 483, "d", da CLT. Com efeito, a impossibilidade da execução laboral já importa, por si, na interrupção do contrato de trabalho¹⁷.

Indo além na questão da jornada de trabalho, o artigo 62, III, da CLT, dispensa o controle de jornada dos empregados em regime de teletrabalho.

O parágrafo único do artigo 75-B da CLT dispõe que o comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Ocorre que, enquanto o empregado estiver na empresa, não há nenhuma dificuldade para acompanhar o trabalho do empregado, o qual se encontrará à disposição do empregador.

Portanto, há um certo conflito neste ponto, pois poderá o empregador exigir que o empregado compareça às dependências da empresa, com designação de horário de labor, sem que isso gere direito à remuneração suplementar pelo período extraordinário.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região enfrentou este tema, adotando o seguinte entendimento:

17. Meireles, J. G.: "A regulamentação do teletrabalho na pandemia", *Blog Gran Cursos Online*, 12 maio 2020, acessível em <https://blog.grancursosonline.com.br/a-regulamentacao-do-teletrabalho-na-pandemia/>.

“HORAS EXTRAS. TELETRABALHO. Como corolário do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, constata-se a evolução nos modos de prestação do trabalho e, num misto de vantagens e desvantagens sob a ótica jus trabalhista, surgiu o teletrabalho. Assim, havendo a menor possibilidade de aferição da jornada trabalhada por esse empregado, ainda que de forma mista (em ambiente institucional e home office), as horas prestadas em sobrejornada devem ser devidamente remuneradas, na forma do art. 7º, XVI, da Constituição da República”¹⁸.

Com efeito, a resolução da questão parece se assemelhar àquela conferida às outras hipóteses previstas nos demais incisos do artigo 62 da CLT.

Sobre a temática, tramita atualmente no Senado Federal o Projeto de Lei 3.512/2020, o qual impõe ao empregador o ônus de fornecer e manter os equipamentos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho em regime de teletrabalho, ressalvado o disposto em acordo coletivo, bem como a reembolsar o empregado pelas despesas de energia elétrica, telefonia e internet. O aludido projeto, ainda, propõe que os empregados em regime de teletrabalho fiquem sujeitos às normas relativas à jornada de trabalho dos trabalhadores em geral¹⁹.

Quanto ao tema, ainda, o julgado que ganhou bastante notoriedade foi relativo à Ação Civil Pública (nº 0100455-61.2020.5.01.0052) ajuizada pelo SINDIPETRO-RJ em face da PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS, em que se buscava providências pela empregadora do aparelhamento e custeio do empregado que estivesse exercendo suas atividades em teletrabalho, através do fornecimento de mobiliário compatível em modelos ergonômicos ou o reembolso dos valores eventualmente despendidos pelo empregado com este tipo de mobiliário, bem como o pagamento de todos os custos com equipamentos de informática, pacotes de dados e energia elétrica, necessários ao regular desempenho do trabalho à distância.

O Juízo da 52ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, nos autos da Ação Civil Pública²⁰, deferiu tutela de urgência impondo à então reclamada a obrigação de disponibilizar aos substituídos mantidos em regime de teletrabalho mobiliário condizente com as funções a serem exercidas remotamente e similar, em termos ergonômicos, àquele existente no local da efetiva prestação de serviços, com a respectiva entrega na residência de cada substituído. De acordo com a decisão liminar, a reclamada também deveria arcar, a partir da data da distribuição da ação até o seu trânsito em julgado, com todos os custos com equipamentos de informática, pacotes de dados e energia elétrica, necessários ao regular desempenho do teletrabalho.

18. Brasil. TRT (3. Região). Recurso Ordinário 0010132-05.2016.5.03.0178. Minas Gerais: Tribunal Regional do Trabalho (3. Região), 2017.

19. Oliveira, N.: “Teletrabalho ganha impulso na pandemia mas regulação é objeto de controvérsia”, *Senado Federal*, 24 de julho 2020, acessível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/07/teletrabalho-ganha-impulso-na-pandemia-mas-regulacao-e-objeto-de-controversia>.

20. Brasil. TRT (1. Região). *Ação Civil Pública 0100455-61.2020.5.01.0052*. Rio de Janeiro: Tribunal Regional do Trabalho (1. Região), 2020.

A questão foi levada ao Tribunal Regional do Trabalho daquela Região, que, em decisão liminar da Desembargadora Gláucia Zuccari Fernandes Braga, sustou os efeitos da tutela de urgência conferida, ao seguinte fundamento:

“[...] Em análise não exauriente do feito, não se vislumbra que a Impetrante tenha agido de forma irregular, ao implantar o teletrabalho, como forma de responder à necessidade de se manter o distanciamento social para conter a disseminação da doença, visando proteger a saúde de seus empregados, e lhes forneceu ajuda de custo para aquisição de itens como cadeira, teclado e mouse, além de equipamentos, em regime de comodato. E, a despeito das afirmações do sindicato, não se encontra no processo originário a mais singela informação de que algum empregado da Impetrante não tenha condições de realizar o teletrabalho, na forma estabelecida do guia de ID b45c851, seja por falta de equipamento, ou de infraestrutura (serviço de internet, luz etc).

[...]

A Impetrante também demonstrou ter disponibilizado ajuda de custo de R\$ 1.000,00 (mil reais) para compra de uma cadeira, teclado, mouse e outros itens, a fim de garantir a ergonomia no trabalho àqueles que não dispõem dos referidos itens, já que da leitura do §4º e seu inciso I, da MP supra citada se extrai a possibilidade de utilização de equipamento e infraestrutura próprios do empregado. Somente nos casos em que o empregado não possua equipamento ou infraestrutura adequada, o empregador poderá fornecê-los.

Ademais, o ato coator também não considera a necessidade de meios legais e materiais para a sua execução. Presume-se que Impetrante não possa adquirir, sem a necessária mobiliário e equipamento, que sequer foi discriminado pela Autoridade Coatora da decisão alvejada, e promover a entrega do referido material na residência de cada um de seus 16.000 empregados, tudo no exíguo prazo de 10 dias úteis.

Também não se demonstra razoável determinar a entrega em 16.000 domicílios, em meio de um surto de contaminação viral desenfreada, sem precedentes na idade moderna, que sujeita a todos, entregadores e destinatários dos bens, ao risco de contraírem essa doença para que ainda não se conhece o remédio, nem a vacina.

De igual forma, não parece viável individualizar os custos de pacotes de dados e energia elétrica para cada empregado em teletrabalho, vez que, em razão de escolas fechadas e medidas restritivas de circulação, todos aqueles que habitam o mesmo imóvel inexoravelmente compartilham o uso da internet, e o consumo da energia elétrica. O ato de autoridade, todavia, silenciou acerca de como aferir o custo real de tal despesa, caso fosse devida”²¹.

Assim, percebe-se que as questões que envolvem a adoção do crescente sistema organizacional de teletrabalho já são pauta de debate nos Tribunais brasileiros, que analisam as complexas discussões não satisfatoriamente atendidas pela função legiferante.

21. Brasil. TRT (1. Região). MSCiv 0102170-03.2020.5.01.0000. Rio de Janeiro: Tribunal Regional do Trabalho (1. Região), [2020].

Nos ensinamentos de Antônio Luiz Machado Neto²², por ser uma norma social, “o direito não surge à toa na sociedade, mas para satisfazer as imprescindíveis urgências da vida. Ele é fruto das necessidades sociais e existe para satisfazê-las, evitando, assim a desorganização”. Com efeito, considerando a aceleração que o cenário pandêmico ocasionou à adoção do teletrabalho nas relações de emprego, premente é a adequação da norma jurídica às necessidades advindas da evolução social.

IV. TELETRABALHO E MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL

Relativamente ao meio ambiente de trabalho, o artigo 75-E da CLT estipula que o “empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho”²³. É acrescido no parágrafo único do mesmo dispositivo legal que: “O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador”.

As medidas a serem implementadas para o resguardo do meio ambiente laboral não se limitam àquelas previstas nos inúmeros normativos que surgiram desde a declaração da pandemia mundial, exigindo atuações concretas que se demonstrem efetivas.

É certo que a Constituição de 1988, alinhada à tendência internacional de assegurar a eliminação dos riscos na origem, como diz Sebastião, “deu um passo a mais”, já que assegurou a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”²⁴.

À luz do que estabelece o art. 16 da Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil através do Decreto 1254/94²⁵, sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, ao disciplinar a ação em nível de empresa, deverá ser exigido dos empregadores que garantam que os locais de trabalho, o maquinário, os equipamentos e as operações e processos que estiverem sob seu controle são seguros e não envolvam risco para a segurança e a saúde dos trabalhadores.

A NR-1 da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia²⁶ disciplina, em seu item 1.4.1, sobre o dever do empregador de implementar medidas de prevenção, por meio da reorganização dos fatores de produção, da adoção de medidas de proteção coletiva e do fornecimento de equipamentos de proteção individual.

A Política Nacional do Meio Ambiente, disciplinada na Lei nº 6.938/1981 e salvaguardada na Constituição Federal, traz como elemento a ser combatido a “poluição”, definida

22. Neto, A. L. M.: *Sociologia Jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1987, p. 412.

23. Brasil. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Brasília, DF: Presidência da República [2017].

24. Oliveira, S. G.: *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*, LTr, São Paulo, 1996, pp. 105 e 106.

25. Brasil. Convenção nº 155 da OIT.

26. Brasil. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia. *Norma Regulamentadora n.º 01*. Brasília: Ministério da Economia, 2020.

como a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população e que criem condições adversas às atividades sociais e econômicas. A referida Lei, ainda, conceitua como poluidor “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

Considerando que o meio ambiente do trabalho integra o conceito maior de meio ambiente, agregam-se às disposições laborais os preceitos inerentes ao direito ambiental. Nesse viés, surge o que se denomina poluição labor-ambiental, que compreende as condições degradantes da qualidade ambiental –psíquica e física– inerente aos locais de trabalho.

De acordo com o art. 14, §1º, da referida Lei, o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Nos ensinamentos de Julio Cesar de Sá da Rocha:

“o princípio do poluidor-pagador impõe sejam os custos da poluição assumidos pelos responsáveis pela degradação. Esse princípio tende a efetivar a precaução, prevenção e redistribuição dos custos da ação impactante. Os danos devem ser suportados pelos poluidores e não pelos contribuintes. O poluidor deve tomar todas as medidas indispensáveis a evitar a ocorrência do evento danoso”²⁷.

O princípio da prevenção preconiza a adoção de medidas preventivas aos riscos cientificamente comprovados, impedindo que estes venham a se tornar efetivos danos ao meio ambiente. Este preceito encontra-se, irrefutavelmente, inserto no ambiente de trabalho, eis que é obrigação do empregador conceder aos trabalhadores equipamentos de proteção capazes de elidir, ou amenizar, os riscos a que estes estão expostos em razão da atividade ou do local de trabalho, consoante preconiza o artigo 166 da CLT.

Por outro lado, nas hipóteses de incerteza científica do risco, utiliza-se o princípio da precaução, o qual, igualmente, encontra aplicação no ambiente de trabalho. Isso porque, mesmo na ausência de lei, deve o empregador conceder aos obreiros equipamentos que elidam os riscos. Tal asseveração se justifica no fato de que as medidas garantidoras de um meio ambiente de trabalho salutar não podem ser limitadas à atuação do ente público para legislar a respeito; não é dado ao empregador permanecer inerte diante da probabilidade de agressão ao meio ambiente laboral tão-somente em razão da inexistência de norma que exija a atuação concreta no assunto.

Por certo que a regulamentação do todo que envolve o teletrabalho exige ainda profundo debate e melhorias legislativas. Não obstante, a interdisciplinaridade das normas que regem a questão de saúde no meio ambiente laboral demonstra competir ao empregador o fornecimento dos meios necessários à execução das atividades laborativas em condição que garanta a integridade física e psíquica do trabalhador.

27. Rocha, J. C. S.: *Direito ambiental do trabalho: mudança de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador*, LTr, São Paulo, 2002, p. 90.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema que envolve as relações de trabalho está experimentando um período de mudanças nas formas organizacionais. Ao passo que o teletrabalho já vinha paulatinamente conquistando espaço como sistema de organização nas relações de trabalho, a necessária imposição de medidas destinadas ao combate da proliferação do Covid-19, calcadas no indispensável distanciamento social, impulsionou exponencialmente a execução das atividades laborativas de forma remota.

É inegável que a situação emergencial e de caráter mundial enfrentada, com o estado de calamidade pública em decorrência da pandemia do novo Coronavírus, tornou imperiosa a implantação de mudanças na rotina de todos, com inevitáveis repercussões nos procedimentos a serem adotados pelos Tribunais. O inédito isolamento social enfrentado pelo país impôs às relações trabalhistas a necessidade de adoção de mecanismos que permitissem a continuidade da atividade econômica, sem descuidar da saúde do trabalhador e da própria sociedade.

Pode-se afirmar que neste período histórico o cenário pandêmico trouxe credibilidade para o sistema de teletrabalho e que, mesmo após a pandemia, as relações de trabalho não presenciais serão cada vez mais quistas pelos trabalhadores e seus tomadores de serviços.

Pouco menos de três anos após o Direito do Trabalho brasileiro passar por uma transformação de grandes proporções, este ramo especializado se vê novamente na necessidade de se reinventar.

Por certo, as mudanças nas relações de trabalho que ganharam forças no período pandêmico reivindicarão uma nova perspectiva de labor no período pós-pandemia.

No aspecto da saúde do trabalhador, a reestruturação do sistema organizacional de forma remota também se apresenta sob duas óticas antagônicas: embora o teletrabalho possa se apresentar benéfico à continuidade das relações de trabalho, ao sistema econômico e ao próprio trabalhador, conferindo-lhe autonomia, também pode ocasionar um processo erosivo no seu desenvolvimento, ao exigir-lhe jornadas exaustivas, labor em condições não ergonômicas e distanciamento da organização empresarial.

Consoante apontado, o ordenamento jurídico hoje vigente ainda não atende por completo os conflitos que surgem e que continuarão a surgir com a implementação da atividade laborativa de forma remota, inclusive quanto ao meio ambiente laboral. Com efeito, é essencial a consecução de uma agenda pautada no trabalhador que evidencie a função do teletrabalho na promoção do trabalho decente e não apenas como sistema organizacional facilitador do exercício da atividade econômica.

Cabe ao Direito reconhecer as mudanças e responder a elas de forma satisfativa, a partir de uma interdisciplinaridade das suas diferentes ramificações, não olvidando da magnitude social do trabalho e dos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito.

Bibliografía

- Cassar, V. B.: *Direito do Trabalho: de acordo com a reforma trabalhista*, Método, São Paulo, 2020.
- Diniz, B. D.: "Apontamentos acerca do direito ambiental do trabalho", em Mazzuoli, V. O; Irigaray, C. T. J. H. (org.). *Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares*, Carlini & Caniato Editorial, Cuiabá, 2009.
- Eurofound; OIT: *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, OIT, Ginebra, 2017.
- Eurofound: *Telework and ICT-based mobile work: Flexible working in the digital age*, Office of the European Union, Luxembourg, 2020.
- Gomes Canotilho, J. J.: *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, Coimbra, 2003.
- Gosdal, T. C.: *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*, LTr, São Paulo, 2007.
- Martinez, L.: *Curso de direito do trabalho*, Saraiva Educação, São Paulo, 2020.
- Moreira, T. C.: "Algumas considerações sobre segurança e saúde dos trabalhadores no trabalho 4.0.", em de Lacerda Carelli, R.; Muniz Cavalcanti, T.; Patriota da Fonseca, V. (org.): *Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*, ESMPU, Brasília, 2020.
- Neto, A. L. M.: *Sociologia Jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1987.
- OIT: *Perfil do trabalho decente no Brasil*, Organização Internacional do Trabalho, Brasília e Genebra, 2009.
- Oliveira, S. G.: *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*, LTr, São Paulo, 1996.
- Rocha, J. C. S.: *Direito ambiental do trabalho: mudança de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador*, LTr, São Paulo, 2002.
- Sanguineti Raymond, W.: *Teletrabajo y globalización*, MTAS, Madrid, 2003.



Criticità della normativa in tema di assistenza sociale per gli extracomunitari in Italia

CRITICAL SOCIAL WELFARE LEGISLATION FOR NON COMMUNITY IN ITALY

Salvatore Loria

Instituto de Migraciones

Universidad de Granada

studiodottloria@gmail.com 0000-0001-9413-9385

Recibido: 03.05.2021 | Aceptado: 07.06.2021

RIASSUNTO

Attraverso l'esame della normativa, italiana e comunitaria, nonché delle pronunce giurisprudenziali delle diverse Corti, si tenta di individuare –anche se non in maniera esaustiva e definitiva– le criticità della stessa normativa in tema di assistenza sociale per gli extracomunitari presenti nel territorio italiano e proporre riforme che siano effettivamente in grado di incidere strutturalmente sull'attuale sistema di protezione sociale che attualmente esclude una parte della popolazione e, nello specifico, la popolazione straniera povera.

ABSTRACT

By the examination of Italian and Community legislation, and the judgments of the various Courts, we will try to locate - even if not exhaustively and definitively - the criticalities of the same legislation in the matter of social assistance for non-EU present in the Italian territory and propose reforms that are actually capable of structurally affecting the current social protection system that currently excludes a part of the population and, specifically, the poor foreign population.

PAROLE CHIAVE

Welfare
Immigrati
Assistenza sociale
Diritto all'abitazione
Diritto alla salute

KEYWORDS

Welfare
Immigrants
Social assistance
Right to housing
Right to health

SOMMARIO

- I. INTRODUZIONE
 - II. IL DIRITTO COSTITUZIONALE ALL'ASSISTENZA SOCIALE
 - III. IL SISTEMA DI SICUREZZA SOCIALE IN ITALIA
 - IV. LE RESTRIZIONI DELLE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI PER GLI IMMIGRATI
 - V. LE SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE
 - VI. IL DIRITTO SOCIALE DEGLI STRANIERI AD UN ALLOGGIO
 - VII. IL DIRITTO ALLA SALUTE NEGATO
 - VIII. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE
- Bibliografia

I. INTRODUZIONE

Parlare di welfare per gli immigrati e, in particolar modo, per gli immigrati irregolari risulta abbastanza complesso e non solo per l'applicazione delle norme che, a volte, non contemplano espressamente alcune fattispecie che cercheremo di esaminare, ma anche perché bisogna superare la mentalità di una parte della società che –a torto– ritiene che questa «categoria» di soggetti non avrebbe diritto ad accedere a questo tipo d'intervento¹.

La pluralità di prestazioni previste dalla normativa italiana che trova origine nell'art. 38 della Costituzione, prevedono requisiti reddituali oltre che di residenza e soggiorno che cambiano a seconda della prestazione richiesta risultando, pertanto, di non facile individuazione anche per via di una legislazione frammentaria ed inorganica.

Si cercherà, ovviamente senza alcuna pretesa di esaustività, ad individuare le criticità della normativa in tema di assistenza sociale per gli extracomunitari presenti nel territorio italiano in maniera legale e, con particolare riguardo, per gli erroneamente definiti immigrati illegali e che mi piace, invece, chiamare «immigrati senza regolari documenti di soggiorno»² per tentare di dimostrare l'irrazionalità di norme che di fatto li escludono dal sistema di solidarietà costruito faticosamente nell'UE.

1. Questo è stato uno dei cavalli di battaglia del movimento populista in Italia; il leader della Lega, Sen. Matteo Salvini –nel periodo in cui era Ministro dell'Interno– nella trasmissione televisiva su 7 Gold "Aria pulita" ha enfaticamente dichiarato "Siamo arrivati a circa un miliardo di euro di pensioni sociali erogate agli immigrati che sono arrivati qua coi ricongiungimenti familiari, sopra i 65 anni, senza aver mai pagato una lira di contributo". Tale affermazione risulta palesemente falsa perché i requisiti per accedere alla prestazione della pensione sociale sono: un'età minima di 67 anni e un reddito inferiore a determinate soglie fissate ogni anno dalla legge. Bisogna dimostrare, inoltre, una residenza effettiva, stabile e continuativa per almeno dieci anni nel territorio italiano e chi trascorre più di 30 giorni all'anno all'estero perde il diritto alla prestazione. E certamente la cifra indicata dall'ex Ministro appare quantomeno esagerata.

2. Spesso il legislatore usa l'aggettivo "clandestino" per identificare i soggetti che attraversano i confini di un Paese non passando attraverso le frontiere ufficiali; sarebbe comunque più giusto definirli con l'espressione "immigrati senza regolari documenti amministrativi" anziché appellarli in maniera spregevole "clandestini" violando così, fin dal primo accesso nel Paese di arrivo, i diritti umani e fondamentali. Anche perché "illegali sono le azioni, non le persone", come giustamente asserisce Zoli, G.: "L'immigrato copy editor", *Internazionale*, 2 ottobre 2012, <https://www.internazionale.it/opinione/giulia-zoli/2012/10/02/limmigrato-copy-editor>.

II. IL DIRITTO COSTITUZIONALE ALL'ASSISTENZA SOCIALE

Il diritto all'assistenza sociale –giusta previsione costituzionale dell'art. 38– nell'affermare il «diritto al mantenimento e all'assistenza sociale» di chi è «sprovvisto di mezzi necessari per vivere» premette l'allocuzione «cittadino» che rappresenta la netta linea di demarcazione attraverso la quale si crea una prima discriminazione tra lo status di cittadino e lo status di straniero, risultando tra l'altro, in netta antitesi con l'apertura universalistica impressa dall'art. 2 della stessa Costituzione che riconosce tout court i diritti inviolabili dell'uomo in ogni sua accezione.

Gli elementi essenziali per la sussistenza, ovvero tutto ciò che è necessario per la sopravvivenza, rientrando tra i diritti essenziali naturali –e quindi teoricamente senza bisogno di alcuna codificazione– dovrebbero essere assicurati a tutti a ciascuno, a prescindere dallo status giuridico, proprio perché diritti fondamentali che assumono una dimensione universalistica svincolata dall'appartenenza o meno a un determinato territorio.

Anche la Corte costituzionale, in più occasioni, ha ribadito il principio che i diritti fondamentali ed inviolabili dell'uomo sono diritti di tutti, di cittadini e stranieri, secondo il principio di uguaglianza espresso dall'art. 3 Cost. e che rafforza quanto previsto dal precedente art. 2 che nell'affermazione della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo non fa alcuna distinzione tra cittadini e stranieri³.

D'altro canto, la Corte afferma che «la eguaglianza (...) fra il cittadino e lo straniero nella tutela dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 della Costituzione) e nei diritti allo straniero riconosciuti dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali nell'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute (art. 10, secondo e primo comma della Costituzione)»⁴.

Anche in altra occasione la Corte cost. ha espresso il «punto di vista che il principio di eguaglianza, pur essendo nell'art. 3 della Costituzione riferito ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell'ordinamento internazionale»⁵.

La portata dell'art. 2 della Costituzione emerge fin dalla relazione del Presidente della Commissione per la Costituzione Meuccio Ruini che accompagnava il Progetto di Costituzione della Repubblica italiana e che testualmente affermava che «Preliminare ad ogni altra esigenza è il rispetto della personalità umana» in generale e senza distinzione alcuna tra cittadini e stranieri, ovvero delineava il vero scopo dell'enunciato costituzionale: la promozione della persona che deve essere «accompagnata» per colmare le eventuali differenze, compito quest'ultimo affidato al secondo comma dell'art. 3⁶.

3. Corte cost. sent. 18 luglio 1986, n. 199: «In particolare l'art. 2 Cost., riconoscendo e garantendo diritti inviolabili dell'uomo, è norma di tutela non solo del cittadino ma anche dello straniero».

4. Corte cost. sent. 19-26 giugno 1969, n. 104.

5. Corte cost. sent. n. 120 del 1962.

6. «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

III. IL SISTEMA DI SICUREZZA SOCIALE IN ITALIA

Il sistema di sicurezza sociale italiano, improntato secondo i principi sanciti dagli artt. 4, 32 e 35 della Costituzione, tutela i diritti fondamentali alla salute e alla sicurezza sul lavoro, attraverso due canali principali: l'assistenza sanitaria e le prestazioni economiche varie, quali malattia, maternità e paternità, pensione invalidità, anzianità e invalidità, pensione ai superstiti, indennità e rendite in caso di infortuni sul lavoro e malattie professionali, assegni per il nucleo familiare, la disoccupazione, il reddito minimo garantito e l'assistenza di lunga durata.

In particolare, si articola in tre settori rispettivamente gestiti dall'INPS –che nasce nel 1898 con la costituzione della Cassa Nazionale di previdenza per l'invalidità e per la vecchiaia degli operai (Legge 17 luglio 1898, n. 350)– dall'INAIL –nasce nel marzo 1933, dall'unificazione della Cassa nazionale infortuni e delle Casse private di assicurazione– e dal Servizio Sanitario Nazionale –istituito con Legge 883 del 23 dicembre 1978 SSN)–.

L'Inps (Istituto Nazionale di Previdenza Sociale) che rappresenta il più grande ed importante istituto previdenziale italiano, assicura la quasi totalità dei lavoratori dipendenti del settore privato e da ultimo anche quelli del settore pubblico. L'assicurazione previdenziale di altre categorie –giornalisti, medici, ingegneri ed altre professioni varie– viene garantita da Casse autonome⁷.

L'attività principale dell'Inps consiste essenzialmente nell'erogazione di prestazioni previdenziali ed assistenziali; le prime sono correlate e proporzionate in base ai contributi previdenziali versati, mentre per le seconde gli oneri di erogazione ricadono interamente sullo Stato e sugli enti locali. Oltre alla previdenza –erogazione delle pensioni di anzianità, vecchiaia, invalidità ed ai superstiti– l'Inps provvede anche ai pagamenti di tutte le prestazioni a sostegno del reddito –la disoccupazione, la malattia, la maternità, la cassa integrazione, il trattamento di fine rapporto– e di quelle che agevolano coloro che hanno redditi modesti e famiglie numerose, quali l'assegno per il nucleo familiare, gli assegni di sostegno per la maternità e per i nuclei familiari concessi dai Comuni.

L'Inail –Istituto nazionale Assicurazione Infortuni sul Lavoro– svolge attività di prevenzione dei rischi lavorativi, di informazione, di formazione e assistenza in materia di sicurezza e salute sul lavoro. Ha istituzionalmente il compito di contribuire, attraverso un sistema integrato di tutela dei lavoratori, alla riduzione dei rischi di infortuni sul lavoro e sulle malattie riconducibili a quelle c.d. «professionali». L'Istituto, inoltre, assicura l'erogazione di prestazioni economiche, sanitarie ed integrative, ai lavoratori che subiscono un infortunio sul lavoro o contraggono una malattia professionale.

Il Servizio sanitario nazionale (SSN) è un sistema di strutture e servizi che hanno lo scopo di garantire a tutti i cittadini, in condizioni di uguaglianza, l'accesso universale

7. Tutti i professionisti che per esercitare la propria professione devono necessariamente iscriversi a un Albo hanno l'obbligo di iscrizione anche alla propria Cassa Pensionistica di categoria, ente autonomo che si occupa della sfera previdenziale e assistenziale dei propri iscritti. Benché privatizzate, le Casse perseguono dunque una finalità di interesse pubblico e costituiscono un tassello importante del sistema previdenziale italiano su cui dunque lo Stato vigila in ogni caso.

all'erogazione equa delle prestazioni sanitarie, in attuazione dell'art. 32 della Costituzione⁸; i principi fondamentali su cui si basa il SSN fin dalla sua istituzione, sono l'universalità (estensione delle prestazioni sanitarie a tutta la popolazione), l'uguaglianza (tutti devono accedere alle prestazioni del SSN senza nessuna distinzione di condizioni individuali, sociali ed economiche) e l'equità (a tutti i cittadini deve essere garantita parità di accesso in rapporto a uguali bisogni di salute).

Come è agevole comprendere, la normativa italiana in tema di assistenza sociale prevista per i cittadini è abbastanza attenta a garantire i mezzi necessari a chiunque risulti sprovvisto dei mezzi necessari per vivere e ad assicurare agli stessi il diritto fondamentale alla salute anche a coloro che rivestono lo status di indigenti.

Per gli stranieri non comunitari, purtroppo, negli ultimi anni la produzione legislativa ha snaturato e ribaltato quanto già previsto dalla legge n. 40/1998 che istituiva una completa equiparazione tra italiani ed immigrati sia nel settore della previdenza che nell'assistenza sociale; ripensamenti legislativi hanno, purtroppo, circoscritto la platea degli aventi diritto all'assistenza solamente agli immigrati c.d. «lungo soggiornanti» che è stata, fortunatamente, riconosciuta incostituzionale⁹.

Sembra, inoltre, opportuno evidenziare –incoerenza tra quanto proclamato e poi legiferato– che il legislatore italiano ha innalzato a venti anni il requisito contributivo per l'ottenimento della pensione di vecchiaia per tutti i contribuenti, ignorando che molti Paesi di origine degli immigrati non sono legati al nostro Paese da convenzioni che consentano la totalizzazione dei periodi assicurativi¹⁰.

Il legislatore, in effetti, ha effettuato le restrizioni che abbiamo richiamato, ignorando che gli stranieri pensionati in realtà sono pochi. Basti pensare che su 16 milioni di

8. «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

9. La sentenza n. 44 del 2020 della Corte Cost. in materia di requisiti di residenza qualificata, riafferma in maniera netta la violazione dell'art. 3 Cost. per irragionevolezza, per la conseguente disparità di trattamento a danno di chi non è in possesso dei requisiti di residenza qualificata e per violazione del principio di eguaglianza sostanziale. Precedentemente, la stessa Corte con sent. 18 luglio 1986, n. 199 ha affermato che il principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 Cost. non deve essere considerato in modo isolato, ma deve essere interpretato sia in connessione con l'art. 2 Cost., che prevedendo il riconoscimento e la tutela dei «diritti inviolabili dell'uomo» non distingue tra cittadini e stranieri, ma garantisce i diritti fondamentali anche riguardo allo straniero.

10. Se un assicurato non ha diritto alla pensione con i soli contributi nazionali, ma vanta contributi maturati all'estero, può «totalizzare», ovvero sommare ai contributi italiani quelli maturati in un altro Stato convenzionato, ai fini del diritto alla pensione. Per i regolamenti comunitari, il periodo minimo è di 52 settimane, mentre per le convenzioni bilaterali è stabilito in modo diverso dai singoli Accordi. Purtroppo, solo alcune convenzioni bilaterali ammettono la totalizzazione dei contributi con Paesi terzi, a condizione che risultino legati, a loro volta, da convenzioni di sicurezza sociale sia all'Italia sia all'altro Stato contraente. I contributi versati in un altro Stato membro dell'UE possono essere cumulati con quelli versati in Italia. Il quadro completo degli accordi bilaterali di sicurezza sociale attualmente in vigore, oltre naturalmente ai Regolamenti CE sulla sicurezza sociale riguardano i seguenti Stati: Argentina (in vigore dal 1° gennaio 1984); Australia (in vigore dal 1° ottobre 2000); Brasile (in vigore dal 5 agosto 1977); Canada (in vigore dal 1° gennaio 1979); Capo Verde (in vigore dal 1° novembre 1983); Israele (in vigore dal 6 febbraio 2014); Jersey (in vigore dal 1° maggio 1958); Principato di Monaco (in vigore dal 1° ottobre 1985); Repubbliche dell'Ex Jugoslavia Bosnia-Erzegovina, Macedonia-FYROM, Serbia, Montenegro, Kosovo (in vigore dal 1° gennaio 1961); Repubblica di San Marino (in vigore dal 1° gennaio 1961); Stati Uniti (in vigore dal 1° gennaio 1961; accordo aggiuntivo del 1° gennaio 1986); Tunisia (in vigore dal 1° giugno 1987); Uruguay (in vigore dal 1° giugno 1985); Vaticano – Santa Sede (in vigore dal 1° gennaio 2004); Venezuela (in vigore dal 1° novembre 1991).

pensionati, attualmente in Italia, gli stranieri sono circa 130.000 - meno dell'1% del totale - che rappresentano una spesa complessiva di circa 700 milioni di euro. Per quel che riguarda invece i contributi previdenziali occorre evidenziare il gettito contributivo proveniente proprio dal lavoro degli extracomunitari -quasi due milioni e cinquecentomila- che, secondo un noto rapporto, versano all'Inps oltre 10,9 miliardi di euro l'anno. È innegabile, dunque, che gli stranieri contribuiscono fattivamente al finanziamento del sistema previdenziale e che consente il pagamento delle prestazioni previdenziali per tutta la popolazione anziana¹¹.

IV. LE RESTRIZIONI DELLE PRESTAZIONI PREVIDENZIALI PER GLI IMMIGRATI

Anche se la percezione nella maggioranza dei cittadini è che gli immigrati extracomunitari attingono a prestazioni assistenziali in maniera discriminata, nella realtà esistono restrizioni che l'INPS e gli Enti locali, vanno valere perché normativamente richiedono sempre la titolarità di un permesso di soggiorno di lungo periodo anche se, effettivamente, il maggiore bisogno di assistenza si renderebbe necessario soprattutto nella prima fase di presenza, quando ancora non si può avere titolo a tale permesso per il ridotto numero di anni di permanenza in Italia, occorrendo almeno cinque anni di ininterrotta residenza.

In pratica, chi non è titolare di un permesso di soggiorno di lungo periodo o non riveste lo status di rifugiato politico, risulta escluso dalla maggior parte delle prestazioni assistenziali e, in particolare, dalle seguenti prestazioni: assegno di maternità (art. 74 D.lgs. 151/2001); Assegno per il nucleo familiare numeroso: art. 65 L. 488/1998 per le famiglie con almeno 3 figli e art. 1, comma 130, L.190/14 (bonus quarto figlio); SIA -sostegno per l'inclusione attiva (DM 26.5.2016 modificata dal DM 29.4.2017, prestazione non più in vigore in quanto sostituita dal Reddito di inserimento); Carta acquisti ordinaria (art. 81, comma 32 D.L. 112/08 convertito in Legge 133/08; Carta acquisti sperimentale (DM 10 gennaio 2013); premio alla nascita (art. 1 comma 353 della L. di Bilancio 2017- L.11 dicembre 2016 n. 232 pubblicata in GU il 21.12.2016); bonus asilo nido (art.1 comma 355 - L.11 dicembre 2016 n. 232).

Si tratta di una palese violazione di quanto previsto dal legislatore comunitario all'art. 12 della direttiva UE 2011/98 che sancisce la parità nell'accesso alla sicurezza sociale tra cittadini comunitari ed extracomunitari, a prescindere se titolari di un rapporto di

11. Di Pasquale et al, 2017, Filomena, 2016. Direzione Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di Integrazione: *Dal X Rapporto annuale "Gli stranieri nel mercato del lavoro in Italia"*. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Roma. 2020, addirittura i pensionati extracomunitari risultano in numero inferiore rispetto alla precedente rilevazione: «Le pensioni IVS16 erogate dall'INPS a cittadini extracomunitari alla fine del 2019 sono 65.926, pari allo 0,39% del totale delle pensioni INPS dello stesso tipo (16.840.762); di esse 22.696 (34,4%) vengono erogate a uomini e 43.230 (65,6%) a donne. Tra il 2017 e 2018 il numero di pensioni erogate a extracomunitari ha avuto un incremento del 12,7%; tra il 2018 e il 2019 del 12,3% e complessivamente, nel triennio, del 26,6%. L' 86,0% delle pensioni erogate a extracomunitari è destinato a beneficiari residenti nel territorio italiano. Si tratta di 56.710 pensioni, delle quali il 65,6% sono erogate a donne».

lavoro in essere, oppure se semplicemente in possesso di un titolo di soggiorno che riconosce la possibilità di lavorare¹². La stessa norma comunitaria ricomprende anche espressamente, i familiari del lavoratore di un paese terzo che sono ammessi nello Stato membro in conformità della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, e riguardante il diritto al ricongiungimento familiare.

Subordinare il riconoscimento delle prestazioni previdenziali ed assistenziali esclusivamente ai cittadini degli stati extracomunitari in possesso del permesso di soggiorno di lungo periodo crea una disparità di trattamento fra cittadini italiani e stranieri che, nel caso in cui questi ultimi siano anche «lavoratori», viola - come già ribadito - la direttiva 2011/98/UE, che non prevede alcuna possibilità di deroga, né per le prestazioni non essenziali né per quelle essenziali¹³.

La nozione di soggiorno, infatti, non può essere esclusivamente ricollegata alla titolarità del permesso di soggiorno di lunga durata, ma semplicemente alla legalità del soggiorno, nonché, come precisato dalla Corte costituzionale, al suo carattere «non episodico né occasionale»¹⁴.

La Corte costituzionale, a partire dalla sentenza 187/2000 con la quale decidendo in tema di assegno di invalidità civile, ha superato il requisito del permesso di lungo periodo -riferito sia al reddito minimo che al soggiorno quinquennale- argomentando sulla inammissibilità in generale di qualsiasi limitazione basata sul titolo di soggiorno o sulla cittadinanza per quanto riguarda l'accesso a prestazioni volte a sopperire ai bisogni essenziali della vita.

Definitivamente, si deve alla pronuncia della Corte -sentenza 40/2013- con la quale viene affermato che «qualsiasi discriminazione fra cittadini e stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi da quelli previsti per la generalità dei soggetti, finisce per risultare in contrasto con il principio di non discriminazione di cui all'art. 14 della CEDU, avuto riguardo alla interpretazione rigorosa che di tale norma è stata offerta dalla giurisprudenza della Corte europea», la caducazione del requisito, prima considerato essenziale, della residenza.

La previsione di un regime restrittivo nell'erogazione di prestazioni contrasta contro il dovere di assistenza e di solidarietà previsti dall'art. 2 della Costituzione oltre che dalle diverse convenzioni internazionali, nei confronti di cittadini extracomunitari, legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato da tempo apprezzabile ed in modo non episodico, perché ogni norma che impone «distinzioni fra varie

12. Art. 3, lett. B) direttiva UE 2011/98 del 13 dicembre 2011.

13. Si veda Tribunale di Bergamo, ordinanza del 14.4.2016.

14. Corte Cost. sent. 230/15 e sent. n. 40/13. La Corte, tra l'altro, auspica che «il legislatore, tenendo conto dell'elevato numero di pronunce caducatorie adottate da questa Corte a proposito della disposizione ora nuovamente censurata, provveda ad una organica ricognizione e revisione della disciplina, ad evitare, tra l'altro, che il ripetersi di interventi necessariamente frammentari, e condizionati dalla natura stessa del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, possa avere riverberi negativi sul piano della tutela dell'eguaglianza sostanziale». Con tale sentenza, la Corte sancisce l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, L. 388/00 nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti della pensione di cui all'art. 8 L. 66/62 (pensione del cd cieco civile venteseemista) e dell'indennità di cui all'art. 3, comma 1, L. 508/88 (indennità di accompagnamento del cd cieco civile venteseemista).

categorie di persone in ragione della cittadinanza e della residenza per regolare l'accesso alle prestazioni sociali deve pur sempre rispondere al principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost.»¹⁵.

I diritti negati dalla legislazione ordinaria e, per fortuna, riaffermati dalla Corte Europea dei diritti umani, dalla Corte costituzionale, dalla Corte di Cassazione e da numerose sentenze dei giudici di merito, dovrebbero essere riconosciuti e attribuibili a tutti ed a ciascuno, a prescindere dall'appartenenza ad un determinato territorio «o perché nati da determinati genitori, ovvero superando il concetto restrittivo e, per certi versi, anacronistico di cittadinanza e assumendo una visione destrutturata di sovranità che superi i vecchi meccanismi di esclusione e discriminazione propri dello Stato assoluto, ovvero che, una volta per tutte, sia scollata dal territorio»¹⁶.

Dovrebbe, in pratica, entrare nella mentalità corrente di tutti che il principio «innovativo» affermato dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo che i diritti fondamentali sono diritti diversi da tutti gli altri in quanto gerarchicamente appartenenti alle fonti primarie del diritto, ovvero alla Costituzione, li qualifichi come diritti spettanti a ciascun essere umano considerando la cittadinanza in senso universalistico.

Anche la Corte dei conti, con la nota sentenza 144 del 4 agosto 2016 ha posto un freno alle politiche restrittive, in materia di prestazioni assistenziali per gli immigrati, a livello locale. L'alle politiche restrittive, in materia di prestazioni assistenziali per gli immigrati, a livello locale. La Corte era chiamata a giudicare il regolamento esitato dal consiglio comunale di Tradate –piccolo comune in provincia di Varese di diciottomila abitanti– con il quale il Bonus Bebè veniva concesso esclusivamente ai neonati da entrambi i genitori italiani, discriminando di conseguenza perfino i bambini italiani nati da un solo genitore straniero mentre l'altro era italiano¹⁷.

La Corte evidenziando, inoltre, «colpa grave» per tutti i consiglieri comunali e gli amministratori, li ha condannati al risarcimento di tutte le spese sostenute dal Comune nell'attuazione del regolamento incriminato. Secondo i giudici contabili, infatti, non sono stati minimamente presi in considerazione i principi antidiscriminatori alla base del nostro ordinamento, né ha rappresentato causa di giustificazione il fatto che questo regolamento, fosse espressione della volontà politica dei gruppi della maggioranza, poiché qualsiasi atto, anche politico, deve sottostare sempre al rispetto della legge e dei suoi principi fondamentali.

15. Corte Cost. n.44 del 2020.

16. Si rimanda Loria, S.: "Diritti Umani e Fondamentali", *E-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. 2, 2019, pp. 179-191.

17. La Corte ha statuito: «Sussiste la responsabilità erariale a carico dei componenti della Giunta Comunale e del Consiglio Comunale che hanno deliberato l'adozione di provvedimenti palesemente discriminatori (nella specie un bonus bebè riservato ai nuovi nati con entrambi i genitori di nazionalità italiana) e hanno poi resistito nei giudizi promossi da associazioni contro detta delibera; sussiste infatti il requisito della colpa grave, posto che il comportamento tenuto dagli amministratori è particolarmente inescusabile alla luce dell'inequivoca normativa di riferimento e della costante giurisprudenza della Corte Costituzionale.

V. LE SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Di notevole impatto, per tutto ciò che la pronuncia rappresenta, la sentenza della Corte, ha di fatto, stabilito «la intrinseca irragionevolezza del complesso normativo [...] censurato e la disparità di trattamento che esso determina tra cittadini e stranieri legalmente e non occasionalmente soggiornanti in Italia». La negazione dell'Inps ad un cittadino albanese, in stato di invalidità totale, della richiesta pensione di inabilità perché subordinata ad un limite di reddito fissato dalla legge che consentirebbe, conseguentemente, al cittadino straniero di ottenere il premesso di soggiorno, secondo la Corte «rende ancor più evidente l'intrinseca irragionevolezza del complesso normativo in scrutinio»¹⁸.

Nella precedente sentenza –la 306/2008– la Corte evidenzia la violazione, sotto un duplice profilo, dell'art. 3 Cost., sicché ritiene di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000 e dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 –quest'ultimo come modificato dall'art. 9, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189, e poi sostituito dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 3 del 2007– nella parte in cui escludono che la pensione di inabilità, di cui all'art. 12 della legge n. 118 del 1971, possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del d.lgs. n. 3 del 2007, per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo¹⁹.

Anche la sentenza della stessa Corte, la n. 187/2010 dichiara incostituzionale l'art. 80, comma 19 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno –oggi permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo– il riconoscimento, agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, dell'assegno mensile di invalidità, previsto dall'articolo 13 della legge 30 marzo 1971, n. 118 che ha convertito in legge il decreto-legge 30 gennaio 1971, n. 5.

18. La Corte, tra l'altro, così motiva: «Mentre, infatti, l'indennità di accompagnamento è concessa per il solo fatto della minorazione, senza che le condizioni reddituali vengano in alcun modo in rilievo, la pensione di inabilità è preclusa dalla titolarità di un reddito superiore ad una misura fissata dalla legge. La subordinazione dell'attribuzione di tale prestazione al possesso, da parte dello straniero, di un titolo di soggiorno il cui rilascio presuppone il godimento di un reddito, rende ancor più evidente l'intrinseca irragionevolezza del complesso normativo in scrutinio. Si riscontra, pertanto, la violazione, sotto un duplice profilo, dell'art. 3 Cost., sicché deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000 e dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 –quest'ultimo come modificato dall'art. 9, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189, e poi sostituito dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 3 del 2007– nella parte in cui escludono che la pensione di inabilità, di cui all'art. 12 della legge n. 118 del 1971, possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del d.lgs. n. 3 del 2007, per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo».

19. Nelle Considerazioni finali del Presidente Giovanni Maria Flick sulla giurisprudenza costituzionale del 2008 in occasione dell'Udienza straordinaria del 28 gennaio 2009, Roma, Palazzo della Consulta (in www.cortecostituzionale.it), 9, si sottolinea come nella sentenza n. 306 la Corte abbia «puntualizzato che l'irragionevolezza della norma censurata non si rifletteva soltanto sul principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, ma anche sugli artt. 32 e 38 della medesima Carta, nonché sul principio sancito dall'art. 2, in quanto il diritto alla salute è diritto fondamentale della persona».

La Corte anzitutto ha ritenuto dover accertare se, alla luce della configurazione normativa e della funzione sociale che è chiamato a svolgere nel sistema, l'assegno di invalidità costituisca o meno un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento dei «bisogni primari» inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare; rimedio costituente un diritto fondamentale perché garanzia per la stessa sopravvivenza della persona. In proposito la sentenza ricorda la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo che ha affermato come, «in uno Stato democratico moderno, molti individui, per tutta o parte della loro vita, non possono assicurare il loro sostentamento che grazie a delle prestazioni di sicurezza o di previdenza sociale». Sicché, «da parte di numerosi ordinamenti giuridici nazionali viene riconosciuto che tali individui sono bisognosi di una certa sicurezza e prevedono, dunque, il versamento automatico di prestazioni, a condizione che siano soddisfatti i presupposti stabiliti per il riconoscimento dei diritti in questione»²⁰. Pertanto, qualora si tratti di provvidenza destinata a far fronte al «sostentamento» della persona, qualsiasi distinzione tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi dalle condizioni soggettive, finirebbe per risultare in contrasto con il principio sancito dall'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, avuto riguardo all'interpretazione datane dalla Corte europea.

Rimarca la Corte che l'art. 13 della legge 30 marzo 1971, n. 118, prevedeva, nel suo testo originario, la corresponsione di un assegno mensile per tredici mensilità «ai mutilati ed invalidi civili di età compresa fra il diciottesimo ed il sessantacinquesimo anno nei cui confronti sia accertata una riduzione della capacità lavorativa, nella misura superiore a due terzi, incollocati al lavoro e per il tempo in cui tale condizione sussiste», con le stesse condizioni e modalità previste per l'assegnazione della pensione di invalidità di cui all'art. 12 della stessa legge. Il secondo comma dello stesso art. 13, prevedeva che l'assegno di invalidità potesse «essere revocato, su segnalazione degli uffici provinciali del lavoro e della massima occupazione, qualora risulti che i beneficiari non accedono a posti di lavoro adatti alle loro condizioni fisiche».

Il medesimo art. 13, sostituito dall'art. 1, comma 35, della legge 24 dicembre 2007, n. 247, stabilisce che «agli invalidi civili di età compresa fra il diciottesimo e il sessantatreesimo anno nei cui confronti sia accertata una riduzione della capacità lavorativa, nella misura pari o superiore al 74 per cento, che non svolgono attività lavorativa e per il tempo in cui tale condizione sussiste, è concesso, a carico dello Stato ed erogato dall'INPS, un assegno mensile di euro 242,84 per tredici mensilità, con le stesse condizioni e modalità previste per l'assegnazione della pensione di cui all'art. 12».

Il comma 2 del medesimo articolo prevede, inoltre, che il fruitore del beneficio provvede ad autocertificare all'INPS di non svolgere attività lavorativa e l'obbligo di dare tempestiva comunicazione al medesimo Istituto ove tale condizione venga meno.

20. Si consultino: *Stec ed altri contro Regno Unito*, decisione sulla ricevibilità del 6 luglio 2005; *Koua Poirrez contro Francia*, sentenza del 30 settembre 2003; *Gaygusuz contro Austria*, sentenza del 16 settembre 1996; *Salesi contro Italia*, sentenza del 26 febbraio 1993.

Dalla disamina operata dalla Corte emerge, dunque, che l'assegno in questione può essere riconosciuto soltanto in favore di soggetti invalidi civili, nei confronti dei quali sia riconosciuta una riduzione della capacità lavorativa di misura elevata; che la provvidenza stessa, in tanto può essere erogata, in quanto il soggetto invalido non presti alcuna attività lavorativa; che l'interessato versi, infine, nelle disagiate condizioni reddituali stabilite dall'art. 12 della stessa legge n. 118 del 1971, per il riconoscimento della pensione di inabilità.

L'erogazione della provvidenza –emerge con estrema chiarezza dalla norma– è destinata certamente non ad integrare un minore reddito dipendente da condizioni soggettive, bensì a garantire al soggetto destinatario un minimo vitale di sostentamento, atto appunto ad assicurarne la sopravvivenza e rientrando, dunque, nel parametro ineludibile di uguaglianza di trattamento tra cittadini e stranieri.

VI. IL DIRITTO SOCIALE DEGLI STRANIERI AD UN ALLOGGIO

Nonostante in diverse occasioni, la Corte costituzionale, in vero, avesse affermato che è «doveroso da parte della collettività intera impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione» e qualifica tale diritto fondamentale in quanto costituisce un «connotato della forma costituzionale di Stato sociale voluto dalla Costituzione», il quale deve «contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana»²¹, non sono mancate, soprattutto a livello di legislazione regionale, chiusure nei confronti del diritto costituzionale all'abitazione per gli stranieri soggiornanti in Italia²².

La legislazione regionale, in funzione dell'autonomia amministrativa, in netto contrasto con le norme costituzionali –come abbiamo segnalato nelle note– diversificano il

21. Sent. n. 404 del 24 marzo 1988. La stessa Corte, precedentemente con Sentenza n. 217 del 1988, affermava che «il diritto all'abitazione rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione... In breve, creare le condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, quale quello all'abitazione, contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso». Altra sentenza della stessa Corte –Sent. n. 49 del 1987– aveva già riconosciuto «indubbiamente doveroso da parte della collettività intera impedire che delle persone possano rimanere prive di abitazione».

22. Si veda, ad esempio non esaustivo, l'art. 4 della legge regionale 13/2017 della Regione Liguria (Norme per l'assegnazione e la gestione del patrimonio di edilizia residenziale pubblica e modifiche alla legge regionale 12 marzo 1998 e alla legge regionale 3 dicembre 2007, n. 38) che prevedeva per gli stranieri extracomunitari 10 anni di residenza consecutiva ai fini della richiesta di case popolari a differenza dei cittadini comunitari e che di fatto rappresentava una norma "anti straniero" o meglio, una chiara e palese discriminazione in violazione della normativa comunitaria ed internazionale. Legge prontamente, comunque, bocciata dalla Corte costituzionale con la recentissima sentenza n. 106/2018 depositata il 24 maggio 2018. Nonostante tale pronuncia, la spinta discriminatoria nei confronti degli stranieri continua imperterrita come dimostra la norma approvata dalla Regione Abruzzo nel luglio 2018 che, modificando la precedente legge sull'assegnazione degli alloggi popolari, ha previsto tra i requisiti per partecipare al bando di partecipazione all'assegnazione degli alloggi popolari la cittadinanza italiana, ovvero per gli stranieri la residenza per almeno dieci anni consecutivi nel territorio nazionale di cui almeno cinque nel bacino di utenza nel Comune in cui intende accedere all'alloggio. Tale modifica legislativa che contratta nettamente con la sentenza della Suprema Corte n. 168 del 2014 messa in ordine alla legge della Regione Valle D'Aosta che in tale ambito aveva affermato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 1, lettera b), della legge della Regione autonoma Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste 13 febbraio 2013, n. 3 (Disposizioni in materia di politiche abitative), nella parte in cui annovera, fra i requisiti di accesso all'edilizia residenziale pubblica, quello della "residenza nella Regione da almeno otto anni, maturati anche non consecutivamente"».

diritto all'alloggio tra residente e non residente, codificando implicitamente una nuova categoria di «esclusi» dal welfare locale; la legiferazione, dunque, sembrerebbe mirata esclusivamente –in una mentalità essenzialmente conservatrice– a favorire i residenti cittadini a discapito degli stranieri che continuano a rimanere gli esclusi nonostante la corposa normativa comunitaria ed internazionale²³.

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, all'art. 25, disponendo che «Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari; ed ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità, vedovanza, vecchiaia o in altro caso di perdita di mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà»²⁴, sancisce senza dubbio un principio che non può essere in nessun caso derogato, essendo stata recepita ed adottata dall'Italia con Legge 4 agosto 1955, n. 848²⁵.

Del resto, anche l'art. 11 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, firmato a New York il 16 dicembre 1966²⁶, impegnava gli Stati –rafforzamento di quanto già enunciato solennemente nella Dichiarazione del 1948– a riconoscere «il diritto di ogni individuo ad un livello di vita adeguato per sé e per la sua famiglia, che includa alimentazione, vestiario, ed alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita». Gli Stati Parti si impegnavano ad adottare misure idonee ad assicurare l'attuazione di questo diritto, e riconoscevano a tal fine l'importanza essenziale della cooperazione internazionale, basata sul libero consenso.

Collateralmente e a rafforzamento di quanto affermato sia nella Dichiarazione che nel Patto sopra richiamati, interviene la Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo,

23. Si osserva, inoltre, che gli artt. 4 e 11 della direttiva 2003/109/CE, del Consiglio, del 25 novembre 2003 relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, recepita con il decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3, il cui art. 1 ha sostituito l'art. 9 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, prevedono che i soggiornanti di lungo periodo, ovvero gli extracomunitari residenti per almeno cinque anni, siano equiparati ai cittadini dello Stato membro in cui si trovano ai fini del godimento dei servizi e prestazioni sociali, tra i quali rientra l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, come testualmente conferma la lettera f) del suo art. 11, con il riferirsi alla «procedura per l'ottenimento di un alloggio». La Regione Liguria, così come precedentemente aveva legiferato la Lombardia (Legge n. 16/2016) hanno ritenuto discriminare gli extracomunitari all'accesso dell'alloggio popolare con l'introduzione di punteggi specifici riferiti alla durata della residenza sul territorio regionale a prescindere dallo svantaggio familiare soggettivo. Tali norme si pongono in netto contrasto con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo che all'art. 25, comma 1, dispone che «Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione». Sui dubbi sulla costituzionalità delle discipline regionali e sulla ragionevolezza dei trattamenti differenziati e divieto di discriminazione, si consulti Corvaja, F.: "L'accesso dello straniero extracomunitario all'edilizia residenziale pubblica", *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, núm. 3, 2009, pp. 1000-1024. Si veda, inoltre, Cuniberti, M.: "L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale", *Le Regioni*, núm. 2-3, 2006, pp. 510-529 in cui si esamina la legittimità costituzionale proposta in via principale nei confronti dell'art. 34 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 8 aprile 2004, n. 1.

24. Il 10 dicembre 1948, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite approvò e proclamò la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani. Dopo questa solenne deliberazione, l'Assemblea delle Nazioni Unite diede istruzioni al Segretario Generale di provvedere a diffondere ampiamente questa Dichiarazione e, a tal fine, di pubblicarne e distribuirne il testo non soltanto nelle cinque lingue ufficiali dell'Organizzazione internazionale, ma anche in quante altre lingue fosse possibile usando ogni mezzo a sua disposizione.

25. Il principio è stato ribadito dalla Corte Cost., sent. 20 dicembre 1989 n. 559.

26. Il Patto è stato recepito e ratificato dalla legge 25 ottobre 1977, n. 881.

firmata a New York il 20 novembre 1989²⁷ che impone agli Stati di adottare adeguati provvedimenti per aiutare i genitori o altri che hanno la responsabilità del fanciullo ad attuare il diritto di ogni fanciullo ad un livello di vita sufficiente per consentire il suo sviluppo fisico, mentale, spirituale, morale e sociale e ad offrire, se del caso, un'assistenza materiale e programmi di sostegno, in particolare per quanto riguarda l'alimentazione, il vestiario e l'alloggio.²⁸

Per ultimo, la Carta sociale europea ribadisce ancora una volta il diritto inviolabile alla protezione contro ogni tipo di povertà e di emarginazione e per il cui effettivo esercizio gli Stati aderenti si impegnano «a prendere misure nell'ambito di un approccio globale e coordinato per promuovere l'effettivo accesso in particolare al lavoro, all'abitazione, alla formazione professionale, all'insegnamento, alla cultura, all'assistenza sociale medica delle persone che si trovano o rischiano di trovarsi in situazioni di emarginazione sociale o di povertà, e delle loro famiglie»²⁹ ed, in particolare per quanto riguarda l'effettivo esercizio del diritto all'abitazione, impegna le Parti a «prendere misure destinate: 1. a favorire l'accesso ad un'abitazione di livello sufficiente; 2. a prevenire e ridurre lo status di "senza tetto" in vista di eliminarlo gradualmente; 3. a rendere il costo dell'abitazione accessibile alle persone che non dispongono di risorse sufficienti»³⁰.

Appare, dunque, pacifico che il requisito della residenza ai fini dell'accesso al beneficio, nello specifico dell'alloggio, rappresenta, de facto, una illecita discriminazione sebbene dissimulata ed a favore dei cittadini che, proprio per lo status rivestito, possono facilmente soddisfare il requisito richiesto dalle norme restrittive, come ebbe modo di segnalare in più occasioni la Corte di giustizia europea³¹.

Bisogna evidenziare, ancora, che la stessa Corte, anche se per altra fattispecie – agevolazioni tariffarie a vantaggio delle persone residenti per l'accesso ai Musei comunali – ha affermato che «il principio di parità di trattamento. (...) vieta non soltanto le discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, produca, in pratica, lo stesso risultato»³².

Lo stesso risultato discriminatorio –afferma la Corte– non si verifica in maniera esclusiva per gli stranieri extracomunitari, ma coinvolge anche i cittadini comunitari; non può, infatti, non considerarsi l'ipotesi –certamente non residuale– che i cittadini di altri Stati membri, il più delle volte, non sono cittadini residenti e, conseguentemente,

27. La convenzione è stata ratificata e resa esecutiva a seguito della legge 27 maggio 1991, n. 176.

28. È opportuno richiamare quanto precedentemente era stato previsto dall'art. 5 della Convenzione internazionale per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, firmata a New York il 21 dicembre 1965 e ratificata dall'Italia con legge 13 ottobre 1975, n. 654; si richiama, inoltre, l'attenzione su quanto sancito dall'art. 14 della Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne firmata a New York il 18 settembre 1979 (ratificata e resa esecutiva a seguito della legge 14 marzo 1985, n. 132).

29. Art. 30, lett. a) Carta sociale europea riveduta, promossa dal Consiglio d'Europa, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata e resa esecutiva in virtù della legge 9 febbraio 1999, n. 30.

30. Art. 31, Carta sociale europea riveduta.

31. Si vedano, in particolare, le sent. Meints, 27.11.1997; Meussen, 8.06.1999; Commissione c. Lussemburgo, 20.06.2002.

32. Corte di giustizia dell'Unione europea sentenza 16 gennaio 2003 n. C-388/01, § 13 e 14.

a causa della previsione del requisito della residenza di lungo periodo, si troverebbero esclusi di un diritto inviolabile riconosciuto.

Recentemente, la Suprema corte di Cassazione pronunciandosi su ricorso proposto dall' Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) contro H. V. R. I. avverso la sentenza n. 1222/2017 della Corte d'appello di Milano che aveva dichiarato il carattere discriminatorio della condotta tenuta dall'Inps nel negare il diritto della ricorrente all'assegno di natalità ex art. 11 comma 25, della legge 23 maggio 2014, n. 190 per mancanza del requisito del possesso di un permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, ha avuto modo di ulteriormente chiarire –facendo anche riferimento alla sent. Corte costituzionale n. 230 del 2015– che, nell'ottica della più sempre integrazione sociale e della prevista equiparazione, per scopi assistenziali, tra cittadini e stranieri extracomunitari, di cui all'art. 41 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero)– il soggiorno di questi ultimi risulti, oltre che regolare, non episodico né occasionale»³³.

Con tale pronuncia viene affrontata la questione di manifesta illegittimità dell'operato dell'Inps in palese e netto contrasto col dettato costituzionale di cui all' art. 31 della Costituzione, in forza del quale la Repubblica si fa carico di proteggere la famiglia e, conseguentemente, la maternità e l'infanzia, con misure economiche e tutte le altre provvidenze necessarie per rendere effettivo quanto costituzionalmente sancito.

Il diniego dell'assegno di natalità di cui all'art. 1, comma 125, legge n. 190 del 2014, così come pure tutte le altre provvidenze negate agli extracomunitari non soggiornanti di lungo periodo, pare integrare, la discriminazione legata alla nazionalità, anche se espressamente vietata dall'art.12, lettera e), della direttiva 2011/98 e che prevede, espressamente, l'equiparazione degli extracomunitari ai cittadini degli Stati membri in cui soggiornano nei settori della sicurezza sociale, meglio definiti dal Regolamento CE n. 883/2004³⁴.

33. Par. 30, N. 188 Ordinanza (Atto di promovimento) Suprema Corte di Cassazione 17 giugno 2019.

34. La Corte di giustizia (21 giugno 2017 C-4491/2016) ha avuto modo di precisare che «[...] la distinzione fra prestazioni escluse dall'ambito di applicazione del regolamento n. 883/2004 e prestazioni che vi rientrano è basata essenzialmente sugli elementi costitutivi di ciascuna prestazione, in particolare sulle sue finalità e sui presupposti per la sua attribuzione, e non sul fatto che essa sia o no qualificata come prestazione di sicurezza sociale da una normativa nazionale (v., in tal senso, in particolare, sentenze del 16 luglio 1992, Hughes, C- 78/91, EU:C:1992:331, punto 14; del 20 gennaio 2005, Noteboom, C- 101/04, EU:C:2005:51, punto 24, e del 24 ottobre 2013, Lachheb, C-177/12, EU:C:2013:689, punto 28). Una prestazione può essere considerata come una prestazione di sicurezza sociale qualora sia attribuita ai beneficiari prescindendo da ogni valutazione individuale e discrezionale delle loro esigenze personali, in base ad una situazione definita per legge, e si riferisca a uno dei rischi espressamente elencati nell'art. 3, paragrafo 1, del regolamento n. 883/2004 (v. in tal senso, in particolare, sentenze del 16 luglio 1992, Hughes, C-78/91, EU:C:1992:331, punto 15; del 15 marzo 2001, Offermanns, C-85/99, EU:C:2001:166, punto 28, nonché del 19 settembre 2013, Hliddal e Bornand, C-216/12 e C-217/12, EU:C:2013:568, punto 48)». Inoltre, la stessa sentenza ha affermato che «[...] l'espressione «compensare i carichi familiari» deve essere interpretata nel senso che essa fa riferimento, in particolare, a un contributo pubblico al bilancio familiare, destinato ad alleviare gli oneri derivanti dal mantenimento dei figli (v., in tal senso, sentenza del 19 settembre 2013, Hliddal e Bornand, C- 216/12 e C-217/12, EU:C:2013:568, punto 55 e giurisprudenza ivi citata)».

VII. IL DIRITTO ALLA SALUTE NEGATO

La Corte costituzionale nella sent. n. 103/1977 ricorda che alla luce dell'art. 32 Cost. che prevede il diritto alla salute quale diritto fondamentale della persona e di interesse per la collettività corrisponde ad un diritto pieno e incondizionato della persona e perciò la cittadinanza non rileva ai fini della posizione di utente dei servizi sanitari.

Il diritto alla salute, dunque, con la sua qualificazione costituzionale e fondamentale comporta precise conseguenze giuridiche, quali l'inalienabilità, l'intrasmissibilità e l'irrinunciabilità³⁵, oltre che l'indisponibilità che comporta l'attribuzione della titolarità sia ai cittadini che agli stranieri, essendo riconducibili a diritti strettamente inerenti alla stessa persona, in quanto tale.

Riconoscere la qualificazione di diritto fondamentale alla salute –per altro garantita anche dall'art. 12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali³⁶– significa riconoscere, tout court, il diritto alla salute, comunque, di chi è presente nel territorio dello Stato italiano, a prescindere dallo status rivestito che, molto spesso viene vanificato dalla carenza di strutture sanitarie idonee e dalla limitatezza delle risorse disponibili. Né si può essere completamente d'accordo con l'affermazione che il diritto ai trattamenti sanitari debba essere condizionato da esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, atteso che si tratta di un diritto che ha insito una valenza erga omnes e, pertanto, meritevole di protezione dello Stato e delle Regioni che sono obbligati, nei limiti delle singole competenze, a predisporre quanto necessario per attuare una efficace politica di prevenzione e protezione della salute che non può essere né compressa né sacrificata da ragioni prettamente economiche³⁷.

La propensione al risparmio a tutti i costi, oltre ad essere anacronistico rispetto alla primaria esigenza della pubblica salute, genera dubbi sui sottostanti interessi che potrebbero avere risvolti certamente interessanti per comprendere le logiche che hanno spinto la politica a «sacrificare»³⁸ il settore primario della sanità a favore di altri capitoli di bilancio e che hanno evidenziato le criticità della mancanza di strutture e

35. Baldassarre, A.: "Diritti sociali", in *Enciclopedia Treccani Giuridica*, vol. XI, Istituto della Enciclopedia Italiana Roma, 1992.

36. Adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966. Entra in vigore internazionale: 3 gennaio 1976.

37. Emblematico, quanto scritto da Giovanna Borelli –<https://altreconomia.it/servizio-sanitario-nazionale-finanziamento/>– che secondo i dati riportati dal report dell'Ufficio Parlamentare di Bilancio, «il personale del SSN è calato in modo continuo a partire dal 2010, registrando una diminuzione del 6,2%. I dipendenti a tempo indeterminato nel 2017 risultavano 42.800 in meno rispetto al 2008, riduzione che si è concentrata soprattutto nelle regioni in piano di rientro (36.700 persone in meno). Il personale non "stabile", che comprende i direttori generali e il personale a contratto, è diminuito del 35%. Anche i servizi ospedalieri sono stati ridimensionati con l'obiettivo di spostare le cure su strutture meno costose e più vicine ai cittadini. In Italia il numero di posti letto (per 1.000 abitanti) negli ospedali è sceso da 3,9 nel 2007 a 3,2 nel 2017, contro una media europea che è diminuita da 5,7 a 5».

38. In base ai dati dell'Istituto nazionale di Statistica (ISTAT), in Italia la spesa sanitaria pubblica ha fatto registrare tra il 2000 e il 2008 un aumento di circa il 3%, superiore all'aumento del PIL. Dal 2009 al 2017, il tasso di variazione medio anno rispetto al PIL è gradualmente sceso attestandosi intorno allo 0,1% e facendo registrare una sostanziale stabilità della spesa sanitaria pubblica corrente dovuta anche a politiche di contenimento, con un peso sul PIL costante al 6,8% tra il 2017 ed il 2018. In termini di spesa sanitaria complessiva per l'Italia (componente pubblica e privata), i dati a consuntivo forniti dall'OCSE relativi al 2018, indicano un'incidenza sul PIL pari all'8,8 per cento, inferiore alla media UE28 (oltre il 9,5%) e a quella dei principali Paesi europei, tra cui la Francia e la Germania, che si attestano ben oltre l'11 per cento).

mezzi idonei ad affrontare emergenze, come è avvenuto nel caso della pandemia da Covid-19³⁹.

Non può non far riflettere, quanto già emergeva dal focus curato da Stefania Gabriele per l'Ufficio parlamentare del bilancio del 2019 e che dimostra –qualora ve ne fosse bisogno– che importanti tagli finanziari programmati avrebbero portato, tra l'altro, a una forte riduzione dei posti letto, in particolare quelli disponibili per terapia intensiva, con le conseguenze che sono state visibili a tutti: «Nel corso degli anni, inoltre, le manovre di finanza pubblica hanno imposto forti ridimensionamenti dei finanziamenti rispetto a quanto precedentemente concordato in sede di Conferenza Stato Regioni, obbligando a contenere la spesa attraverso le misure individuate centralmente oppure con interventi alternativi. Per il futuro, le previsioni di spesa sanitaria a legislazione vigente contenute nella NADEF 2019 indicano una ulteriore lieve riduzione in rapporto al PIL, dal 6,6 per cento del 2019 al 6,5 nel 2022»⁴⁰.

In quest'ottica si è fatta l'insensata scelta della riduzione del personale sanitario che ha comportato «una riduzione in valore assoluto di quasi 2 miliardi di euro tra il 2010 e il 2018, nonostante un recupero parziale nell'ultimo anno intervenuto grazie alla ripresa della contrattazione. Alla riduzione del personale degli enti sanitari pubblici si è accompagnato a sua volta una riduzione degli investimenti in conto capitale e il ridimensionamento delle strutture ospedaliere esistenti, che ha rappresentato un obiettivo esplicito delle politiche sanitarie (blocco dei turnover, chiusura unità ospedaliere, riduzione dei posti letto, accorpamento delle Asl) volte a spostare le cure su strutture meno care e più capaci di essere vicine ai cittadini»⁴¹.

Le scarse lungimiranze nelle scelte politiche in tema sociosanitario si sono ulteriormente evidenziate nel periodo critico della pandemia che ha sconfessato quanto propugnato da una politica aziendale applicata anche ai settori più delicati e sensibili, quali appunto la sanità, non comprendendo però che scarsi investimenti rivolti alla salute della popolazione possono generare indirettamente, più alti costi sociali ed economici, attraverso un abbassamento della qualità della vita di tutti.

39. Paolo Russo, su "La Stampa" del 5 marzo 2020 evidenziava la drammaticità della situazione pandemica, in ordine alla disponibilità di posti letto in terapia intensiva, rispetto alla pressante richiesta di cure di terapia intensiva: «La situazione l'ha fotografata l'Anaa, il principale sindacato dei medici ospedalieri. I posti letto di rianimazione nelle tre regioni più esposte, cioè Lombardia, Veneto ed Emilia Romagna, sono in tutto 1.800. Normalmente il 40% di questi resta vuoto per fronteggiare eventuali emergenze o maggiori flussi di pazienti. In tempi di coronavirus il loro tasso di utilizzo è salito al 95%: detto diversamente solo 5 posti su 100 sono in questo momento liberi. E i malati gravi che hanno bisogno di macchine per respirare aumentano in proporzione. Erano 229 martedì e sono saliti a 295 solo 24 ore dopo. Con questi numeri secondo l'Anaa i posti in rianimazione sono già in esaurimento in Lombardia, lo saranno tra 5 giorni in Veneto ed entro una settimana in Emilia». In effetti, i mancati investimenti per il rafforzamento delle misure preventive per fronteggiare eventuali future esigenze, sono diventate abbastanza drammatiche, come evidenzia l'Organizzazione Mondiale della Sanità a proposito del nostro Paese che ha dimezzato i posti letto per i casi acuti e la terapia intensiva, passati da 575 ogni 100 mila abitanti ai 275 attuali. Un taglio del 51% operato progressivamente dal 1997 al 2015, che ha portato l'Italia in fondo alla classifica europea.

40. La relazione è consultabile nel sito: https://www.upbilancio.it/wp-content/uploads/2019/12/Focus_6_2019-sanit%3a0.pdf.

41. Mazzone, E.: "Rivedere l'impianto del Servizio sanitario nazionale imparando dal Covid-19", Istituto per la Competitività, 17 aprile 2020, disponibile in <https://www.i-com.it/2020/04/17/servizio-sanitario-nazionale/>.

Tali miopi politiche di contenimento di spesa, cozzano anche con l'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo che riconosce internazionalmente il diritto alla salute, quale diritto inviolabile della persona e, pertanto, intrinsecamente, non soggetto ad alcuna limitazione, ancorché di natura economica, come ha peraltro, in successive sentenze⁴² la Corte costituzionale confermato riconoscendo l'esigenza di una tutela ampia del diritto alla salute, che si estende molto oltre il nucleo essenziale e irriducibile e deputata anche a coprire oltre le essenzialità, anche le «prowidenze» indirette, come la previsione di tariffe agevolate per gli invalidi⁴³.

VIII. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Da quanto abbiamo affrontato si evince chiaramente che l'Italia è in forte ritardo su molti fronti e, in particolare, sul piano dello sviluppo dei servizi di cura, proprio per la mancanza di una vera strategia nazionale di sviluppo del welfare indirizzata essenzialmente all'incremento occupazionale collegato anche alla tutela dei bisogni sociali.

I settori socio-assistenziale e socio-sanitario appaiono sottodimensionati rispetto al reale fabbisogno, proprio per la politica di risparmio attuata a partire dal 2014 con la spending review che, se ha ridotto notevolmente sprechi in alcuni settori, ha prodotto numerosi danni, difficilmente riparabili nel breve periodo, in settori altamente sensibili. In particolare, la mera politica del risparmio a tutti i costi ha generato a catena una serie di problemi che hanno prodotto riduzione di personale con conseguente progressiva fuga dal sistema pubblico a quello privato e la massiccia fuga di medici italiani nei Paesi esteri che mettono a disposizione mezzi e strutture sicuramente più efficienti rispetto a quelle che offre l'Italia.

L'errore di concentrare le cure ospedaliere in grandi strutture e la contestuale riduzione delle strutture minori che, secondo gli standard non garantivano adeguati risultati, anziché la loro riconversione e miglioramento, ha lasciato la popolazione senza protezioni adeguate, come evidenziato dalla Corte dei conti⁴⁴.

Le carenze della sanità pubblica si sono in effetti riversate sulle famiglie che hanno potuto contare sulle proprie risorse economiche per garantirsi un'assistenza spesso

42. Si rimanda, in particolare, alla Sent. 31/2017 con la quale la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 574, lettera b), della legge n. 208 del 2015, nella parte in cui impone alle Province autonome di Trento e di Bolzano di adottare misure alternative al fine di garantire, in ogni caso, l'invarianza dell'effetto finanziario. Occorre altresì ricordare che la stessa Corte ha già altre volte affermato, come nella sentenza n. 75 del 2016, che la legge dello Stato non può imporre vincoli alla spesa sanitaria delle Province autonome di Trento e Bolzano, considerato che lo Stato non concorre in alcun modo al finanziamento del servizio sanitario provinciale, il quale si sostenta totalmente con entrate provinciali.

43. Con Sent. 432/2015, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 2, della legge della Regione Lombardia 12 gennaio 2002, n. 1 (Interventi per lo sviluppo del trasporto pubblico regionale e locale), come modificato dall'art. 5, comma 7, della legge della Regione Lombardia 9 dicembre 2003, n. 25 (Interventi in materia di trasporto pubblico locale e di viabilità), nella parte in cui non include gli stranieri residenti nella Regione Lombardia fra gli aventi il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili.

44. Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, La sanità e il nuovo patto per la salute, in Rapporto 2020 sul coordinamento della finanza pubblica, approvato nell'adunanza delle Sezioni riunite in sede di controllo del 15 maggio 2020. p. 286.

negata dal sistema per la lungaggine e la farraginosità delle prenotazioni che vanificano una immediata e tempestiva cura. Carenze, messe ulteriormente in luce dalla pandemia da coronavirus che per «l'insufficienza delle risorse destinate al territorio ha reso più tardivo e ha fatto trovare disarmato il primo fronte che doveva potersi opporre al dilagare della malattia e che si è trovato esso stesso coinvolto nelle difficoltà della popolazione, pagando un prezzo in termini di vite molto alto»⁴⁵.

A questo si aggiunga la contestuale riduzione di posti letto di ricovero che, pur riconoscendolo fenomeno comune ad altri Paesi, appare certamente critica la flessione registrata nei primi mesi del 2000, dei posti a 3,2 per mille abitanti, contro i sei posti di Francia e gli 8 posti letto di Germania.

Altra sostanziale debolezza della rete sanitaria e assistenziale in Italia, risulta essere la copertura delle esigenze di assistenza domiciliare, specialmente quella anziana, spesso in condizione di non autosufficienza e che risulta parzialmente risolta con l'autofinanziamento delle famiglie che si avvalgono di assistenti e badanti extracomunitari che, fortunatamente, sopperiscono alle esigenze inascoltate dalla parte più fragile della popolazione⁴⁶.

Ovviamente, la contingenza del periodo particolare vissuta ci induce ad ipotizzare, con ragionevole certezza, che le restrizioni imposte dai vari lockdown sui vari aspetti della vita sociale delle famiglie abbiano penalizzato fortemente i nuclei stranieri, anche per via di una situazione lavorativa –lavoratori irregolari e stagionali, badanti e assistenti familiari, venditori ambulanti– già notoriamente più debole e meno tutelata di quella degli italiani e dei cittadini comunitari.

La Caritas, non a caso, segnala nel suo secondo monitoraggio sui bisogni e servizi per Covid-19, effettuato dal 3 al 23 giugno 2020, che quasi 450.000 persone sono state accompagnate e sostenute tra marzo e maggio, di cui il 61,6% italiane. Di queste il 34% sono “nuovi poveri”, cioè persone che per la prima volta si sono rivolte alla Caritas. 92.000 famiglie in difficoltà hanno avuto accesso a fondi diocesani, oltre 3.000 famiglie hanno usufruito di attività di supporto per la didattica a distanza e lo smart working, 537 piccole imprese hanno ricevuto un sostegno.

Né è venuta in soccorso la normativa d'emergenza prevista da decreto Cura Italia⁴⁷ che ha istituito il «Bonus spesa», poi rifinanziato dal Decreto Rilancio⁴⁸, erogato dai Comuni che hanno inserito paletti contenitivi, escludendo chi non possedeva requisiti di cittadinanza, residenza anagrafica e permesso di soggiorno: si è trattato praticamente dell'esclusione di molti cittadini stranieri. Cittadini stranieri che, secondo i dati elaborati dall'Osservatorio Inps, rappresentano una percentuale minima di inclusione all'interno della misura c.d. «Reddito di cittadinanza»⁴⁹ e che rappresenta solamente l'8% del totale dei nuclei familiari beneficiari.

45. *Ibidem*, p. 286.

46. Secondo i dati elaborati dall'Istat, al 1° gennaio 2020, il 29,60% della popolazione italiana aveva un'età compresa tra 60 e 99 anni; ciò significa che quasi un 1/3 della popolazione complessiva italiana è formata da anziani e, dunque, da potenziali soggetti bisognosi di assistenza domiciliare.

47. Decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18.

48. Decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34.

49. Il Reddito di Cittadinanza (RdC), introdotto con decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4 come misura di contrasto alla povertà, è un sostegno economico finalizzato al reinserimento nel mondo del lavoro e all'inclusione sociale.

Quanto abbiamo tentato di tracciare, ci induce a riflettere seriamente sull'incontestabile assunto che la condizione di povertà degli stranieri in Italia non sia semplicemente correlato all'emergenza pandemica che ha certamente acuito il fenomeno; è un fenomeno, a giudizio di chi scrive, che nonostante i proclami e le esternazioni mediatiche non si è voluto affrontare con decisione e mezzi finanziari adeguati.

Ciò che occorre, dunque, per evitare che l'ulteriore emergenza, determinata dal coronavirus, amplifichi la platea dei nuovi poveri e, specialmente dei nuovi poveri stranieri extracomunitari, è intervenire con urgenza e senza tentennamento alcuno, con riforme che incidano strutturalmente sull'attuale sistema di protezione sociale che attualmente esclude una parte della popolazione e, nello specifico, la popolazione straniera povera.

Bibliografia

- Baldassarre, A.: "Diritti sociali", in *Enciclopedia Treccani Giuridica*, vol. XI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1992.
- Corvaja, F.: "L'accesso dello straniero extracomunitario all'edilizia residenziale pubblica", *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, núm. 3, 2009.
- Cuniberti, M.: "L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale", *Le Regioni*, núm. 2-3, 2006.
- Loria, S.: "Diritti Umani e Fondamentali", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. 2, 2019.
- Zoli, G.: "L'immigrato copy editor", *Internazionale*, 2 ottobre 2012.

Qualora tutti i componenti del nucleo familiare abbiano età pari o superiore a 67 anni, oppure se nel nucleo familiare sono presenti anche persone di età inferiore a 67 anni in condizione di disabilità grave o non autosufficienza, assume la denominazione di Pensione di Cittadinanza. Il Reddito di Cittadinanza viene erogato ai nuclei familiari che, al momento della presentazione della domanda e per tutta la durata dell'erogazione del beneficio, risultano in possesso di determinati requisiti economici, di cittadinanza e di residenza escludendo, dunque, chi non può far valere un permesso di soggiorno di lunga durata.



El arduo camino hacia la universalidad de la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares en España

THE DIFFICULT ROAD TOWARDS THE UNIVERSALITY OF HEALTHCARE FOR IRREGULAR IMMIGRANTS IN SPAIN

María Fuencisla Rubio Velasco

Profesora Sustituta Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva y Escuela Universitaria de Osuna
fuencisla@us.es  0000-0002-8752-1241

Recibido: 15.05.2021 | Aceptado: 15.06.2021

RESUMEN

El Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, supone un cambio radical en lo que se refiere al derecho a la asistencia sanitaria. El acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho primordial de toda persona. La garantía del ejercicio de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aún mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia sanitaria normalizada son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España. La reforma que instauró el ya derogado Real Decreto-ley de 2012, desvirtuó el derecho a la protección de la salud al anular su vocación universal y eliminar la titularidad del derecho establecida.

ABSTRACT

Royal Decree-Law 7/2018, of July 27, on universal access to the National Health System, represents a radical change in regard to the right to healthcare. Access to the National Health System in conditions of equity and universality is a fundamental right of every person. The guarantee of the exercise of this right and the effective protection of the health of the citizenry becomes even more important when those who are deprived of standardized health care are groups of special vulnerability, threatened by social exclusion, as is the case of the foreign population not registered or authorized to reside in Spain. The reform that established the already repealed Royal Decree-Law of 2012, distorted the right to health protection by annulling its universal vocation and eliminating the ownership of the established right.

PALABRAS CLAVE

Asistencia sanitaria
Universalidad
Extranjeros irregulares

KEYWORDS

Healthcare
Universality
Irregular Foreigners

SUMARIO

- I. EL REAL DECRETO-LEY 16/2012
 - A. Justificación de la reforma
 - B. El concepto de asegurado
 - C. La competencia exclusiva del estado
- II. ANTECEDENTES AL REAL DECRETO-LEY 7/2018
 - A. La sentencia del tribunal superior de justicia de cataluña
 - B. La postura del tribunal constitucional
- III. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS IRREGULARES EN ESPAÑA
 - A. Introducción
 - B. Preceptos afectados
 - C. Titulares del derecho a la protección de la salud
 - D. Límites y restricciones a la universalidad del derecho a la asistencia sanitaria para inmigrantes reagrupados: la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019
- IV. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. EL REAL DECRETO LEY 16/2012

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, modificó la legislación en materia de extranjería y sanidad. Una de las medidas más importantes fue la privación del derecho de asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en determinadas circunstancias.

La entrada en vigor del citado Real Decreto-ley supuso, de facto, una vulneración de este derecho. La norma dejaba fuera de la atención sanitaria con cargo a fondos públicos a personas adultas² no registradas ni autorizadas a residir en España. La prestación sanitaria quedó así limitada, a la asistencia en caso de urgencia por enfermedad grave o accidente hasta la situación de alta médica y a la asistencia durante el embarazo, parto y posparto.

En la normativa internacional³, el derecho a la protección de la salud se reconoce de manera expresa como un derecho inherente a todo ser humano, sobre el que no

1. BOE de 24 de abril de 2012.

2. El artículo 12 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 social (BOE de 12 de diciembre de 2009), establece que: "1. Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. 3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto". Por lo que los menores de dieciocho años y las embarazadas sí tenían asistencia sanitaria con independencia de su situación administrativa.

3. En esta línea, cabe citar el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto Internacional ("derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"). Asimismo,

cabe introducción de elemento discriminatorio alguno, ni en general ni en particular, en relación con la exigencia de regularidad en la situación administrativa de las personas extranjeras⁴.

Asimismo, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud⁵, antes de su modificación en el año 2012, establecía, entre sus principios generales, el aseguramiento universal y público por parte del Estado y recogía los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria.

La reforma que instauró el mencionado Real Decreto-ley de 2012, desvirtuó el derecho a la protección de la salud al anular su vocación universal y eliminar la titularidad del derecho establecida en la Ley 16/2003. Supuso, de este modo, una involución del esquema legal de cobertura hasta entonces armónico con los principios que, de conformidad con los Tratados Internacionales, la Constitución Española y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁶, deben imperar en las políticas sanitarias, en la actuación de los poderes públicos y la configuración de las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud.

La exclusión del colectivo de personas adultas no registradas ni autorizadas a residir en España, del derecho de protección a la salud y a la atención sanitaria no ha sido acorde, por tanto, con los antecedentes normativos existentes en nuestro país ni con los diversos compromisos internacionales adquiridos.

El Real Decreto-ley de 2012, se sustentó en criterios economicistas orientados a la reducción del déficit de las cuentas públicas. Los argumentos esgrimidos fueron, en su mayoría, coyunturales y de limitado alcance temporal. Asimismo, éstos no han sido evaluados y por tanto no han demostrado una mejora de la eficiencia en el ámbito sanitario.

Es por ello, que algunas Comunidades Autónomas frente a la disconformidad con la exclusión producida por el citado Real Decreto-ley, desarrollaron procedimientos con diferente amparo normativo (comunicados, instrucciones, resoluciones, órdenes, decretos o leyes), para prestar asistencia sanitaria a estas personas.

En consecuencia, la impugnación y/o anulación de la mayoría de estas iniciativas, provoca una inequidad manifiesta y una situación de inseguridad jurídica que afecta a las personas que lo disfrutaban, a los profesionales que prestan la atención sanitaria, así como a las Administraciones que las han aprobado.⁷

las referencias expresas a este derecho universal de otros textos internacionales como son: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Social Europea, entre otros.

4. Monereo Pérez, J. L.: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, pp. 939 y ss.

5. BOE de 29 de mayo de 2003.

6. BOE de 29 de abril de 1986.

7. Exposición de Motivos RD-L 7/2018.

A. Justificación de la reforma

La evolución hacia la universalidad de la asistencia sanitaria pública, implícita en el art. 43 CE, propiciada por la LGS, por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y casi alcanzada por la disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública⁸, además de las competencias de las diferentes Comunidades Autónomas por medio de sus Estatutos de Autonomía, ha conllevado un fuerte y regresivo golpe a raíz de los profundos cambios que ha introducido el RDL 16/2012. Esta norma introduce el concepto de “asegurado” y “beneficiario del asegurado”, en lugar del concepto de ciudadano.

Debido a la grave crisis económica que vivimos en nuestro país se aprueba el mencionado Real Decreto-ley, con la finalidad de obtener un ahorro aproximado de 7.000 millones de euros. En el Real Decreto-ley 16/2012 se adoptan una serie de medidas reformistas sobre las siguientes materias: a) Derecho a la asistencia sanitaria pública; b) Cartera de servicios del sistema nacional de salud; c) Creación del fondo de garantía asistencial; d) Reforma de la prestación farmacéutica; e) Medidas en materia de recursos humanos. Se aprovecha el mencionado Real Decreto-ley para modificar artículos de leyes y normas vigentes en relación al derecho a la protección de la salud destacando, entre ellas, las modificaciones que se efectúa sobre las siguientes leyes: a) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; b) Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; c) Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias; d) Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud; e) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁹.

En líneas generales, el mencionado Real Decreto-ley, persigue el ahorro económico mediante medidas como la exclusión de algunos colectivos del derecho a la atención sanitaria dentro del Sistema Nacional de Salud, ampliando el copago a algunas prestaciones y a nuevos colectivos, adoptando nuevas decisiones de ahorro farmacéutico y aprobando medidas en materia de recursos humanos no negociadas. Asimismo, debemos atender a su desarrollo legislativo que igualmente persigue el objetivo prioritario de reducir el gasto sanitario del Sistema Nacional de Salud¹⁰.

8. BOE de 5 de octubre de 2011.

9. “Análisis 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. Reforma del Sistema Nacional de Salud”, CECOVA Colegios de Enfermería de Alicante, Castellón y Valencia, núm. 6, 2012, pp. 5-6, disponible en http://www.bibliotecadigitalcecova.com/contenido/revistas/cat14/pdf/Informe_6web.pdf.

10. “Análisis 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. Reforma del Sistema Nacional de Salud”, CECOVA Colegios de Enfermería de Alicante, Castellón y Valencia, núm. 6, 2012, p. 27, disponible en http://www.bibliotecadigitalcecova.com/contenido/revistas/cat14/pdf/Informe_6web.pdf.

B. El concepto de asegurado

El Real Decreto-ley 16/2012¹¹ modificaba, en su Disposición Final tercera, el artículo 12.1 LO 2/2009 quedando redactado en los siguientes términos: “los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”.

En la legislación sanitaria estatal¹² han de tenerse en cuenta fundamentalmente dos leyes: por un lado, la LGS y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. La primera establece en su art. 1.2 que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”. “Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional”, según el art 1.3, “tendrán garantizado el derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan”. Y, por otra parte, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, modificada también por el citado Real Decreto-ley 16/2012, que dispone en su artículo 3.1 que “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”.

De acuerdo con lo previsto en esta norma, para ser titular del derecho a la asistencia sanitaria (a la cartera común de servicios), con cargo a fondos públicos y a través del Sistema Nacional de Salud no basta, por tanto, con tener la condición de ciudadano o persona, con ser nacional o extranjero, sino que se exige además acreditar la condición de asegurado¹³.

Con la categoría de “asegurado”, que introduce el Real Decreto-ley, se vincula expresa y directamente el derecho a la asistencia sanitaria pública con el sistema contributivo de la Seguridad Social.

11. Real Decreto-ley, entre otras finalidades, según su Exposición de Motivos, tiene como objetivo fundamental “afrentar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo”, dentro del “actual contexto socioeconómico”. Hasta el momento, han presentado un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, las siguientes Comunidades Autónomas: el Parlamento de Navarra contra los artículos 1.Uno y, por conexión, 1.Dos; 2.Dos, Tres y Cinco; 4.Doce, Trece y Catorce y disposición adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012; el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias contra el art. 10.4 del Real Decreto-ley 16/2012; el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra los arts. 1.uno y dos; 4.uno y cuatro y 10.cuatro y cinco del Real Decreto-ley 16/2012; el Gobierno del País Vasco contra los arts. 1.Dos, 2.Tres y Cuatro y 4.Trece del Real Decreto-ley 16/2012; el Gobierno de Cataluña contra los arts. 1.Uno, Dos y Tres; 4.Uno, Cuatro, Cinco y Catorce; 6, apartados 2 y 3; 8.Dos; 10.Cuatro, y Disposición final sexta del Real Decreto-ley 16/2012, y el Gobierno de Canarias contra los arts. 1; 3; 4.14; 6; 8, apartados 1, 2 y 3; 9; Disposición adicional primera, y Disposición final sexta del Real Decreto-ley 16/2012. Recursos de inconstitucionalidad que han sido admitidos a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional.

12. Elaborada al amparo del artículo 149.1.1, 16 y 17 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de sanidad y del régimen económico de la Seguridad Social.

13. Llama la atención la modificación del texto que encabeza el epígrafe del art. 3 de la Ley. En la redacción anterior se hablaba de “titulares de los derechos”, reconociendo en el apartado 1.º que son “titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes...”. Tras la reforma del art. 3 de la Ley por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, la redacción del epígrafe que encabeza el art. 3 alude a “la condición de asegurado” y no a los titulares del derecho.

Se mantiene así, e incluso se refuerza, la conexión entre los Sistemas Nacional de Salud y de Seguridad Social¹⁴.

El apartado 2.º del artículo 3 de la Ley 16/2003 señala que pueden “ostentar” la condición de asegurado: a) los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; b) los pensionistas del sistema de la Seguridad Social; c) los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo; d) los que después de haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo, figuren como inscritos en la oficina correspondiente como demandantes de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

Esta regulación de las personas, que pueden poseer la condición de asegurado, excluía del derecho a la sanidad a ciertos colectivos de ciudadanos nacionales, como por ejemplo, los mayores de 26 años que no hubiesen accedido todavía a su primer empleo.

Aunque esta última situación se corregirá con el Real Decreto 1192/2012¹⁵, donde se concretan y amplían las personas que pueden “ostentar” la condición de asegurado, contenida en el apartado 2.º del artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo¹⁶.

Así, además de las personas que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, ostentan la condición de aseguradas las que no tengan “ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía” siempre que, “se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: 1.º Tener nacionalidad española y residir en territorio español. 2.º Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros. 3.º Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para

14. El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, interrumpe un proceso de universalización del derecho a la salud, iniciado con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ya que, aunque el Real Decreto-ley 16/2012 habla también de sanidad “universal”, lo cierto es que deja fuera del sistema sanitario público a determinados colectivos como los inmigrantes en situación administrativa irregular (que podían acceder al mismo, siempre que estuviesen empadronados, desde la modificación de la LOEX por la LO 2/2009) o los mayores de 26 años que no hayan accedido aún a su primer empleo, salvo en determinados casos, según se verá seguidamente. Se vuelve a un modelo de cobertura sanitaria vinculado a la cotización de cuotas por los trabajadores, pues solamente estos y sus beneficiarios pueden acceder a la condición de “asegurados” y, por ende, a las prestaciones sanitarias públicas.

15. De 3 de agosto, que se publica en desarrollo del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, y por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (BOE de 4 de agosto de 2012).

16. Se concretan, e incluso se corrigen, en el artículo 2.1.a) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, los supuestos c) y d) del apartado 2.º del artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, tal y como habían sido redactados por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Así, ahora se dice en el artículo 2.1.a) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que “a efectos de lo dispuesto en este Real Decreto, son personas que ostentan la condición de aseguradas las siguientes: a) Las que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que son los siguientes: “3.º Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza. 4.º Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza y encontrarse en situación de desempleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. Este supuesto no será de aplicación a las personas a las que se refiere el artículo 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo

residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica" (art. 2.1.b del Real Decreto 1192/2012).¹⁷

El reconocimiento y control de la condición de asegurado se atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social, estableciéndose reglamentariamente los requisitos y documentos que han de presentarse para obtener dicha condición¹⁸. Una vez reconocida la condición de asegurado, corresponde a las Administraciones sanitarias competentes (las autonómicas), en el ejercicio de funciones ejecutivas, hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria y facilitar el acceso de los ciudadanos a sus prestaciones mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual (art. 3 *bis* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo)¹⁹.

El apartado 3º del artículo 3 de la Ley 16/2003 contiene una disposición específica destinada, entre otras personas, a los extranjeros. En él se establece que los extranjeros residentes, esto es, los que sean "titulares de una autorización para residir en territorio español (si no cumplen alguno de los supuestos mencionados en el apartado 2º) podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superen el límite de ingresos determinado reglamentariamente"²⁰.

En consecuencia, para que los extranjeros puedan recibir asistencia sanitaria pública en nuestro país y ser titulares de este derecho en las mismas condiciones que los españoles, han de ser residentes (con autorización de residencia vigente) y tener la condición de asegurado, según los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003. En el caso de que no concurra alguno de los supuestos del citado art., es preciso que acrediten que su nivel de ingresos no supera anualmente la cuantía de cien mil euros y que, además, no tienen cubierta de forma obligatoria la asistencia sanitaria por otra vía [art. 2.1.b)3º del Real Decreto 1192/2012]²¹.

17. También los "menores de edad sujetos a tutela administrativa tendrán la consideración de personas aseguradas, salvo en los casos previstos en el artículo 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo" (art. 2.2 Real Decreto 1192/2012).

18. Véanse los artículos 5 y 6 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

19. Ha de recordarse que la Disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, había previsto que "las personas que, con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, tuvieran acceso a la asistencia sanitaria en España, podrían seguir accediendo a la misma hasta el día 31 de agosto de 2012 sin necesidad de acreditar la condición de asegurado en los términos previstos en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo".

20. Cien mil euros, conforme al citado artículo 2.1.b) del Real Decreto 1192/2012.

21. Existen dos colectivos de extranjeros, con autorización de permanencia o de estancia, que aunque no tengan la condición de asegurados, pueden recibir también asistencia sanitaria en España. Se trata de las personas solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo y de las víctimas de trata de seres humanos cuya estancia temporal en España haya sido autorizada durante el período de restablecimiento y reflexión. Estas personas recibirán, mientras permanezcan en esa situación, asistencia sanitaria con la extensión prevista en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, regulada en el artículo 8 *bis* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Véanse las disposiciones adicionales cuarta y quinta del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, modificadas por el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, de los que nos ocuparemos más adelante.

Los extranjeros que se encuentren en situación irregular, aunque se hallen inscritos en el Padrón municipal, ya no podrán ser titulares del derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles o los extranjeros residentes, salvo en los casos especiales del artículo 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, añadido por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Precepto que reproduce lo dispuesto ya en los apartados 2.º, 3.º y 4.º del artículo 12 LO 2/2009.

En este sentido, se establece que “los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria” en los casos “de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica” y en los casos “de asistencia al embarazo, parto y postparto”²².

C. La competencia exclusiva del estado

El Estado tiene la función de regular la situación jurídico-administrativa de los extranjeros en España, basándose para ello en la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 149.1.2 CE en materia de extranjería e inmigración. En el ejercicio de esta función, el Estado ha vinculado y condicionado la titularidad y el ejercicio de determinados derechos de los extranjeros (el derecho a la salud) a su situación legal y administrativa en España. Por otro lado, el Estado, en virtud de la competencia exclusiva que le otorga el artículo 149.1.16 y 17 CE –fijar las bases y la coordinación general de la sanidad, así como el régimen económico de la Seguridad Social–, ha establecido que para acceder a las prestaciones y servicios sanitarios, con cargo a fondos públicos, además de la condición de nacionales y extranjeros residentes, es necesaria la condición de asegurado²³.

Y como sabemos, el legislador español atribuye a la salud el carácter de derecho social prestacional, aunque limitado al sistema debilitado de garantías que prevé el artículo 53 CE²⁴.

Algunas Comunidades Autónomas, con ocasión de las reformas estatutarias iniciadas a partir del año 2006, han incluido en sus Estatutos de Autonomía, dentro de la parte relativa a los derechos estatutarios, un precepto en el que se reconoce, proclama o garantiza un derecho de *todas las personas* (carácter universal) a la sanidad (pública) o a la protección de la salud, en condiciones de igualdad. Aunque, como se indica en la mayoría de las normas estatutarias, de acuerdo con lo que se establezca en la ley²⁵, y dentro del marco de las competencias que, en materia de sanidad,

22. Como medida de protección para las madres extranjeras gestantes, los artículos 57.6 y 58.4 LO 2/2009 disponen que las mujeres embarazadas no podrán ser devueltas ni expulsadas cuando las medidas de expulsión o devolución puedan suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre.

23. Artículo 3 de la Ley 16/2003 LCCSNS y artículo 2 de la LGS.

24. Ortega Lozano, P. G.: “La responsabilidad patrimonial de la administración por una deficiente asistencia sanitaria”, en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2016, pp. 847 y ss.

25. Así, por ejemplo, el artículo 23.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, reformado por la LO 6/2006, de 19 de julio; el art. 25.1 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, reformado por la LO 1/2007, de 28 de febrero; el art. 22.1, 2, a), y 4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, reformado por la LO 2/2007, de 19 de marzo; el art. 14.1, 2,

productos farmacéuticos o de salud pública, hayan asumido las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía²⁶.

Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1, apartados 1º y 16º CE que establecen, respectivamente, la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y la competencia sobre las bases y la coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos.

En definitiva, la sanidad es una materia de titularidad compartida en la que al Estado le corresponde establecer las bases o las condiciones básicas, que han de ser comunes para todas las Comunidades Autónomas, con el objeto de asegurar una uniformidad y homogeneidad en el acceso de los ciudadanos a la sanidad. A las Comunidades Autónomas les compete el desarrollo y la ejecución de las bases o condiciones básicas fijadas por el Estado que, aun cuando han de ir en una misma dirección, de acuerdo con su capacidad de autogobierno y autonomía financiera, pueden adaptarlas a sus circunstancias particulares mediante propuestas políticas propias que se concretarán, a su vez, en normas legislativas y reglamentarias²⁷.

El Tribunal Constitucional, en la STC 98/2004²⁸, establece qué se entiende por lo básico en materia sanitaria, concretamente en relación con una de sus prestaciones, la farmacéutica: «partiendo del carácter básico de la materia en cuestión dentro del marco normativo que regula la sanidad, forzosamente se ha de afirmar que es al Estado al que corresponde su regulación, en tanto que el artículo 149.1.16 le otorga la competencia exclusiva sobre las “bases y coordinación general de la sanidad”. De esta forma se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud²⁹.

Sin embargo, esa necesaria uniformidad mínima que corresponde establecer al Estado, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones

a), y 4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, reformado por la LO 5/2007, de 20 de abril; o el art. 13.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, reformado por la LO 14/2007, de 30 de noviembre. El reconocimiento, con carácter universal, del derecho a la salud en estas normas estatutarias permitiría atribuir la titularidad del derecho a los extranjeros (ya sean regulares o irregulares), incluso en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos, aunque para ello se remitan a lo que dispongan las leyes (que pueden ser autonómicas y estatales). El Tribunal Constitucional se opondrá, sin embargo, a esta interpretación en la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 18), al considerar que la voluntad del legislador estatuyente no fue la de ampliar la titularidad de los derechos sociales a los extranjeros. Se basa para ello en una interpretación extensiva de los artículos 15.1 y 3 y 37.4 del Estatuto catalán.

26. Véanse también las siguientes normas estatutarias: el artículo 162.1 a 5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; los artículos 30.48; 31.4 y 32.8 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; el artículo 55.1 a 4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; los artículos 71.55 y 56 y 77.7 del Estatuto de Autonomía de Aragón; los artículos 71.1.4; 74.1 y 76.7 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; los artículos 9.1.24 y 25; 10.1.9 y 11.1.6 del Estatuto de Autonomía de Extremadura.

27. Delgado del Rincón, L. E.: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, 2014, p. 217.

28. De 25 de mayo de 2004 (RJ 1297/1997).

29. Delgado del Rincón, L. E.; “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril”, *ob. cit.*, p. 217.

sanitarias públicas, puede mejorarse por las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre que no se vulneren las exigencias impuestas por el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE)³⁰.

Conforme las Comunidades Autónomas han ido asumiendo competencias en materia de sanidad, se han creado diversos regímenes jurídicos sanitarios, sin que exista un sistema público sanitario igual para todo el territorio nacional. No obstante, el Estado, para garantizar una igualdad mínima de los ciudadanos, establece por legislación básica una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y sus beneficiarios³¹.

Esta cartera común integraría el contenido mínimo del derecho a la salud respecto de los nacionales y extranjeros residentes que tengan la condición de asegurado.

Las Comunidades Autónomas pueden superarlo mediante la creación de una cartera de servicios complementaria, cuyos beneficiarios serían los residentes que tuvieran la condición de asegurado³². Esta cartera complementaria integraría, a su vez, un contenido adicional del derecho³³.

Para los inmigrantes irregulares mayores de edad, el contenido mínimo del derecho a la salud, según la legislación básica del Estado, es de menor alcance pues comprendería solamente la atención en urgencias por enfermedad grave o accidente (que es gratuita) y el acceso a la cartera común básica de servicios asistenciales, previa suscripción de un convenio especial y el abono de unas cuotas, en tanto en cuanto regularizan su situación³⁴.

30. Véase FJ 7º. Esta doctrina jurisprudencial no fue adoptada por unanimidad ya que contra la decisión mayoritaria se formularon dos Votos particulares. Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hija al que se adhieren los Magistrados don Guillermo Jiménez Sánchez y don Javier Delgado Barrio. Y Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez al que se adhiere don Roberto García-Calvo y Montiel, Magistrado.

31. La cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud presenta las siguientes modalidades: la cartera común básica de servicios asistenciales; la cartera común suplementaria y la cartera común de servicios accesorios. La cartera común básica de servicios asistenciales comprende las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente. Estas prestaciones son totalmente gratuitas, están cubiertas de forma completa por la financiación pública. La cartera común suplementaria incluye las prestaciones farmacéutica, ortoprotésica, la de productos dietéticos y el transporte sanitario no urgente. La cartera común de servicios accesorios incluye las actividades, servicios o técnicas no esenciales pero de apoyo a la mejora de una patología crónica. Las prestaciones de la cartera común suplementaria y las de la de servicios accesorios se sufragan con fondos públicos y con aportaciones económicas de los usuarios (arts. 8, *bis*, *ter* y *quater* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, modificado y añadidos por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril). Delgado del Rincón, L. E.: "El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril", *ob. cit.*, pp. 219-220.

32. Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, pueden aprobar sus respectivas carteras de servicios que incluirán, al menos, la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud en sus modalidades básicas de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, garantizándose a todos los usuarios del mismo. Para aprobar la cartera de servicios complementaria de una Comunidad Autónoma, ha asegurarse preceptivamente la financiación de la cartera común de servicios. Las Comunidades Autónomas asumirán, con cargo a sus propios presupuestos, todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria a las personas que tengan la condición de asegurado (art. 8 *quinquies*, 1, 3 y 7 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, añadido por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril).

33. Delgado del Rincón, L. E.; "El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril", *ob. cit.*, pp. 218-219.

34. Artículo 14.2 LO 2/2009: "Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica".

Como hemos mencionado, el Estado tiene competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la Sanidad (*ex art. 149.1.16 CE*). El desarrollo de este título competencial se lleva a cabo, entre otras leyes, por la citada LCCSNS, en la que, según se ha dicho, se establecen las prestaciones y servicios del Sistema Nacional de Salud (contenido mínimo del derecho a la salud), así como sus beneficiarios (titularidad del derecho).

El Tribunal Constitucional así lo ha reconocido también, entre otras, en la STC 136/2012³⁵ según la cual: “la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia”³⁶.

En consecuencia, se descarta que “la Comunidad Autónoma ostente la competencia para establecer quiénes tienen acceso al sistema público de salud, y (...) también que pueda definir las prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud o las condiciones en las que éstas se prestan”.³⁷

Si optáramos por la tesis y la concepción de los magistrados que presentan voto particular en la Sentencia de 2017³⁸, se podría considerar que las comunidades autónomas pueden adoptar políticas propias, también en materia de sanidad, siempre que respeten el mínimo común uniforme establecido por el Estado y los principios de suficiencia financiera y estabilidad presupuestaria del artículo 135 CE.

En este sentido, del mismo modo que las comunidades autónomas pueden aprobar su propia cartera de servicios, otorgando prestaciones adicionales a sus residentes, podrían también ampliar su titularidad a otras personas no contempladas en la norma básica estatal, sin perjuicio de que exijan el cumplimiento de determinados requisitos

35. De 27 de junio de 2012 (RJ 2810/2009).

36. Véase FJ 5º. En efecto, continúa diciendo el Tribunal, “la definición de quiénes pueden considerarse asegurados y en consecuencia tener acceso al Sistema Nacional de Salud, así como las concretas prestaciones sanitarias que deben ser garantizadas a todos ellos (...), permite establecer un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia. Vinculado con ello, forma lógicamente también parte del ámbito de lo básico la concreta definición de las diferentes modalidades de prestaciones sanitarias comunes (básicas, suplementarias o de servicios accesorios). Además, también por aplicación de nuestra doctrina (SSTC 98/2004, de 25 de mayo; y 22/2012, de 16 de febrero, FJ 3) cabe considerar como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad, lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes que no son básicas (las «suplementarias» y de «servicios accesorios») pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o «copago»)”.

37. Véase FJ 8º. Se concluye asimismo en la sentencia “que la Comunidad Autónoma carece también de competencia para establecer una tasa sobre esta materia” (la sanitaria). Ello invade la competencia estatal del artículo 149.1.16 CE. De ahí que, en el caso concreto, se declare la inconstitucionalidad y nulidad de un precepto de una Ley valenciana que había establecido una tasa por prestación de servicios sanitarios.

38. Pleno STC 134/2017, de 16 de noviembre de 2017. Conflicto positivo de competencia 4540-2012. Planteado por el Gobierno de la Nación en relación con diversos preceptos del Decreto del Gobierno Vasco 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de los preceptos reglamentarios autonómicos que extienden la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud y modifican las condiciones de aportación de los usuarios en la financiación de medicamentos. Votos particulares. Haremos referencia a esta STC en epígrafes posteriores.

(nivel de renta, carencia de cobertura sanitaria y residencia y empadronamiento por un tiempo determinado en un municipio de la comunidad). En consecuencia, se podría evitar, por parte del Estado, establecer un régimen jurídico acabado y completo de los requisitos y condiciones básicas para ejercer el derecho de asistencia sanitaria³⁹.

Del mismo modo que se ha permitido a las Comunidades Autónomas, en desarrollo de las bases del Estado, aprobar sus propias carteras de servicios y establecer prestaciones adicionales para sus residentes (ámbito objetivo del derecho), podría admitirse también que las Comunidades Autónomas ampliaran por normas autonómicas la titularidad de las prestaciones y servicios (ámbito subjetivo del derecho). De esta manera podría facilitarse su acceso, en determinados supuestos y con el cumplimiento de ciertas condiciones, a personas que no tuvieran la condición de asegurado, como es el caso de los inmigrantes irregulares⁴⁰.

La ampliación del catálogo de prestaciones sanitarias y de la titularidad del derecho a la salud a los extranjeros irregulares, ya había sido iniciada por algunas Comunidades Autónomas, incluso antes de la reforma de la Ley de Extranjería por la LO 2/2009, que atribuía ese derecho a los extranjeros que se encontrasen en España, siempre que estuviesen inscritos en el Padrón municipal. Así, por ejemplo, Andalucía reconocía a los inmigrantes irregulares, también a los no empadronados que acreditasen recursos económicos insuficientes, el acceso a prestaciones adicionales a las de urgencia como los servicios básicos de salud o las consultas externas⁴¹.

II. ANTECEDENTES AL REAL DECRETO-LEY 7/2018

A. La sentencia del tribunal superior de justicia de cataluña

En enero de 2018, la justicia anuló la orden del Gobierno catalán que garantizaba la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha dado la razón al Ministerio de Sanidad, que en 2015 se opuso

39. Delgado del Rincón, L. E.: "Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el Decreto ley 7/2018, de 27 de julio", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 186, 2019, pp. 111-112.

40. Delgado del Rincón, L. E.: "El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril", *ob. cit.*, pp. 219-220.

41. Aja, E., Montilla, J. A. y Roig E.; *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 482-493. Navarra exigía a los inmigrantes irregulares únicamente el empadronamiento en su lugar de residencia habitual para acceder a la atención sanitaria, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud de Navarra y en la Ley Foral 9/1999, de 6 de abril, para una Carta de Derechos Sociales. Posteriormente, la Ley Foral de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, de 28 de octubre de 2010, reitera también en su artículo 11.1, el reconocimiento de la asistencia sanitaria pública "a los inmigrantes que residan en los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa". Cataluña, a partir del Decreto 188/2001, de 26 de junio, de las personas extranjeras y su integración social en Cataluña (art. 7.1.3 y 4), basta con la inscripción en el Padrón de un municipio de Cataluña en el que residan habitualmente para que se les otorgue la tarjeta y la asistencia sanitaria. En el País Vasco, el Decreto 26/1988, de 16 de febrero, reconocía la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Vasco de Salud, a quienes careciesen de los suficientes recursos económicos y no estuviesen protegidos por el sistema de la Seguridad Social, siempre que estuviesen empadronados en un municipio del País Vasco. El Gobierno vasco podrá ampliar en el territorio del País Vasco el catálogo de las prestaciones individuales sanitarias del Sistema Nacional de Salud, determinando su ámbito subjetivo y las condiciones de acceso y de cobertura financiera (art. 4.4).

a la decisión de la Generalitat de mantener la cobertura médica a los inmigrantes que estuvieran empadronados. Un decreto del Gobierno de entonces que denegaba el servicio a los extranjeros indocumentados.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, interpuso recurso contencioso administrativo contra la Orden SLT/330/2015, de 20 de octubre, por la que se regulan el contenido y el modelo de la tarjeta sanitaria individual en Cataluña publicada en el DOGC núm. 6987 de fecha 30 de octubre de 2015.

La STSJ Cataluña, de enero de 2018⁴², anulaba una orden dictada por la Generalitat en el año 2015 que garantizaba la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares que estuvieran empadronados. Teniendo en cuenta que la normativa básica estatal no permite a las normas autonómicas de desarrollo configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atiende a los conceptos de “asegurado” o de “beneficiario” establecidos por el Gobierno, la orden anulada vulneraba el criterio básico establecido en la norma estatal, ya que supone una ampliación de la cobertura sanitaria en el ámbito subjetivo de las prestaciones.

Se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo.

La demanda que formula el Abogado del Estado sostiene que la normativa impugnada en materia de sanidad, contraviene la regulación estatal dictada al amparo de competencias básicas y en concreto:

- a) Que se vulnera lo establecido en el RD 183/2004 estatal en cuanto a los datos básicos identificativos en la configuración y diseño de la tarjeta sanitaria individual de Catalunya.
- b) La especial nulidad por contravenir la legislación estatal común de la Disposición Adicional Tercera de la Orden recurrida.

Tanto la Generalitat de Catalunya como el Institut Català de la Salut, parte demandada, sostenían que la Orden impugnada se ajustaba a derecho, por cuanto el diseño de la tarjeta cumple con la finalidad perseguida en la normativa estatal, y la regulación básica del estado no puede incluir una regulación detallada y uniforme de la tarjeta. Respecto de la Disposición adicional tercera también sostiene que era ajustada a derecho por cuanto cumple con lo establecido en la Instrucción del Servei Català de la Salut de fecha 8/2015, por lo que solicitaba la desestimación del recurso.

El Tribunal, entrando en el fondo del asunto, establece que el artículo 3 del RD 183/2004⁴³ dispone:

“1. Con objeto de disponer de datos normalizados de cada persona, en su condición de usuaria del Sistema Nacional de Salud, independientemente del título por el que accede al derecho a la asistencia sanitaria y de la administración sanitaria emisora, todas las tarjetas sanitarias incorporarán una serie de datos básicos comunes y

42. Sala de lo Contencioso (R 616/2015).

43. De 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual (BOE de 12 de febrero de 2004). Revisión vigente desde el 5 de octubre de 2013.

estarán vinculadas a un código de identificación personal único para cada ciudadano en el Sistema Nacional de Salud.

2. Los datos básicos a incluir en el anverso de la tarjeta sanitaria son:

- a) Identidad institucional de la comunidad autónoma o entidad que la emite.
- b) Los rótulos de “Sistema Nacional de Salud de España” y “Tarjeta Sanitaria”.
- c) Código de identificación personal asignado por la administración sanitaria emisora de la tarjeta (CIP-AUT).
- d) Nombre y apellidos del titular de la tarjeta.
- e) Código de identificación personal único del Sistema Nacional de Salud (CIP-SNS).
- f) Código de identificación de la administración sanitaria emisora de la tarjeta.

3. En los supuestos en los que así lo autorice la ley, atendidas las necesidades de gestión de las diferentes administraciones sanitarias emisoras, podrán incorporarse además a la tarjeta sanitaria el número del Documento Nacional de Identidad de su titular o, en el caso de extranjeros, el número de identidad de extranjeros, el número de la Seguridad Social, la fecha de caducidad de la tarjeta para determinados colectivos o el número de teléfono de atención de urgencias sanitarias, todos ellos en formato normalizado. Igualmente se podrá incluir una fotografía del titular de la tarjeta sanitaria⁴⁴.

A la vista de lo expuesto, el artículo 1 del citado RD regula los datos básicos comunes que de forma normalizada deben incorporar las tarjetas sanitarias individuales, por lo que si comparamos el contenido del referido art. con el art. 1 de la Orden impugnada⁴⁵, el Tribunal resalta la evidente comparación pues no incluye en su diseño los rótulos “Sistema Nacional de Salud de España” y “Tarjeta Sanitaria”, puesto que si resulta claro que el modelo de tarjeta establecido en la Orden incluye el Código de identificación personal único asignado por el Sistema Nacional de salud⁴⁶, en consonancia con lo exigido en el artículo 3.2.e) del RD 183/2004⁴⁷.

En consecuencia, habrá que dilucidar si la omisión de los referidos rótulos, comporta la estimación de la demanda en cuestión.

44. Artículo 3 redactado por el número uno del artículo único del RD 702/2013, de 20 de septiembre, por el que se modifica el R.D. 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual (BOE de 4 octubre de 2013).

45. Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 6987 - 30.10.2015 CVE-DOGC-B-15301030-2015 http://dogc.gencat.cat/es/pdogc_canals_interns/pdogc_sumari_del_dogc/index.html?anexos=1&language=ca_ES&numDOGC=6987&seccion=0.

46. Artículo 1.1 Orden SLT/330/2015, de 20 de octubre, por la que se regulan el contenido y el modelo de la tarjeta sanitaria individual en Cataluña: “En el anverso de la tarjeta sanitaria individual, como mínimo, se tienen que incluir los siguientes datos básicos:

- a) Identificación institucional del Servicio Catalán de la Salud (CatSalut).
- b) Nombre y apellidos de la persona titular de la tarjeta.
- c) Código de identificación de la persona titular de la tarjeta, asignado por el Servicio Catalán de la Salud.
- d) Código de identificación personal único asignado por el Sistema Nacional de Salud.
- e) Código de identificación del Servicio Catalán de la Salud como administración sanitaria emisora de la tarjeta”.

47. Artículo 3.2 RD 183/2004: “Los datos básicos a incluir en el anverso de la tarjeta sanitaria son: (...) e) Código de identificación personal único del Sistema Nacional de Salud (CIP-SNS)”.

La Disposición Final Primera del RD 183/2004⁴⁸ establece que dicho Real Decreto se dicta al amparo del artículo 149.1.16^a y 17^a de la Constitución Española⁴⁹ y según lo previsto en la Ley 16/2003, de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud⁵⁰.

Según el Tribunal, de la lectura del mismo se deduce de manera evidente cuáles son los elementos que deben incluir las tarjetas sanitarias. Entre ellos, podemos destacar, los datos básicos de identificación del titular de la tarjeta del derecho que le asiste en relación con la prestación farmacéutica y del servicio de salud o entidad responsable de la asistencia sanitaria, sí como que los dispositivos que las tarjetas incorporen para almacenar la información básica y las aplicaciones que la traten, deberán permitir que la lectura y comprobación de los datos sea técnicamente posible en todo el territorio del Estado y para todas las Administraciones públicas, por lo que aparece claro que el legislador estatal, al establecer los elementos mínimos comunes a todo el territorio nacional para las referidas tarjetas, no ha incluido la referencia a los referidos rótulos. En consecuencia, el hecho de que los mismos no aparezcan en la Orden recurrida en nada afecta a los datos básicos comunes que de forma normalizada deben incorporar dichas tarjetas, por lo que el recurso en tal sentido no puede prosperar⁵¹.

Respecto a la Disposición Adicional Tercera de la Orden SLT330/2015, la misma establece que:

48. DF 1^a: "Este real decreto se dicta al amparo del artículo 149.1.16.^a y 17.^a de la Constitución Española, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud".

49. Artículo 149.1. CE: " 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 16.^a Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos. 17.^a Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas".

50. Artículo 57: "La tarjeta sanitaria individual. 1. El acceso de los ciudadanos a las prestaciones de la atención sanitaria que proporciona el Sistema Nacional de Salud se facilitará a través de la tarjeta sanitaria individual, como documento administrativo que acredita determinados datos de su titular, a los que se refiere el apartado siguiente. La tarjeta sanitaria individual atenderá a los criterios establecidos con carácter general en la Unión Europea. 2. Sin perjuicio de su gestión en el ámbito territorial respectivo por cada comunidad autónoma y de la gestión unitaria que corresponda a otras Administraciones públicas en razón de determinados colectivos, las tarjetas incluirán, de manera normalizada, los datos básicos de identificación del titular de la tarjeta, del derecho que le asiste en relación con la prestación farmacéutica y del servicio de salud o entidad responsable de la asistencia sanitaria. Los dispositivos que las tarjetas incorporen para almacenar la información básica y las aplicaciones que la traten deberán permitir que la lectura y comprobación de los datos sea técnicamente posible en todo el territorio del Estado y para todas las Administraciones públicas. Para ello, el Ministerio de Sanidad y Consumo, en colaboración con las comunidades autónomas y demás Administraciones públicas competentes, establecerá los requisitos y los estándares necesarios. 3. Con el objetivo de poder generar el código de identificación personal único, el Ministerio de Sanidad y Consumo desarrollará una base de datos que recoja la información básica de asegurados del Sistema Nacional de Salud, de tal manera que los servicios de salud dispongan de un servicio de intercambio de información sobre la población protegida, mantenido y actualizado por los propios integrantes del sistema. Este servicio de intercambio permitirá la depuración de titulares de tarjetas. 4. Conforme se vaya disponiendo de sistemas electrónicos de tratamiento de la información clínica, la tarjeta sanitaria individual deberá posibilitar el acceso a aquélla de los profesionales debidamente autorizados, con la finalidad de colaborar a la mejora de la calidad y continuidad asistenciales. 5. Las tarjetas sanitarias individuales deberán adaptarse, en su caso, a la normalización que pueda establecerse para el conjunto de las Administraciones públicas y en el seno de la Unión Europea".

51. Véase FJ 3^o.

“Los ciudadanos extranjeros empadronados en Cataluña que no tengan la condición de asegurados o beneficiarios a efectos de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud, pero que tengan reconocido el acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública del Servicio Catalán de la Salud en Cataluña, tienen que recibir un documento de acceso con el mismo formato de la tarjeta sanitaria individual, pero sin el código de identificación personal único del Sistema Nacional de Salud y con la leyenda en el reverso del documento: “Aquest document només us permet l'accés als serveis sanitaris públics de la Comunitat Autònoma de Catalunya, d'acord amb el nivell assistencial assignat”.

B. La postura del Tribunal Constitucional

Las SSTC 134/2017⁵² y 145/2017⁵³ resuelven por un lado, conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Nación contra preceptos del Decreto del Gobierno Vasco sobre régimen de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi; y por otro, Recurso de inconstitucionalidad interpuesto también por el Presidente del Gobierno respecto del Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana.

Los pronunciamientos del TC señalan que, “la norma autonómica vulnera la competencia estatal para establecer el ámbito objetivo y subjetivo de la materia sanidad y está en contradicción con el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; este precepto estatal permite acceder a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud a los extranjeros no registrados ni autorizados para residir en España en los supuestos y circunstancias concretas que establece pero no de una manera generalizada. Como se ha indicado, la STC 134/2017, de 16 de noviembre, aborda un problema constitucional similar al suscitado en este recurso, al haberse pronunciado acerca de si en el Sistema Nacional de Salud, establecido para todo el territorio del Estado, el derecho de acceso a la cartera de prestaciones sanitarias debe tener el mismo nivel de cobertura subjetiva. La citada STC 134/2017⁵⁴, sostiene que el cambio en la configuración de las bases que

52. Pleno. Sentencia 134/2017, de 16 de noviembre de 2017. Conflicto positivo de competencia R. 4540-2012. BOE de 20 de diciembre de 2017. Planteado por el Gobierno de la Nación en relación con diversos preceptos del Decreto del Gobierno Vasco 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de los preceptos reglamentarios autonómicos que extienden la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud y modifican las condiciones de aportación de los usuarios en la financiación de medicamentos. Votos particulares.

53. Pleno. Sentencia 145/2017, de 14 de diciembre de 2017. Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015. BOE de 17 de enero de 2018. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de la norma legal autonómica que extiende la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (STC 134/2017). Votos particulares.

54. Véase FJ 5.

ha llevado a cabo el Real Decreto-ley 16/2012 determina que, a la hora de delimitar, conforme al mencionado sistema de bases, quién tenga derecho a la prestación sanitaria, las diferentes Comunidades Autónomas, en cuanto administraciones sanitarias que tienen a su cargo el desarrollo normativo y la función ejecutiva de la prestación sanitaria, hayan de adecuar necesariamente sus regulaciones a los conceptos de asegurado y de beneficiario en la forma y con los límites configuradores que establece aquella normativa estatal básica, de tal manera que no puedan extender el ámbito subjetivo de la relación prestacional más allá de los límites que configura el artículo 3 de la Ley 16/2003, en la redacción operada por el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012⁵⁵, que únicamente contempla como supuesto residual, al margen de los determinados por los conceptos de asegurado y beneficiario, el de la suscripción de un convenio especial en el que, de modo individual, quién pretenda obtener el acceso a la prestación de asistencia sanitaria, deba concertarlo con la administración sanitaria correspondiente mediante el pago de una contraprestación o cuota⁵⁶.

Por tanto, el Tribunal es claro y concluye que, “la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el tantas veces citado artículo 3 de la Ley 16/2003, a excepción del supuesto residual de la suscripción del convenio especial previsto en el apartado 5 del citado precepto⁵⁷.”

La determinación de la condición de asegurado y beneficiario del Sistema, que establece el artículo 3 de la Ley 16/2003, cumple con la doble exigencia de ser formal y

55. Artículo 3: “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 u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título y residir en España. A los solos efectos de lo dispuesto en este artículo, la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, por un período inferior a seis meses, cuando no se acceda a nueva prestación o subsidio por desempleo, no impedirá recuperar la condición de parado que agotó la prestación o el subsidio por desempleo. 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 y personas asimiladas 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”.

56. Artículo 3.5 de la Ley 16/2003, en la redacción introducida por el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 16/2012: “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”.

57. Véase FJ 2º STC 145/2017, de 14 de diciembre de 2017, referida a la Comunidad Valenciana. Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015.

materialmente básica, ya que se encuentra recogida en una norma con rango de ley y tal determinación ha sido considerada por la doctrina de este Tribunal como materialmente básica⁵⁸.

En consecuencia, establecido el carácter básico, formal y material de la normativa estatal, se plantea si el reconocimiento (por parte de normas autonómicas), del derecho al acceso a las prestaciones sanitarias de una serie de colectivos no identificados como asegurados o beneficiarios en la normativa estatal, entra o no en contradicción efectiva e insalvable con la norma básica de referencia.

Como se ha señalado, tanto el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana⁵⁹, como la Orden 7330/2015, de 20 de octubre, por la que se regulan el contenido y el modelo de la tarjeta sanitaria individual en Cataluña, son ampliaciones de la cobertura sanitaria en el ámbito subjetivo de las prestaciones no contemplado por la normativa estatal, por tanto, vulnera el criterio básico establecido en la norma estatal.

El TSJ Cataluña establece la nulidad de la Disposición Adicional Tercera⁶⁰.

III. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS IRREGULARES EN ESPAÑA

A. Introducción

El 16 de junio de 2018, la ministra portavoz Isabel Celaá, durante la rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros, sorprendió con sus declaraciones⁶¹. El Gobierno de Pedro Sánchez cumplía su promesa de volver a la situación de 2012, cuando todos los residentes en España tenían derecho a la sanidad pública.

El Decreto 16/2012, que dejó sin asistencia sanitaria a un colectivo especialmente vulnerable, será sustituido por otro decreto. “Y se hace por decencia política y por protección de la salud, que además, es un mandato de todos los organismos internacionales, de la ONU, de la UE, de la OMS e, incluso, del Defensor del Pueblo, que expresó su resistencia cuando el real decreto fue publicado”, señaló Celaá.

Así, entraba en vigor el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud⁶², con unas primeras líneas de una claridad indiscutible: “El acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho primordial de toda persona. La garantía del ejercicio de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aún mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia sanitaria normalizada

58. Entre otras, SSTC 136/2012, de 19 de junio de 2012. Recurso de inconstitucionalidad 2810-2009, (FJ 5) y 63/2017, de 25 de mayo de 2017, Recurso de inconstitucionalidad 414-2013 (FJ 4).

59. DOCV de 29 de julio de 2015.

60. FJ 4. Ampliamente, <https://www.parlament.cat/document/bopc/263201.pdf>, pp. 21 y ss.

61. https://elpais.com/politica/2018/06/15/actualidad/1529059447_733412.html. En vídeo: Rueda de prensa posterior al Consejo de Ministros. Emilio Naranjo. Agencia EFE.

62. BOE de 30 de julio de 2017, en adelante RD-ley 7/2018.

son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España.”

En la Exposición de Motivos, se hace referencia al papel de algunas Comunidades Autónomas que, como hemos señalado con anterioridad, se mostraban disconformes con la exclusión producida por el Real Decreto-ley 16/2012, desarrollando procedimientos con diferente amparo normativo (comunicados, instrucciones, resoluciones, órdenes, decretos o leyes) para prestar asistencia sanitaria a estas personas.

En la actualidad, la mayoría de estas iniciativas se encuentran impugnadas y/o anuladas, “por lo que se produce una inequidad manifiesta y una situación de inseguridad jurídica que afecta a las personas que lo disfrutaban, a los y a las profesionales que prestan la atención sanitaria, así como a las Administraciones que las han aprobado.”⁶³

En consecuencia, la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud⁶⁴, supone un cambio radical en lo que se refiere al derecho a la asistencia sanitaria, prestada a través del Sistema Nacional de Salud, pues ese derecho parece salir del ámbito de la Seguridad Social⁶⁵ para configurarse como un derecho de ciudadanía, de carácter universal, y solamente ligado a la residencia, extendiendo también el derecho (si bien con alguna limitación) a las personas que se encuentren irregularmente en España, cuyo acceso había quedado vetado tras la entrada en vigor del Real Decreto 1192/2012⁶⁶.

B. Preceptos afectados

Esta importante reforma legislativa deroga tácita y expresamente algunos de los apartados del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de persona asegurada y beneficiaria a efectos de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

En particular se rectifican los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto de 2012.

Asimismo, se modifican dos normas con rango legal, de un lado, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, en lo que respecta al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria y, de otro, el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios⁶⁷.

63. RD-ley 7/2018, p. 2.

64. BOE de 30 de agosto de 2018, en adelante RDL 7/2018.

65. Tal y como se configuraba en la Ley 16/2003, tras la modificación operada en la misma a través del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, desarrollado por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del SNS.

66. <https://www.laboral-social.com/asistencia-sanitaria-universal-resumen-contenido-rdl-7-2018-panizo-robles.html>.

67. BOE de 25 de julio de 2015.

En relación a la Ley 16/2003, el artículo 3 establece que serán titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria:

1. Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español. Sin perjuicio de lo anterior, las personas con derecho a la asistencia sanitaria en España en aplicación de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que comprendan la prestación de asistencia sanitaria, tendrán acceso a la misma, siempre que residan en territorio español o durante sus desplazamientos temporales a España, en la forma, extensión y condiciones establecidos en las disposiciones comunitarias o bilaterales indicadas.
2. Para hacer efectivo el derecho al que se refiere el apartado 1 con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, las personas titulares de los citados derechos deberán encontrarse en alguno de los siguientes supuestos:
 - a) Tener nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español.
 - b) Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia.
 - c) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.
3. Aquellas personas que de acuerdo con el apartado 2 no tengan derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, podrán obtener dicha prestación mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.
4. 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 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".

El mismo texto legal, reconoce el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos (art. 3 *bis*):

1. El reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos corresponderá al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social con la colaboración de las entidades y administraciones públicas imprescindibles para comprobar la concurrencia de los requisitos a los que se refiere el artículo 3.2, en la forma en que se determine reglamentariamente.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la gestión de los derechos de asistencia sanitaria derivados de las normas internacionales de coordinación de los sistemas de seguridad social, así como las demás funciones atribuidas por dichas normas a las instituciones competentes y organismos de enlace, corresponderán al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

2. Una vez reconocido el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos, éste 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 Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y a las entidades y administraciones públicas a las que se refiere el apartado 1, sin contar con el consentimiento del interesado, los datos que resulten imprescindibles para realizar la comprobación necesaria del reconocimiento y control del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos.

Del mismo modo, el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y las entidades y administraciones públicas a las que se refiere el apartado 1, podrán tratar los datos obrantes en los ficheros de las entidades gestoras, servicios comunes y órganos de las administraciones públicas competentes que resulten imprescindibles para verificar la concurrencia del reconocimiento y control del citado derecho. La mencionada cesión de estos datos no precisará del consentimiento del interesado.

El Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y las entidades y administraciones públicas a las que se refiere el apartado 1, tratarán 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 protección de la salud y atención sanitaria con cargo a fondos públicos, sin precisar para ello del consentimiento del interesado.

Cualquier modificación o variación que puedan comunicar el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social y las entidades y administraciones públicas a las que se refiere el apartado 1, deberá surtir los efectos que procedan en la tarjeta sanitaria individual”.

Respecto a los extranjeros no registrados ni autorizados, destacamos el artículo 3^{ter} de la ya mencionada Ley 16/2003, que queda redactado en los siguientes términos:

1. Las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española, tal y como se establece en el artículo 3.1. 2. La citada asistencia será con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes siempre que dichas personas cumplan todos los siguientes requisitos: a) No tener la obligación de acreditar

- la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable. b) No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia. c) No existir un tercero obligado al pago.
2. La asistencia sanitaria a la que se refiere este artículo no genera un derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas internacionales en materia de seguridad social aplicables.
 3. Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, fijarán el procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo que acredite a las personas extranjeras para poder recibir la prestación asistencial a la que se refiere este artículo. En aquellos casos en que las personas extranjeras se encuentren en situación de estancia temporal de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, será preceptiva la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes de las comunidades autónomas.
 4. Las comunidades autónomas deberán comunicar al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, mediante el procedimiento que se determine, los documentos certificativos que se expidan en aplicación de lo previsto en este artículo”.

Si bien se aclara que, en el caso de que estas personas afectadas por dichos acuerdos, cuando no tengan derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos podrán éstas obtener dicha prestación mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (art. 3.3 de la Ley 16/2003).

A la disposición 3.2 se adiciona ahora un nuevo apartado b) y c) que se dirige a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español.

C. Titulares del derecho a la protección de la salud

Con el Real Decreto, el derecho a la salud se configura como un derecho universal, de la ciudadanía y no sólo condicionado a la residencia, por lo que quedarían encuadradas dentro de esa protección las personas que se encuentren en situación irregular en España.

De este modo, se extiende el derecho a la asistencia sanitaria a este colectivo tan vulnerable, al tiempo que revierte la situación generada en 2012 y que limitaba la asistencia sanitaria pública a los supuestos de emergencia, embarazo, parto y puerperio o para los menores de edad.

El aseguramiento universal y público de la protección de la salud por parte del Estado se materializa mediante la extensión generalizada del derecho por la citada LCCSNS.

Así, serán titulares del derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos todas las personas que, con independencia de su nacionalidad, tengan establecida su residencia en territorio español⁶⁸. Este reconocimiento de atribuye también a aquellas personas que, en aplicación de los Reglamentos Comunitarios o Convenios bilaterales en materia de Seguridad Social, tengan acceso a dicha protección en la forma que se establezcan.⁶⁹

Frente a esta apertura del derecho a la asistencia sanitaria, el art. 3 ter de la Ley 16/2003, prevé que las personas extranjeras que se encuentren en situación irregular en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que los nacionales. Sin embargo, a efectos de participación en el precio de los medicamentos (copago), la persona beneficiaria abonará el 40% del precio de venta al público. Esta condición supone una limitación al que se considera derecho humano y universal, es decir, debería eliminarse el copago tanto para los nacionales como para los extranjeros con independencia de su situación administrativa. No tendría lógica mantener la previsión de copago a aquellos colectivos que están más necesitados y vulnerables⁷⁰.

No obstante, para que la asistencia sanitaria sea sufragada por fondos públicos, las personas beneficiarias deben cumplir una serie de requisitos. Así, los extranjeros residentes en territorio español también serán titulares del derecho a la protección de la salud, en igualdad de condiciones que los españoles, si carecen de la cobertura sanitaria por otra vía. Igualmente, se garantiza este mismo derecho a los extranjeros que se encuentren en situación irregular en España, si bien, en este supuesto, la cobertura queda limitada a la prestación de servicios dentro del territorio nacional, y siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas⁷¹:

- a) Carecer de cobertura obligatoria por otra vía.
- b) No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia
- c) No existir un tercero obligado al pago.

El presente Real Decreto-ley cumple con la necesidad de garantizar la universalidad de la asistencia, es decir, garantizar el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones, a todas las personas que se encuentren en España⁷².

68. Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: *Manual de Derecho de la Protección Social*, Tecnos, Madrid. 2021, pp. 152-153.

69. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Asistencia médica universal y ¿gratuita? a los extranjeros en España: el dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea contra España", *e-Revista Internacional de la Protección Social. Universidad de Sevilla*, vol. 3, núm. 1, 2018.

70. López Insua, B. M.; "La recuperación de la universalidad de la asistencia sanitaria tras el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio", *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 1, 2019, p. 323.

71. Artículo 3.2.c) y 3 ter LCCSNS, respectivamente.

72. López Insua, B. M.: "La recuperación de la universalidad de la asistencia sanitaria tras el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio", ob. cit., pp. 300 y ss.

La exposición de motivos lo reconoce de una manera clara. El modelo desliga el aseguramiento con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social y se vincula a la residencia en España, así como a aquellas personas que, sin residir habitualmente en el territorio español, tengan reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico⁷³, consolidándose así la separación del derecho a la asistencia sanitaria, previsto en el artículo 43 de la Constitución del correspondiente a la Seguridad Social.

No obstante, y a pesar de los cambios introducidos, desde su entrada en vigor se han detectado una serie de problemas que van desde la falta de armonización en la interpretación de los requisitos administrativos, hasta la disparidad de los procedimientos para obtener la tarjeta sanitaria, obstaculizando así el acceso universal al sistema público de salud que se proclama como objetivo en la propia exposición de motivos⁷⁴.

En consecuencia, la cuestión parece que quedaría definitivamente resuelta, ya que el acceso al Sistema Nacional de Salud se configura en base a un derecho universal⁷⁵.

D. Límites y restricciones a la universalidad del derecho a la asistencia sanitaria para inmigrantes reagrupados: la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019

La sentencia se centra en torno al derecho a la asistencia sanitaria de una ciudadana española que reagrupa a su madre (de nacionalidad cubana) a la que le fue concedida la “tarjeta de residencia temporal de familiar de la Unión”, al amparo de lo dispuesto en el RD 240/2007⁷⁶.

La sentencia recurrida entiende que reúne los requisitos del artículo 2.b)3 del RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud⁷⁷.

El TS establece que la concesión de la tarjeta indicada no supone la existencia automática del derecho, sino que la dinámica del derecho está sujeta al mantenimiento del requisito de su concesión relativo a que el reagrupante disponga de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su periodo de residencia y de un seguro de enfermedad que cubra los riesgos

73. Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, donde se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria.

74. León Alonso, M.: “Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, 2019, p. 268.

75. <https://www.laboral-social.com/asistencia-sanitaria-universal-resumen-contenido-rdl-7-2018-panizo-robles.html>.

76. RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE de 28 de febrero de 2007).

77. Artículo 2.b)3.º: “Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica”.

del reagrupado en España, tal y como se desprende del artículo. 7.1.b) y 2 del RD 240/2007. La sentencia cuenta con dos votos particulares.

El Tribunal argumenta su decisión: “partiendo del principio de universalidad y sin olvidar el de financiación pública y su sostenibilidad, que igualmente informan el sistema nacional de salud, el concepto de “cobertura obligatoria de la prestación de asistencia sanitaria” es el que se pretende por la parte recurrente porque la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, cuando el solicitante es extranjero con residencia legal, solo se otorga en el caso de que no se tenga cubierta dicha prestación de forma obligatoria por otros cauces, públicos o privados. Y tal previsión, en casos como el resuelto en la sentencia recurrida implica que si hay un tercero obligado a cubrir dicha protección o existe una norma que así lo imponga o que tal prestación venga siendo atendida en virtud de otros aseguramientos públicos, ya no se cumplen las exigencias para que el sistema público deba atender lo que ya está cubierto. Y esto es lo que sucede en los supuestos en que un familiar a cargo de un reagrupante, que no ostenta la condición de beneficiario, ha obtenido la residencia legal por tal vía. Dicho familiar tiene cubierta la asistencia sanitaria por el reagrupante que debe mantenerla durante todo el tiempo de residencia legal como dinámica propia e inescindible del derecho. Y esta cobertura debe ser calificada de obligatoria en tanto que viene impuesta legalmente y con permanencia durante todo el tiempo de residencia del reagrupado en el Estado de acogida. Si ello es así, la protección que se pide con cargo a los fondos públicos es innecesaria por estar ya cubierta por otra vía legal, aunque sea a cargo de un tercero que se ha obligado a dar cumplimiento a esa exigencia normativa”⁷⁸.

La controvertida sentencia del TS, a pesar de los numerosos pronunciamientos donde se reconoce el acceso a la sanidad pública de los inmigrantes reagrupados, da un giro de 180 grados con este pronunciamiento, lo que hace tambalear peligrosamente las bases de nuestro sistema de Seguridad Social, al declarar que los padres y madres de ciudadanos españoles deben contar con prestación sanitaria mediante seguro privado centrado en factores meramente económicos⁷⁹.

Como hemos explicado con anterioridad, el vigente el RD 7/2018, prevé que los inmigrantes en situación irregular en España tengan derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Sin embargo ¿qué ocurre cuando el extranjero sí reúne los requisitos legales para residir en España? Según establece el TS en su sentencia de 13 de mayo de 2019, se le podrá denegar este derecho. Por lo que, se provocaría una grave discriminación entre inmigrantes en función de su situación tanto administrativa como económica⁸⁰.

78. Véase FJ 6º.

79. Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M.: “Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019: STS-SOC núm. 364/2019, de 13 de mayo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm.6/2019, p. 9.

80. Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M.: “Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019: STS-SOC núm. 364/2019, de 13 de mayo”, *ob. cit.*, p. 10.

IV. CONCLUSIONES

El desplazamiento de personas de un territorio a otro ha constituido un proceso constante en la evolución de la Humanidad. La emigración constituye una realidad social, un fenómeno que se ha producido desde épocas pasadas y que se mantiene en la actualidad. Persistirá mientras existan diferencias políticas, económicas y sociales ya que la persona tenderá a desplazarse buscando condiciones de vida dignas y nuevas oportunidades de empleo, en definitiva, una mejor calidad de vida para él y su familia.

Ese movimiento entre países es consecuencia del ejercicio de la libertad que ostenta toda persona. La movilidad de la población constituye un Derecho Fundamental del ser humano, que deriva de la capacidad que posee de toda persona de trasladarse y de circular libremente por el territorio de un Estado, como queda reflejado ya, desde tiempo atrás, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Organización de las Naciones Unidas, de 1948, en cuyo artículo 13 se dice que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

No obstante, ello no significa un derecho a entrar, residir o trabajar en un país, por lo que el Estado, preocupado por la entrada o llegada de inmigrantes, se encontrará facultado para establecer requisitos o condiciones para ello y, nuestro país, es uno de los Estados que impone requisitos administrativos para la entrada, residencia y el ejercicio de una actividad laboral en España, ya sea por cuenta propia o ajena.

El profundo cambio producido por el fenómeno migratorio en las últimas décadas, ha hecho necesario adaptar la normativa reguladora de extranjería a la realidad social que supone la entrada, estancia y el trabajo de los extranjeros en España.

Las normas sobre extranjería en España se han sucedido rápidamente y tienden a ofrecer una mayor protección de los extranjeros en España en consonancia con la Constitución Española y los Tratados Internacionales. El reconocimiento de derechos a los inmigrantes va caminando hacia la equiparación entre extranjeros y nacionales, y ésta equiparación es plena cuando el extranjero se encuentra en situación regular en nuestro país.

La regulación nacional sobre la materia sanitaria resulta caótica, debido a los numerosos e importantes cambios que en esta materia se han producido en los últimos años.

Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2018, volvemos a la sanidad universal. Pero ser extranjero y sin residencia legal en España no son requisitos suficientes para poder beneficiarse de la atención universal en los términos que dispone el Real Decreto del Gobierno. Es necesario también “no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable”. Por lo que para poder acogerse a esta norma, el beneficiario no puede “exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia” y no “existir un tercero obligado al pago”.

No obstante, el ajuste llevado a cabo añade algo más: los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, deberán aportar un porcentaje del precio de los medicamentos y productos sanitarios que requieran.

Frente a esta apertura del derecho a la asistencia sanitaria, se prevé que las personas extranjeras que se encuentren en situación irregular en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que los nacionales. Sin embargo, a efectos de participación en el precio de los medicamentos (copago), la persona beneficiaria abonará el 40% del precio de venta al público.

Esta condición supone una limitación al que se considera derecho humano y universal, es decir, debería eliminarse el copago tanto para los nacionales como para los extranjeros con independencia de su situación administrativa. No tendría lógica mantener la previsión de copago a los colectivos más necesitados y vulnerables.

En definitiva, el acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho primordial de toda persona. La garantía del ejercicio de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aún mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia sanitaria normalizada son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España.

Esta universalidad tiene una importante excepción en materia de reagrupación familiar, la sentencia del TS de 13 de mayo de 2019 exige para la prestación sanitaria la contratación de un seguro privado para los padres y madres de ciudadanos españoles, basándose en factores meramente económicos.

Bibliografía

- Aja, E., Montilla, J. A. y Roig E.: *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- Delgado del Rincón, L. E.: "El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, 2014.
- Delgado del Rincón, L. E.: "Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el Decreto ley 7/2018, de 27 de julio", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 186, 2019.
- León Alonso, M.: "Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 7, 2019.
- López Insua, B. M.: "La recuperación de la universalidad de la asistencia sanitaria tras el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio", *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 1, 2019.
- Martínez-Gijón Machuca, M. Á.: *Manual de Derecho de la Protección Social*, Tecnos, Madrid, 2021.
- Monereo Pérez, J. L.: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012.
- Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M.: "Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019: STS-SOC núm. 364/2019, de 13 de mayo", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 6/2019.
- Ortega Lozano, P. G.: "La responsabilidad patrimonial de la administración por una deficiente asistencia sanitaria", en AA. VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum, Murcia, 2016.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "Asistencia médica universal y ¿gratuita? a los extranjeros en España: el dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea contra España", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. 3, núm. 1, 2018.



Indemnización y trabajador en excedencia afectado en expediente de regulación de empleo

COMPENSATION AND WORKER ON LEAVE AFFECTED IN A LABOR FORCE ADJUSTMENT PLAN

Raquel Poquet Catalá

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

raquel.poquet@uv.es  0000-0001-9606-8832

Recibido: 06.02.2021 | Aceptado: 16.04.2021

RESUMEN

En este trabajo se realiza un análisis de los derechos del trabajador en excedencia voluntaria que se encuentra afectado en un expediente de regulación de empleo, concretamente, del derecho a recibir la correspondiente indemnización por despido colectivo o no. La doctrina judicial y jurisprudencial ha negado que el trabajador excedente incurso en un expediente de regulación de empleo tenga derecho a la misma. No obstante, ello va unido a la posición que se tenga sobre la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria, aspecto debatido entre la doctrina, tanto científica como judicial. En este sentido, una línea doctrinal ha considerado que la excedencia voluntaria tiene un carácter extintivo, mientras que otra una naturaleza suspensiva y otra estima que es un tertium genus.

ABSTRACT

In this work, it is realized an analysis of the rights of the worker on voluntary leave who is affected in a labor force adjustment plan, specifically, the right to receive the corresponding compensation for collective dismissal or not. The judicial and jurisprudential doctrine has denied that the worker on leave involved in a labor force adjustment plan has the right to it. However, this goes hand in hand with the position one has on the legal nature of voluntary leave, an issue debated between doctrine, both scientific and judicial. In this sense, a doctrinal line has considered that voluntary leave has an extinctive character, while another a suspensive nature and another considers that it is a tertium genus.

PALABRAS CLAVE

Expediente de Regulación de Empleo
Excedencia
Indemnización
Despido colectivo
Trabajador.

KEYWORDS

Labor force adjustment plan
Leave of absence
Compensation
Collective dismissal
Worker

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA Y JURÍDICA DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO
- III. EXCEDENCIA VOLUNTARIA
 - A. Naturaleza jurídica
 - B. Efectos sobre la relación laboral
 - C. Régimen jurídico del reingreso
- IV. INDEMNIZACIÓN POR EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO Y EXCEDENCIA VOLUNTARIA
 - A. Aspectos generales
 - B. Cese total vs. Cese parcial de la actividad de la empresa
 - C. Trabajador en excedencia voluntaria y derecho a recibir indemnización por despido colectivo
- V. CONCLUSIÓN
Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos de los trabajadores en situación de excedencia voluntaria son uno de los aspectos que plantean multitud de controversias judiciales, especialmente, en cuanto a su consideración o asimilación a trabajadores que forman parte de la plantilla de la empresa y que, como tales, deben ser computados como un trabajador más.

La confusa regulación del ET en su sección tercera del capítulo III, donde regula tanto la excedencia forzosa, como la voluntaria y la de por cuidado de hijos o familiares, ha planteado diversos problemas. Especialmente, por la imprecisa delimitación de la naturaleza jurídica, efectos y derechos de los trabajadores en excedencia voluntaria. En este sentido, atendiendo a su ubicación, concretamente, entre los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, se cuestionan muchos aspectos de su régimen jurídico, pues ni las características configuradoras de la excedencia voluntaria participan de los principales rasgos definidores de la suspensión del contrato de trabajo, concretamente, la reserva de puesto de trabajo, o cómputo del tiempo de suspensión a efectos de antigüedad, ni tampoco se integra entre la lista de causas de suspensión del contrato de trabajo del artículo 45 ET, donde sí aparece la excedencia forzosa.

En este sentido, se ha debatido en relación a si un trabajador que se encuentra en situación de excedencia voluntaria tiene derecho a percibir la indemnización correspondiente por despido en caso de expediente de regulación de empleo, o de despido colectivo.

La doctrina judicial es, no obstante, bastante clara al respecto.

Para ello, primero debe analizarse cuál es el fundamento de la indemnización por despido, así como la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria.

II. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA Y JURÍDICA DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

Dentro del ordenamiento jurídico en general, y más en concreto, en el ordenamiento jurídico laboral, las indemnizaciones por fin de contrato pueden tener, básicamente, dos posibles razones de ser. Por un lado, aquellas que acompañan a todo acto extintivo, sea de quien sea la iniciativa –social o patronal–, que tienen como fin ajustar las posibles cuentas y prestaciones debidas. Por otro lado, aquellas indemnizaciones que tienen como fin compensar los daños ocasionados por la ruptura de la relación contractual y, especialmente, la pérdida del empleo. Este segundo grupo de indemnización se reconduce al principio *neminem laedere*, consagrado en los artículos 1101 y 1902 CC. De hecho, el artículo 1736 CC establece el deber mutuo de resarcir los daños en el mandato, pese a la libertad de extinción que es la regla en el tipo de contrato basado en la confianza¹.

Esta indemnización se desglosa en dos conceptos. Uno primero engloba los salarios dejados de percibir por consecuencia del incumplimiento empresarial, y uno segundo hace referencia a la pérdida experimentada por el trabajador, esto es, la extinción del contrato. Por tanto, se trata de una indemnización por daños, calculada sobre la combinación de criterios estrictos de daños, en especial, la pérdida del empleo y la dificultad para encontrar otro, así como la valoración de la gravedad del incumplimiento del empresario, manifestada en la negativa a acatar la orden judicial de readmisión o en el despido de un trabajador especialmente protegido. Se trata, pues, de tener en cuenta los criterios de los artículos 1101 y 1107 CC, esto es, el daño emergente –salarios dejados de percibir–, y el lucro cesante –pérdida del empleo–. Además, en el caso de la indemnización por despido improcedente, ésta se fundamenta en la presunción *iuris et de iure* del perjuicio que la empresa produce sobre el trabajador con su ilegítima conducta, y ello, con independencia del daño que realmente haya ocasionado. La finalidad de esta última indemnización no es más que restituir la desavenencia del contrato de trabajo sin justa causa y no el menoscabo que la extinción pueda ocasionar². La indemnización tiene un carácter punitivo y correctivo, condenando la arbitrariedad de resolver un contrato sin causa justa³.

De hecho, en nuestro ordenamiento jurídico no es hasta el ET de 1980 cuando se establece el cálculo de la indemnización por despido que conocemos actualmente. Con anterioridad, su antecesora LRL de 1976 elimina la opción por la indemnización en los casos de despido calificado como improcedente, quedando sólo los salarios de tramitación como puesta indemnizatoria al incumplimiento empresarial de un despido ilícito.

1. Fernández López, M. F.: "Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo", *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 2005 (versión *on line*).

2. Ortega Lozano, P. G., "La indemnización legal por despido improcedente: elementos para su cálculo e incidencia de la doctrina jurisprudencial", *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2018.

3. Álvarez de la Rosa, M.: *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1990, p. 134.

En la actualidad, la culpabilidad del empresario o del trabajador no constituye un elemento moderador de la responsabilidad por ilícito contractual, sino que forma parte del supuesto de hecho constitutivo del tipo de despido. De esta forma, sin llegar a fijar un baremo, el sistema de fijación de la indemnización se basa en una especie de fórmula de tasación de daños que toma como referencia los años de servicio por el salario diario que percibe, y ello con independencia –en cierta forma– de la culpabilidad o no del empresario o trabajador. Decimos “en cierta forma”, porque como es sabido, existen varios tipos de despidos –disciplinario, objetivo y colectivo– que, en el fondo, constituyen una escala de graduación de dicha ilicitud, de tal forma que los despidos no culpables desde la perspectiva del empresario son menos caros que los culpables y los ilícitos los más costosos económicamente⁴.

El actual régimen indemnizatorio regulado en nuestro ET se basa, en el fondo, en el automatismo en el cálculo de las indemnizaciones, sin que las circunstancias concretas del despido sean relevantes al respecto. Además, y a pesar de que, aparentemente pudiera parecerlo, el legislador español no ha implantado un modelo en que el resarcimiento integral del daño subsiguiente al despido esté proscrito de forma irrefutable, pues existen excepciones que permiten afirmar que el modelo español es un modelo de tasación sólo parcial del daño sufrido por el trabajador, de tal forma que será posible el resarcimiento íntegro cuando así la ley lo autorice.

Es decir, la indemnización por despido tiene como fin resarcir por el daño sufrido por el trabajador por la pérdida del empleo⁵, pero no queda vinculada a circunstancias personales del trabajador o a la magnitud del daño sufrido por éste. De igual forma, la culpabilidad o dolo del empresario tampoco es un factor que se tiene en cuenta, sino que juega aparte respecto de la indemnización regulada por la extinción del contrato, entrando a ser valorada cuando se vulnera un derecho del trabajador.

Además, la indemnización legal constituye un mínimo de derecho necesario, de tal modo que el convenio colectivo o la autonomía de la voluntad pueden incrementar el número de días de indemnización por año de servicios o incrementar el número máximo de mensualidades a percibir por el trabajador⁶. Por otro lado, en su cuantía legal, queda exenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

En definitiva, el régimen del sistema indemnizatorio por despido se basa en la valoración de los efectos del acto extintivo sobre el interés del trabajador en permanecer vinculado por una relación que es expresión de un derecho fundamental ex artículo 35.1 CE, sistema que se basa en la protección del empleo y la intervención pública en el funcionamiento del mercado de trabajo en su conjunto, de tal modo que la reparación del daño, “legalmente limitada, puede compensarse con la previsión de prestaciones sociales sustitutivas del salario, y de una política activa de mercado orientada a

4. Fernández López, M. F.: “Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo”, ob. cit.

5. STS de 7 de julio de 2015 (rec. núm. 1581/2014).

6. Desdentado Bonete, A. y de la Puebla Pinilla, A.: *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 113 y ss.

lograr la recolocación del trabajador a la mayor brevedad posible"⁷. No obstante, ello es cierto sólo si se toma en consideración la coherencia del sistema de respuesta a la pérdida del empleo y su afectación sobre la situación económica del trabajador.

Fuera del marco de la valoración estándar asociada a la pérdida del puesto de trabajo, y ante el silencio de la legislación laboral específica, para los casos de daño a otros valores emergentes debe aplicarse el régimen común de Derecho de daños, aplicándose así el principio de resarcimiento integral del perjuicio sufrido a consecuencia de un comportamiento culposos o doloso de un tercero. Es evidente que en la extinción a iniciativa del empresario es posible que se lesionen bienes del trabajador no tomados en cuenta en el estándar normativo, pues tal situación se genera en relación con los derechos fundamentales.

En palabras de nuestro alto tribunal⁸, la indemnización por despido improcedente es una indemnización legalmente tasada, sin margen para que el juez estime la cuantía de los daños y perjuicios, que se presumen *ex lege* por el hecho del despido improcedente, indemnizándose por la ruptura culpable del contrato y no por los perjuicios que ésta puede causar. Su fin es reparar la pérdida de empleo, pero no los daños y perjuicios ocasionados por la conducta del empresario sobre el trabajador. Es más, el trabajador tiene derecho a la indemnización por despido aun cuando no padezca ningún menoscabo. Ofrece un marco de seguridad jurídica, aunque, no obstante, también puede provocar injusticias en relación no solo a las consecuencias proyectadas sobre los trabajadores sino también sobre los propios empresarios.

III. EXCEDENCIA VOLUNTARIA

A. Naturaleza jurídica

Como es sabido, debe señalarse que, como punto de partida, la excedencia es una figura jurídica que tiene como finalidad última mantener la estabilidad en el empleo, esto es, la pervivencia de la relación laboral entre empresario y trabajador.

Si se procede al análisis de su naturaleza jurídica, se pueden observar diversas posiciones. En primer lugar, debe hacerse referencia a la tesis que la considera como una causa más de extinción del contrato de trabajo. De hecho, desde sus orígenes se ha indicado que la misma podría tratarse de un supuesto extintivo, si bien en caso de vacante y posterior reingreso, se retomaba una nueva relación laboral. El punto de partida se halla en la regulación de la LRL de 1976, donde se limitó a fijar un marco normativo mínimo que dio lugar a un considerable desconcierto, y a dejar en entredicho su naturaleza jurídica dada la escasa regulación legal. Su calificación como causa extintiva se apoya en el artículo 46.5 ET cuando indica que "el trabajador

7. Fernández López, M. F.: "Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo", ob. cit.

8. STS de 11 de marzo de 2004 (rec. núm. 3994/2002). En términos similares, STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de diciembre de 2020 (rec. núm. 4366/2020).

en excedencia voluntaria conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría profesional a la suya". Ello significa que, durante el tiempo de excedencia voluntaria, además de no prestar servicios ni ser remunerados, no existe ningún tipo de prestación, lo que refuerza la idea de que se configura como una causa extintiva del contrato de trabajo.

Por tanto, como la excedencia voluntaria únicamente prevé un derecho preferente al reingreso en caso de vacante, de tal forma que, una vez concluido el período de excedencia, si no existe vacante, la suspensión se convertiría en pura ficción y, por tanto, se estaría ante una extinción del contrato de trabajo⁹, ya que ese derecho preferente sólo garantizaría una expectativa ilusoria de reincorporación a la empresa¹⁰.

De esta forma, en el caso de que el trabajador no solicitase en tiempo y forma el reingreso, no se produciría una extinción propiamente de su derecho, sino un decaimiento de dicho derecho¹¹. Por tanto, no se produciría un abandono del puesto de trabajo y el trabajador no tendría derecho a ejercitar acción alguna para defender sus intereses ante un despido.

La razón última de esta tesis no es más que lograr justificar la improcedencia de la prohibición de concurrencia desleal en la excedencia voluntaria, ya que al no existir obligación alguna entre las partes, no habría vínculo alguno entre las partes, salvo este débil derecho al reingreso, de tal forma que el contrato de trabajo no existiría, pues sólo restaría un derecho equiparable a alguna de las preferencias de empleo que prevé el Derecho del Trabajo, por lo que, en definitiva, el trabajador podría realizar cualquier actividad sin preocuparse si es o no competitiva, ya que no le uniría ninguna relación con el empresario¹².

Por otro lado, también se argumentó su carácter extintivo en la carencia de causa, ya que al no hallarse esta figura entre las causas de suspensión del artículo 45 ET, no otorga el derecho a la reincorporación efectiva al puesto de trabajo, por lo que el tiempo que dure la excedencia voluntaria se considera, a efectos legales, como una extinción contractual del vínculo que une a un empresario con trabajador, con independencia de que, si la readmisión se produce alguna vez, el trabajador recupere la antigüedad que tenía en la empresa en el momento de abandonarla¹³. Así, se consideró como una extinción "atípica" del contrato de trabajo que tenía como resultado el nacimiento de una relación jurídica que obligaba al empresario a volver a contratar a dicho antiguo trabajador¹⁴.

9. STSJ de Castilla y León de 11 de septiembre de 1992 (rec. núm. 391/1992), que indica que "se produce una automática paralización de todos los efectos del contrato y tan sólo se conserva un eventual derecho de reingreso en la empresa y rehabilitación del vínculo laboral, lo que supone una extinción provisional del mismo".

10. Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 437.

11. Vida Soria, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 49.

12. Castiñeira Fernández, J.: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1977, p. 160.

13. Suárez González, F.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Pirámide, Madrid, 1980, p. 150.

14. Vida Soria, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, ob. cit., p. 50.

Además, en el caso de que el trabajador no solicitase en tiempo y forma el reingreso, no se requería una declaración expresa de resolución del contrato de trabajo, pues éste había sido resuelto previamente.

En la actualidad, estas teorías son rechazadas, pues se estima que la excedencia voluntaria no constituye un supuesto de extinción contractual, ya que no cabe duda de que, durante la situación de excedencia, el trabajador conserva un vínculo que le une con la empresa, traducido en un derecho preferente al reingreso otorgado por el artículo 46.5 ET. Y solamente en el caso de que el trabajador no solicite en tiempo y forma el reingreso, se produciría la extinción del contrato de trabajo¹⁵. De hecho, se estima que el artículo 49 ET, que recoge el listado de causas extintivas, no hace referencia alguna a la excedencia voluntaria. Además, se alega que el derecho preferente al reingreso constituye una manifestación más de la pervivencia de la relación laboral, la cual continúa viva, aunque debilitada.

En este sentido, surge la segunda tesis que la configura como causa suspensiva del contrato de trabajo¹⁶. De esta forma, el hecho de que el trabajador en excedencia voluntaria únicamente tiene un derecho al reingreso en algunas vacantes es el que sirve para negar la naturaleza extintiva de la excedencia. A ello debe añadirse que, aunque transcurran los cinco años sin haberse producido vacante no supone para el trabajador la pérdida de todo derecho y la consecuente extinción del contrato, sino que, como indica la jurisprudencia¹⁷, el derecho de reingreso sigue vigente, subsistiendo el vínculo laboral.

En primer lugar, a favor de su consideración como causa de suspensión del contrato de trabajo¹⁸, el artículo 45 ET, que contiene la relación de causas suspensivas,

15. Monge Recalde, J. L.: *La excedencia laboral en la jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 61. En el mismo sentido, Argüelles Blanco, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 160.

16. Pedrajas Moreno, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, Montecorvo, Madrid, 1983, p. 134; Cruz Villalón, J.: "La doctrina jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria", *Revista de Política Social*, núm. 145, 1985, p. 222; Fernández González, V.: "Otros tipos de excedencia: voluntaria, por nacimiento de hijos y por ejercicio de funciones sindicales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 7, 1981, p. 310, que indica que "en la excedencia voluntaria se mantiene el vínculo jurídico entre las partes, por lo que el trabajador no queda relevado del deber de buena fe equivalente a lealtad con la empresa, aunque tal afirmación no queda relevado del deber discutible ya que, tal y como ha venido manteniendo la jurisprudencia en los últimos tiempos, tal lealtad a la empresa (extraída por analogía del artículo 5 a) y d) del Estatuto de los Trabajadores) únicamente viene impuesta con carácter obligacional en el supuesto de que así se prevea en convenio colectivo"; Monge Recalde, J. L.: *La excedencia laboral en la jurisprudencia*, ob. cit., p. 59.

17. SSTS de 21 de marzo de 1984; de 31 de mayo de 1984 y de 14 de junio de 1984. También, STCT de 29 de mayo de 1985, que indica que "se mantienen vivas sus expectativas de reingreso hasta que se produzca la vacante, pues si ahora manifiesta voluntad de reincorporarse impide que las vacantes que se produzcan con posterioridad puedan ser ofertadas o cubiertas por personas distintas del excedente, de forma que solo la negativa de éste a ocuparla daría lugar a la resolución de su contrato de trabajo hasta entonces en suspenso".

18. Así lo entienden las SSTS de 23 de marzo de 1983, de 8 de octubre de 1983, de 20 de septiembre de 1984, de 30 de octubre de 1985, de 21 de abril de 1986, de 14 de enero de 1987, de 23 de julio de 1987, de 22 de septiembre de 1987, de 25 de enero de 1988, de 6 de octubre de 1989, de 23 de octubre de 1989 y de 22 de febrero de 1990. También las SSTSJ de Murcia de 1 de octubre de 1992 (rec. núm. 105/1992), de Aragón de 17 de noviembre de 1993 (rec. núm. 7/1993), de Galicia, de 27 de febrero de 1992 (rec. núm. 400/1992), de Galicia de 6 de julio de 1993 (rec. núm. 2368/1993), de Galicia de 22 de mayo de 2001 (rec. núm. 4349/1997), del País Vasco de 19 de mayo de 1992 (rec. núm. 904/1990), de Castilla y León de 13 de julio de 1993 (rec. núm. 1304/1993), de Extremadura de 24 de enero de 1994 (rec. núm. 44/1992), de Andalucía de 26 de marzo de 1994 (rec. núm. 44/1992), de Cantabria de 11 de diciembre de 2006 (rec. núm. 1043/2006) y de Madrid de 28 de marzo de 2007 (rec. núm. 366/2007). Al respecto, Argüelles Blanco, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, ob. cit., p. 157, señala que de la lectura de las resoluciones

hace referencia a la excedencia forzosa, aunque no la voluntaria, la cual no aparece expresamente recogida en el mismo, siendo el artículo 46.2 ET, el que lo regula. Ante esta caótica regulación, pues los efectos de la excedencia forzosa y voluntaria se encuentran entremezclados en el artículo 46, sin que dicho precepto contenga una estructura sistemática y ordenada, surgen errores y confusiones interpretativas graves.

De esta forma, la institución de la excedencia voluntaria encontraría su origen en una causa propia, basada en la situación personal de cada trabajador que, cumpliendo una serie de requisitos, desea ejercitar su derecho, mientras que la suspensión del contrato de trabajo se apoya en una causa previamente establecida por la ley, y de este modo su operatividad depende de que la situación del trabajador se encuentre dentro de dichas causas. Por tanto, la imposibilidad de que una causa de suspensión contractual se reconduzca a una situación de excedencia voluntaria es clara.

Por tanto, puede señalarse que esta figura constituye una suspensión “acentuada”, cuyos efectos van más allá de los típicos de la suspensión genérica, pues no aparece regulada ni en el artículo 45 ET –enumera las causas de suspensión del contrato de trabajo–, ni en el artículo 49 ET –enumera las causas de extinción–.

De ahí que, conformando una tercera posición, un sector judicial¹⁹ ha considerado, de igual forma como lo estimo, que la excedencia voluntaria constituye un *tertium genus*, una figura jurídica con efectos suspensivos de la relación laboral, pero con unos efectos específicos y, en parte, diferentes de los propios de la suspensión de la relación laboral, donde el vínculo contractual se mantiene vivo, pero debilitado.

Concretamente, se configuraría como una causa de suspensión del contrato de trabajo, donde el trabajador no tendría un derecho a la reserva de puesto de trabajo, pero sí se mantendrían las obligaciones de buena fe y de prohibición de competencia desleal, y se mantendría el derecho del trabajador de accionar frente a un despido cuando el empresario se niega a reconocer el vínculo contractual del trabajador excedente tras haber éste solicitado en tiempo y forma su reingreso a la empresa.

Por tanto, la excedencia voluntaria tiene un régimen jurídico específico, pero no independiente del propio de la suspensión contractual²⁰, pues el trabajador conserva únicamente un derecho preferente al reingreso, sometido a la condición de que exista vacante.

judiciales se desprende que, aunque ciertamente la excedencia voluntaria no viene citada expresamente como causa de suspensión en el art. 45 ET, a diferencia de la forzosa, debe considerarse que esa es su naturaleza.

19. STSJ de Murcia de 2 de octubre de 1992.

20. STS de 21 de febrero de 1992 (rec. núm. 1397/1991), que señala que “la excedencia voluntaria es un motivo de suspensión del contrato de trabajo y, por tanto, le otorgan plena operatividad en los términos del artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores, aunque no afectando a su vigencia, que permanece”. También la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de febrero de 1996 (rec. núm. 1494/1995), que entiende que la figura de la excedencia voluntaria como un supuesto suspensivo que genera una interrupción de las prestaciones laborales principales. Asimismo, SSTSJ de Galicia de 3 de abril de 1996 (rec. núm. 909/1996), que afirma que lo característico de la excedencia voluntaria es que aun constituyendo una suspensión del contrato no existe un derecho automático de reserva de puesto de trabajo, y de Castilla y León de 30 de abril de 1996 (rec. núm. 439/1996), que contempla la excedencia voluntaria como un supuesto de suspensión del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, pero haciendo hincapié en la supervivencia del vínculo jurídico laboral, por más que el trabajador quede exonerado de la obligación de trabajar y la empresa de la recíproca de remunerar el trabajo.

En definitiva, puede estimarse, tal y como así lo ha interpretado la doctrina jurisprudencial²¹ que la excedencia voluntaria constituye un “supuesto de suspensión de contrato de trabajo, caracterizado por producir unos efectos específicos, parcialmente distintos de los de aquella, manteniéndose el vínculo o la relación contractual, bien que debilitada y reducida a la mínima expresión, de modo y manera que no subsiste, durante la misma, derecho a salario ni prestación de trabajo, ni se cuenta el tiempo de su vigencia para una posible antigüedad en la empresa, ni subsisten los deberes éticos, quedando los derechos reducidos a un ingreso preferente si existe o se produce vacante”.

Por su parte, la doctrina judicial²² ha considerado la excedencia voluntaria como un *tertium genus*, como una figura jurídica con sustantividad propia dentro del contrato de trabajo, aunque con efectos suspensivos. Es decir, se trata de un supuesto de suspensión de contrato con efectos propios, específicos, en parte diferentes a los de toda suspensión contractual, como son los relativos a la no reserva del puesto de trabajo, el no cómputo de la antigüedad y la normativa aplicable mientras se disfruta. La característica principal de esta institución jurídica que le da ese carácter especial es la carencia del derecho a la reserva del puesto de trabajo que se sustituye por el derecho preferente al reingreso condicionado a la existencia de vacante. Esto es, la excedencia voluntaria “se configura legalmente como un auténtico derecho subjetivo del trabajador, si bien condicionado por la exigencia de determinada antigüedad en la empresa y limitado en cuanto al período de tiempo mínimo y máximo que puede disfrutarse, configurándose, en cuanto a su naturaleza jurídica, a medio camino entre la suspensión y la extinción del vínculo laboral, por cuanto si bien provoca la cesación de las esenciales obligaciones de trabajar y remunerar, no otorga al trabajador reserva alguna de puesto de trabajo, sino una mera expectativa de reingreso en la empresa, con carácter preferente respecto de otros, pero cuya efectividad se condiciona a la existencia de una vacante apropiada en puesto de igual o similar categoría a la del excedente, *incertus an, incertus quando*”²³.

Y, en este sentido, ese efecto diferente entre la excedencia voluntaria y la forzosa –que sí tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo– es lo que ha conllevado a la doctrina a calificar el derecho al puesto de trabajo del excedente voluntario como un derecho potencial o expectante, y no como un derecho ejercitable en el acto en que el trabajador exprese su voluntad de reingreso²⁴.

En definitiva, y como conclusión, se podría definir como “una relación jurídica real (no potencial), perfecta (que no requiere ulteriores elementos para ser exigible) y condicionada (a que haya plaza al finalizar la excedencia y que se solicite dentro de un

21. STS de 15 de junio de 1983.

22. SSTSJ de Navarra de 27 de mayo de 2002 (rec. núm. 185/2002), de Madrid de 19 de julio de 2004 (rec. núm. 2168/2004), de la Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2006 (rec. núm. 4303/2005), de Castilla-La Mancha de 22 de junio de 2006 (rec. núm. 503/2006), de las Islas Baleares de 30 de diciembre de 2010 (rec. núm. 473/2010), de Andalucía de 12 de enero de 2011 (rec. núm. 2714/2010) y de Cataluña, de 25 de marzo de 2011 (rec. núm. 1709/2010).

23. STSJ de Madrid de 19 de enero de 2018 (rec. núm. 993/2017).

24. STS de 27 de abril de 1998 (rec. núm. 3483/1997).

tiempo la reincorporación) que une al empleador (sujeto pasivo, que ve limitadas sus normales facultades de contratación) con el trabajador (sujeto activo que ostenta un poder jurídico) y cuyo objeto no es estrictamente laboral (trabajo-salarios), sino previo: un derecho a volver a ser contratado y una obligación de contratar²⁵, esto es, como una “cesación temporal no periódica de prestación de servicios por parte del trabajador, no retribible por el empleador, la cual puede acontecer en los casos dispuestos en la Ley, entre los cuales se encuentra aquel que tiene su origen en la exclusiva voluntad del trabajador que cumpla determinados requisitos de carácter temporal, ya sean los previstos en la misma Ley o en el Convenio Colectivo de aplicación²⁶.”

Por tanto, con la excedencia voluntaria se produce una suspensión de la relación laboral que no conlleva el derecho a la reserva del puesto de trabajo, sino un derecho preferente al reingreso en caso de vacante, produciéndose una suspensión contractual que se prolongaría en tanto en cuanto no se produjese vacante en puesto de igual o similar categoría. De hecho, el Tribunal Supremo²⁷ entiende que este derecho de reingreso no conlleva un derecho de reserva de puesto, pero tampoco constituye una expectativa de derecho, sino que sería como un derecho cuya concreción de su ejercicio estaría por determinar en el tiempo.

En la base de todo ello, se halla como no la concepción de que la relación laboral entre trabajador y empresario no se extingue, sino que se mantiene viva durante la situación de excedencia, de tal forma que el trabajador, ante la negativa del empresario a su reincorporación puede ejercer la acción por despido, o ante la denegación empresarial a su reingreso alegando falta o inexistencia de vacantes puede actuar en defensa de su derecho y ejercitar la acción de reingreso en la empresa²⁸.

En este sentido, como puntos diferenciadores entre la excedencia voluntaria y la suspensión contractual común cabe señalar, en primer lugar, que, en la excedencia voluntaria, el trabajador no conserva el derecho de reserva de plaza, sino únicamente el derecho a ocupar una vacante de igual o similar categoría, a diferencia de la situación suspensiva común del artículo 45 donde sí se prevé una reserva de su puesto de trabajo. En segundo lugar, el tiempo transcurrido de excedencia voluntaria no computa a efectos de antigüedad, a diferencia de lo que sí ocurre en los demás supuestos de suspensión, como así también en la excedencia forzosa. En tercer lugar, a efectos del período vacacional, la excedencia voluntaria no computa a efectos del devengo del derecho a las vacaciones, mientras que la excedencia forzosa sí²⁹. En cuarto lugar, la excedencia voluntaria se activa por propia voluntad del trabajador, mientras que la suspensión se produce si concurren una serie de causas, todas ellas enumeradas en el artículo 45 ET. Por último, en la suspensión del contrato, el trabajador reingresa

25. SSTSJ de Andalucía de 12 de noviembre de 1999 (rec. núm. 1472/1999) y de Madrid de 4 de noviembre de 2011 (rec. núm. 494/2011).

26. Benet Escolano, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 50.

27. STS de 6 de noviembre de 1997 (rec. núm. 60/1997).

28. Ruano Albertos, S.: *La excedencia voluntaria no causal en el Estatuto de los Trabajadores*, Colex, Madrid, 1995, p. 16.

29. González Ortega, S.: “Las vacaciones anuales retribuidas: Algunos aspectos de su régimen jurídico”, *Revista de Política Social*, núm. 131, p. 263.

de forma automática, una vez termina el hecho que interrumpió la relación laboral, mientras que en la excedencia voluntaria el trabajador sólo conserva un derecho preferente al reingreso si se producen vacantes.

Por tanto, y como resumen, la excedencia voluntaria, como así lo indica también un sector doctrinal³⁰, no es equiparable totalmente a la suspensión del contrato de trabajo, pero sí puede considerarse parte de la familia de figuras jurídicas que permiten la interrupción de la obligación de prestar trabajo sin solución vincular. La excedencia voluntaria no se puede equiparar sin más a la suspensión contractual, pero tampoco puede ser reducida a un mero derecho preferente al reingreso, aunque este derecho se erija en la circunstancia más peculiar de esta situación.

En definitiva, como indica la doctrina jurisprudencial, la excedencia voluntaria es “una figura distinta a la de la suspensión”³¹, pero “con similares efectos interruptivos”³² a los de la misma, lo que podría aproximarse a ser considerada como una “forma especial de suspensión”³³, pues la situación “del contrato de trabajo no estaría extinguida ni suspendida, sino que subsiste, como un vínculo debilitado y se ve reducida a la mínima expresión”³⁴. De ahí, mi posición por considerarla como un *tertium genus* cuyo rasgo fundamental lo constituye el “derecho preferente al reingreso”, que a diferencia de la suspensión no se puede entender como un derecho de reserva de puesto de trabajo, y a diferencia de la extinción, conlleva que se mantiene, aunque mínimamente, viva la relación laboral entre empresario y trabajador.

Este tratamiento legal diferenciado de la suspensión del artículo 45 ET y de la excedencia voluntaria común del artículo 46.2 ET “encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otra. El interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedencia voluntario, bastando en principio para hacerlo valer con la voluntad unilateral del propio trabajador excedente. Siendo ello así, no parece razonable conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya y del propio interés de la empresa”³⁵.

B. Efectos sobre la relación laboral

A la hora de analizar cuáles son los efectos de la situación de excedencia voluntaria sobre la relación laboral del trabajador y el empresario, cabe recordar el origen de esta institución jurídica, esto es, la suspensión de la relación laboral.

A grosso modo y, atendiendo a la literalidad del artículo 46 ET, aparte de la suspensión de las obligaciones básicas recíprocas –prestar servicios por parte del trabajador, y remunerar para el empresario– se pueden señalar dos efectos básicos. Por un lado,

30. Pedrajas Moreno, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, ob. cit., p. 439.

31. STS de 25 de octubre de 2000 (rec. núm. 3606/1998).

32. SSTS de 12 de marzo de 2003 (rec. núm. 2757/2002) y de 11 de diciembre de 2003 (rec. núm. 43/2003).

33. STS de 20 de octubre de 1997.

34. STS de 30 de octubre de 1985.

35. STS de 19 de diciembre de 2018 (rec. núm. 1199/2017).

el derecho que conserva el trabajador de reingreso preferente en caso de que exista una vacante de igual o similar categoría profesional a la suya. Y, por otro lado, el no cómputo del período de excedencia a efectos de antigüedad. De hecho, dichas consecuencias son las que vienen a diferenciar la excedencia voluntaria de la forzosa.

Debe señalarse que el hecho de que el artículo 46.5 ET utilice el adverbio “sólo” cuando hace referencia al derecho de reingreso preferente del trabajador no debe llevar a error, pues, aunque no cabe duda que el trabajador en situación de excedencia voluntaria goza de menos derechos y se halla en una posición jurídica relativamente inferior a la que se encontraría en excedencia forzosa, ello no significa que pierda toda protección jurídica, pues el trabajador en excedencia voluntaria continua conservando una serie de derechos. Por ello, debe entenderse que dicho matiz del artículo 46.5 ET no tiene como fin restringir al límite la protección jurídica del trabajador en excedencia voluntaria, sino que lo que pretende es poner de manifiesto la diferencia en los derechos de los que disfruta un trabajador en excedencia forzosa o un trabajador en excedencia voluntaria. Por tanto, la expresión “sólo” no debe entenderse en su literalidad, sino en relación con los efectos contemplados de forma específica por el ET en relación con la excedencia forzosa. De hecho, un sector doctrinal³⁶ llegó a estimar que ello debía interpretarse en el sentido de considerar que la excedencia voluntaria tenía naturaleza extintiva, ya que el derecho preferente al reingreso era la única consideración jurídica que tenía el trabajador. Hoy, dicha interpretación no puede ser aceptada por lo ya indicado.

En la actualidad, aunque la generalidad de la doctrina considera que no se produce ninguna extinción contractual y que se suspenden las obligaciones básicas ya citadas anteriormente, no obstante, discute cuáles son los derechos y obligaciones que continúan vigentes durante la excedencia forzosa.

En este sentido, desde el punto de vista contractual, la relación laboral quedaría vigente, sin producirse la extinción de la misma. Este mantenimiento del empleo, no obstante, no significa que durante la excedencia voluntaria el empresario pueda extinguir el contrato de trabajo del empleado por causas disciplinarias o similares³⁷, así como que se pueda producir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o movilidad funcional o geográfica cuando el trabajador se reincorpore. En otras palabras, el contrato de trabajo continúa en vigor a efectos tanto contractuales como laborales; el trabajador queda exonerado de la obligación de trabajar; el empresario queda exonerado de la obligación de abonar el salario; se interrumpen las prestaciones directamente vinculadas a las obligaciones principales sin perjuicio de que las prestaciones relacionadas con las obligaciones accesorias mantengan su eficacia; el tiempo que dure la situación de excedencia voluntaria no computa a efectos de antigüedad; y el trabajador únicamente ostenta un derecho de reingreso preferente en la

36. Vida Soria, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, ob. cit., p. 414, que señala que durante el período de excedencia “no subsisten los derechos, facultades, deberes, posiciones jurídicas activas y pasivas, en suma, que constituyen la típica compleja relación de trabajo por cuenta ajena”.

37. Gorelli Hernández, J.: *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1998, p. 77

empresa en el supuesto de que exista vacante de igual o similar categoría profesional a la que tenía anteriormente³⁸.

Como ya se ha indicado, la excedencia voluntaria no genera un derecho a la reserva del puesto de trabajo, sino sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría, derecho, por tanto, condicionado a la existencia de vacante en el momento de la solicitud de reincorporación³⁹.

Por tanto, ello significa que la empresa puede cubrir el puesto de trabajo dejado libre por el trabajador excedente voluntario mediante cualquier tipo de contrato, pero siempre que lo realice con anterioridad a que el excedente solicite su reincorporación⁴⁰. Concretamente, en relación con la realización de contratos temporales, debe señalarse que, en principio, dado que la regla legal establece que la excedencia voluntaria no da derecho a la reserva de puesto de trabajo, la modalidad de contrato de trabajo de interinidad no puede ser utilizada para cubrir el puesto del excedente voluntario, al ser requisito que “se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo” [art. 15.1.c) ET]. Pero, si el convenio colectivo de aplicación contemplara, como mejora, la reserva de puesto de trabajo para los excedentes voluntarios, sí podría utilizarse esta modalidad contractual temporal.

C. Régimen jurídico del reingreso

El artículo 46 ET guarda silencio en torno al régimen jurídico del reingreso del trabajador en la empresa. Únicamente prevé en su apartado 5 que “el trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”. De esta regulación se pueden extraer las siguientes características que configurarían el reingreso del trabajador en excedencia voluntaria. En primer lugar, es un derecho potencial o expectante, ya que el ejercicio del derecho queda sujeto a un requisito básico y esencial que no es más que exista una vacante de igual o similar categoría profesional a la del trabajador⁴¹. En segundo lugar, es un derecho preferente, lo que significa que el trabajador estará en posición preferente frente a cualquier tercero desde el momento en que dicho trabajador realice su solicitud de reingreso en tiempo y forma. Por último, se trata de un derecho cuya efectividad queda sujeta al cumplimiento de

38. Benet Escolano, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, ob. cit., p. 182.

39. STS de 25 de octubre de 2000 (rec. núm. 3606/1998), que literalmente indica que “la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha entendido que este derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común es un derecho potencial o expectante, condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso. En este punto se diferencian las regulaciones legales de la excedencia voluntaria común de un lado, y de la suspensión del contrato de trabajo y las excedencias forzosas o especiales de otro, situaciones estas últimas caracterizadas por la conservación del puesto de trabajo por parte del trabajador”.

40. STS de 14 de julio de 2011 (rec. núm. 3795/2010) y SSTSJ de Madrid de 8 de febrero de 1994 (rec. núm. 2805/1993) y de Navarra de 14 de diciembre de 2007 (rec. núm. 445/2006).

41. STS de 25 de octubre de 2000 (rec. núm. 3606/1998) y STSJ de Andalucía de 12 de noviembre de 1999 (rec. núm. 1472/1999).

una serie de requisitos por parte del trabajador excedente, ya que debe presentar la solicitud de reingreso en el plazo de preaviso estipulado, ya sea por el convenio colectivo aplicable o por el pacto individual de reconocimiento expreso de la situación de excedencia voluntaria entre ambas partes⁴².

De hecho, la principal característica diferenciadora entre la excedencia voluntaria y la forzosa es el hecho de que en la primera no exista derecho de reserva de plaza, sino sólo un derecho preferente de reingreso, y ello sitúa a la excedencia voluntaria en una posición muy complicada a efectos prácticos, pues el trabajador excedente debe presentar la solicitud de reingreso en tiempo y forma, so pena de decaer en su derecho de reingreso.

En este sentido, la determinación de la existencia de vacante es uno de los aspectos más problemáticos en el análisis de la excedencia voluntaria, pues en muchos casos es complejo determinar si existe en la empresa un puesto de trabajo “vacante” y “adecuado” a las aptitudes del trabajador, ya que salvo el caso en el que el mismo puesto de trabajo y con las mismas funciones encomendadas dejado por el excedente pudiera estar vacante en el momento de la solicitud de reincorporación, en el resto de los casos, el trabajador excedente tendrá dificultades para su reincorporación.

El trabajador en excedencia, con el mero hecho de solicitar su reingreso, en tiempo y forma, a la empresa, genera automáticamente un derecho que le posibilita acceder a una vacante de igual o similar categoría profesional que se produjera en la empresa. Y a partir de ese momento, el empresario se encuentra obligado a ofrecer dicho puesto, con independencia de que le convenga o no al trabajador, y con independencia de que resulte o no beneficioso para el empresario, y todo ello al margen de que la cobertura de dicha vacante por el trabajador afecte de manera negativa o positiva a la estructura organizativa que tenga la empresa en ese momento⁴³. Por tanto, el empresario no tiene capacidad de decisión a la hora de ofrecer la vacante, de tal forma que cuando exista la misma debe ponerla a disposición del trabajador, siendo la única condición que sea de igual o similar categoría profesional a la que ostenta el trabajador excedente.

Sin embargo, no existe una conceptualización legal de “vacante”, pero a la luz del artículo 46 ET, puede adelantarse que deberá entenderse en un sentido genérico, no vinculado a un puesto de trabajo en concreto, pues así se deduce de la conceptualización del derecho de reingreso preferente que conserva el trabajador en excedencia voluntaria.

Así ha sido definida como “aquella situación producida en una empresa por baja de un trabajador como consecuencia de la extinción de su relación laboral, o en su defecto, como consecuencia de la necesidad de llevar a cabo la amortización de un puesto de trabajo”⁴⁴.

42. Benet Escolano, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, ob. cit., p. 234.

43. Rodríguez-Piñero, M.: “El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria”, *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1997, p. 6.

44. Benet Escolano, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, ob. cit., p. 283.

La doctrina jurisprudencial interpreta que existe una vacante cuando queda libre o sin proveer un puesto de trabajo en la empresa que hubiera estado ocupado por otro trabajador de la misma o similar categoría profesional que la del excedente que solicita el reingreso⁴⁵, estableciendo que se considerará que subsiste la vacante cuando el puesto de trabajo que venía desempeñado el trabajador excedente con anterioridad a la excedente no haya sido cubierto por otro trabajador o no haya sido amortizado cubriendo las exigencias legales y reglamentarias⁴⁶.

También se considera que existe vacante cuando, con posterioridad a la solicitud de reingreso, se produce un incremento de plantilla en un puesto de la misma o similar categoría profesional que la del excedente, y así se presume que concurre dicha circunstancia cuando se contrate contemporáneamente a un trabajador de nuevo ingreso aun con diferente categoría profesional si las funciones a desarrollar fueran equivalentes y pudieran ser acometidas por el excedente⁴⁷, o las condiciones del puesto de trabajo fueran similares a las que disfrutaba el trabajador en el momento del inicio de la excedencia⁴⁸.

El artículo 46.5 ET sólo exige que sean “vacantes de igual o similar categoría a la suya”, precisión que no facilita en absoluto la configuración de este derecho preferente de reingreso del trabajador. Como es sabido, uno de los elementos clave de la reforma de 2012, fue la de eliminar la categoría profesional como criterio de clasificación profesional, de tal forma que en la actualidad únicamente existe un criterio, que es el grupo profesional⁴⁹. La categoría profesional había desarrollado un papel técnico adecuado para identificar las funciones que el trabajador había de llevar a cabo en cumplimiento de su contrato de trabajo, pero con la crisis económica se evidenció como instrumento no adecuado, ya que no respondía a criterios de organización del trabajo que habían quedado superados, entre otros factores, por la transformación de los procesos productivos, por la modernización de la organización empresarial, y por la intención de lograr una mayor flexibilidad en la utilización de la fuerza de trabajo. Además, se ha achacado que los sistemas de clasificación profesional basados en la categoría profesional presentan graves problemas jurídicos de difícil solución, como la falta de tutela de la profesionalidad del trabajador, la dificultad para que la categoría actúe como eficaz delimitadora de las tareas contratadas, la frecuente incorporación a ella de funciones complementarias, la dificultad que para la organización empresarial represente la rigidez de la categoría, la falta de adaptación a las transformaciones de la organización del trabajo, y la posibilidad legal de que el trabajador sea adjudicado a grupos funcionales más amplios⁵⁰.

45. STS de 16 de marzo de 1988.

46. SSTS de 28 de enero de 1985, de 14 de octubre de 1985, de 23 de enero de 1987 y de 18 de enero de 1988.

47. SSTSJ Madrid de 24 de marzo de 1994 (rec. núm. 3761/1993) y de Cataluña de 30 de octubre de 1998 (rec. núm. 4050/1998).

48. STSJ de las Islas Baleares de 26 de enero de 2001 (rec. núm. 770/2000).

49. En la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 se afirma que “[e]l sistema de clasificación profesional pasa a tener como única referencia el grupo profesional con el objeto de sortear la rigidez de la noción de categoría profesional”.

50. Román de la Torre, M. D.: “Clasificación profesional y movilidad funcional”, en AA.VV.: *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 168 y de Soto Rioja, S.: “El contenido de la prestación laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1995, p. 16.

No cabe duda, a mi entender, que la razón última de la supresión de la categoría profesional como criterio identificador de la prestación laboral es claramente ampliar el poder empresarial de organización del trabajo y aumentar la flexibilidad del trabajador en la prestación de su trabajo.

A la vista de la literalidad del artículo 46.5 ET puede observarse como la reforma de 2012 se olvidó de regular este aspecto de la excedencia voluntaria, pues el hecho de suprimir el concepto de “categoría profesional” del ET y de los sistemas de clasificación en general del ámbito laboral y unificarlo todo con grupos profesionales supone una clara contradicción con el artículo 46.5 ET que hace referencia a la obligación del empresario de reincorporar al trabajador en una vacante de un puesto de trabajo de la “misma o similar categoría profesional”.

En este punto, resulta necesario hacer una llamada al legislador para que proceda a unificar y homogeneizar dicho aspecto de la excedencia voluntaria unificándolo a los grupos profesionales.

Así, a efectos de demostrar la existencia o no de vacante, la doctrina judicial⁵¹ tiene declarado de forma reiterada que el trabajador únicamente debe acreditar el hecho de que ha solicitado correctamente su excedencia voluntaria, que el empresario lo ha reconocido y que ha realizado el reingreso, correspondiendo a la empresa acreditar que tiene cubiertas o amortizadas las plazas que le podría ofrecer, incluida la plaza que dejó el trabajador al acceder a la situación de excedencia voluntaria. Por tanto, es el empresario quien debe acreditar que la respuesta que ha ofrecido al trabajador alegando la inexistencia de vacantes de igual o similar categoría profesional se encuentra justificada⁵². Esta carga de la prueba sobre el empresario tiene su razón de ser en que el trabajador se encuentra en una posición de inferioridad respecto de la información que maneja el empresario, pues cuando un trabajador se encuentra en situación de excedencia voluntaria se encuentra desvinculado de la empresa, estando pues desconocedor de la situación real de la plantilla de la empresa.

Obviamente, no podrá producirse ningún reingreso cuando ésta sea imposible materialmente por haber cesado la empresa en su actividad, de tal forma que no se podrá exigir reclamación alguna a la empresa al respecto⁵³.

En base a una primera aproximación, se deduce del artículo 46.1 ET que se trata de una preferencia establecida en términos absolutos, es decir, un derecho que no encontraría ningún tipo de obstáculo respecto de los derechos que pudieran tener otros trabajadores, ya fueran trabajadores en activo o trabajadores cuyos contratos de trabajo se encontrasen suspendidos en virtud de cualquiera de las causas de suspensión dispuestas en el artículo 45.1 ET.

51. STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de enero de 2000 (rec. núm. 5577/1999).

52. SSTS de 7 de diciembre de 1990, de 19 de junio de 1999 (rec. núm. 3891/1998) y de 18 de septiembre de 2002 (rec. núm. 316/2002). SSTS del País Vasco de 9 de febrero de 1999 (rec. núm. 4/1998), de Cataluña de 3 de julio de 2000 (rec. núm. 286/1999), de Cataluña de 11 de julio de 2000 (rec. núm. 8571/1999), de Cataluña de 16 de enero de 2006 (rec. núm. 7100/2004), de Madrid de 10 de abril de 2003 (rec. núm. 98/2003) y de Andalucía de 21 de abril de 2009 (rec. núm. 2758/2008).

53. STS de 19 de diciembre de 2018 (rec. núm. 1199/2017).

Sin embargo, si se analiza con más profundidad, se observa cómo se trata de un derecho de carácter relativo que depende de una serie de aspectos para que pueda llegar a desplegar todos sus efectos y el trabajador pueda volver a reingresar, pues dicho derecho depende de los derechos que tengan los trabajadores que en ese momento pertenezcan a la plantilla y cuya situación profesional se encuentre sujeta a un ascenso o traslado.

Como indica la doctrina judicial “esta posición de la STS 25-10-2000, que refleja los criterios de flexibilidad laboral y adaptabilidad de la organización de trabajo acogidos en nuestro ordenamiento especialmente a partir de la Ley 11/1994, matiza declaraciones precedentes de esta Sala del Tribunal Supremo (ss. de 22-1-1987 y 16-3-1987) sobre el alcance del derecho de reingreso del excedente voluntario y sobre la calificación como vacantes de las plazas desempeñadas antes de la excedencia. De todas maneras, las decisiones adoptadas en las sentencias citadas resolvieron supuestos litigiosos distintos del actual, en los que se había producido bien una negativa empresarial “clara y terminante” a la reincorporación, o bien la amortización de un número elevado de vacantes no ajustada a las normas sobre despido colectivo vigentes a la sazón”⁵⁴. Si la excedencia voluntaria común no comporta para el empresario el deber de reservar al trabajador en excedencia el puesto de trabajo que desempeñaba con anterioridad, significa que el empresario puede disponer de la plaza, ya sea contratando a otro trabajador, reordenando los cometidos laborales o amortizándola, por lo que “el derecho expectante del excedente voluntario común sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando el mismo puesto de trabajo u otro similar o equivalente se encuentra disponible en la empresa”⁵⁵.

En este sentido, en relación con la amortización de puestos de trabajo, nuestro alto tribunal resalta que el derecho al reingreso preferente “no ha venido a reconocer un derecho automático e incondicionado al reingreso, ni tan siquiera a un derecho a secas y sin otro calificativo, sino un derecho al que de forma expresa asigna el adjetivo “preferente”, para significar con ello que se trata de reconocer simplemente una preferencia, primacía o ventaja sobre otra persona, a la hora de ocupar cualquier vacante de igual o similar categoría que pudiere existir en la empresa”⁵⁶.

Por ello, como ya se ha indicado, el derecho preferente al reingreso del trabajador excedente voluntario es un derecho potencial o expectante, condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional. Además, el tratamiento legal diferenciado entre la excedencia voluntaria común y las restantes vicisitudes del contrato de trabajo mencionado, encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otras situaciones. Mientras en la suspensión y en las excedencias forzosas o especiales concurren causas específicas y cualificadas

54. STSJ de las Islas Canarias de 31 de enero de 2012 (rec. núm. 1610/2011).

55. STSJ de las Islas Canarias de 31 de enero de 2012 (rec. núm. 1610/2011).

56. STS de 8 de febrero de 2018 (rec. núm. 404/2016). En la misma línea, SSTs de 30 de abril de 2012 (rec. núm. 2228/2011), de 30 de noviembre de 2012 (rec. núm. 3232/2011), de 15 de marzo de 2013 (rec. núm. 1693/2012), de 11 de julio de 2013 (rec. núm. 2139/2012), de 17 de septiembre de 2013 (rec. núm. 2140/2012) y de 26 de octubre de 2016 (rec. núm. 581/2015).

de impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar, “e interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario muy digno de consideración, pero que, de acuerdo con el criterio del legislador, no justifica conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa”⁵⁷. En definitiva, si la excedencia voluntaria común “no comporta para el empresario el deber de reservar al trabajador excedente el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad ello, quiere decir que el empresario puede disponer de la plaza vacante, bien contratando a otro trabajador para el desempeño de la misma, bien reordenando los cometidos laborales que la integran, bien incluso procediendo a la amortización de la misma. Ello significa, desde el punto de vista del trabajador, que el derecho expectante del excedente voluntario común sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando el mismo puesto de trabajo u otro similar o equivalente se encuentra disponible en la empresa”⁵⁸.

Por tanto, durante el período de duración de la excedencia voluntaria la empresa no está obligada a reservar al excedente voluntario las vacantes que pudieran producirse sino que puede disponer de ellas y cubrirlas con nuevas contrataciones, o reasignando y distribuyendo sus cometidos laborales entre otros trabajadores, o bien incluso procediendo a la amortización de la misma, en el correcto ejercicio de sus facultades de dirección y organización del trabajo⁵⁹.

IV. INDEMNIZACIÓN POR EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO Y EXCEDENCIA VOLUNTARIA

A. Aspectos generales

Como es sabido, el artículo 51 ET y su correspondiente Real Decreto 1483/2012 regulan los expedientes de regulación de empleo y los procedimientos de despido colectivo, donde se prevé una indemnización por fin de contrato a favor del trabajador equivalente a veinte días de salario por año de servicio con el tope de doce mensualidades.

Según nuestro alto tribunal, “la finalidad de la indemnización [...] es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador. Este daño se produce cuando el trabajador está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva del puesto de trabajo [...], pero no existe cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso expectante en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes”⁶⁰. De esta forma, si la vacante dejada por el excedente voluntario fue ocupada por otro trabajador,

57. STS de 25 de octubre de 2000 (rec. núm. 3606/1998).

58. STS de 8 de febrero de 2018 (rec. núm. 404/2016).

59. STS de 8 de febrero de 2018 (rec. núm. 404/2016).

60. SSTS de 25 de octubre de 2000 (rec. núm. 3606/1998) y de 26 de octubre de 2006 (rec. núm. 4462/2005).

será éste quien tenga el derecho a la indemnización derivada de la amortización del puesto de trabajo, pues no puede reconocerse indemnización alguna derivada de un expediente de regulación de empleo a “quienes pasaron a situación de excedencia voluntaria común por su exclusiva voluntad, desarrollando en tal situación otras actividades profesionales”⁶¹.

Nuestro alto tribunal⁶² se basa en la idea de que la excedencia voluntaria, a diferencia de la suspensión, no tiene un derecho de conservar el puesto de trabajo, pues no se especifica la causa de la misma en el artículo 46.2 ET, legitimando esta situación, una vez cumplido el requisito de antigüedad en la empresa, cualquier interés personal o profesional del trabajador, sirviendo en buena parte de los casos como medio legítimo de promoción o experiencia profesional en otro trabajo por cuenta ajena o propia. El núcleo principal de su régimen jurídico radica en que “el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la misma” (art. 46 ET), esto es, el trabajador excedente sólo conserva un derecho potencial o expectante, no un derecho ejercitable en el momento o acto en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso.

Esta diferencia es la que lleva a concluir que la indemnización por despido cumple una finalidad de compensar al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador. Este daño no existe o al menos no es comparable al anterior, cuando el trabajador no está en activo o conserva el derecho al puesto de trabajo, sino que ostenta un mero derecho de reingreso expectante, en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes.

B. Cese total vs. Cese parcial de la actividad de la empresa

Para responder adecuadamente a este conflicto es también aspecto clave tener en cuenta si se trata de un expediente de regulación de empleo que conlleva un cese total de la actividad de la empresa, o bien de forma parcial, en la medida en que dan lugar a dos supuestos distintos donde la expectativa al reingreso que conserva el excedente voluntario se ve afectada de modo diverso⁶³.

61. STS de 25 de octubre de 2000 (rec. núm. 3606/1998).

62. STS de 25 de octubre de 2000 (rec. núm. 3606/1998). Esta sentencia cuenta con dos votos particulares. Uno de ellos considera que la excedencia voluntaria, al igual que la forzosa, es causa de suspensión, pero con la diferencia de sus efectos adicionales, pues mientras la forzosa determina la reserva del puesto de trabajo, al voluntario solo prevé un derecho preferente a las vacantes que se produzcan. El segundo voto particular acepta la solución de la sentencia si bien condicionada a que los actores estaban en situación de excedencia efectivamente voluntaria, y se trata de una extinción por cese en la actividad del hospital al que venían referidos los servicios de los demandantes.

63. STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de enero de 1997 (rec. núm. 1244/1996), que considera que la supresión por la empresa del servicio de reumatología en el que había de reincorporarse el excedente sin utilizar los medios previstos en el ET se equipara a un supuesto de despido tácito improcedente.

De esta forma, cuando la empresa se ve afectada por un expediente de regulación de empleo total, donde los trabajadores excedentes figuran también en la lista de trabajadores afectados por el citado expediente, se está actuando correctamente, pues si la empresa sigue un expediente de regulación de empleo con cese total debe incluir al trabajador en excedencia⁶⁴, pues el contrato se mantiene vigente, aunque debilitado, y su no inclusión conllevaría al despido. De ahí, que se haya entendido por algún sector que la tramitación del expediente de regulación de empleo y la inclusión en la lista de afectados del trabajador excedente respecto al cual ya no será posible su reincorporación en un futuro, hace surgir para el trabajador el derecho a ser indemnizado⁶⁵.

Además, en estos casos de cierre total, si el trabajador en excedencia intenta incorporarse a su puesto de trabajo y se encuentra que la empresa ha procedido al cierre a través de un expediente en el que no fue incluido, se trata de un despido nulo⁶⁶.

Por otro lado, en el caso de un expediente de regulación de empleo parcial, como continua la actividad empresarial, pervive la expectativa de reincorporación, de modo que la no inclusión en el expediente no equivale al despido⁶⁷. Es decir, en los casos en que, pese al expediente de regulación de empleo, no se afecta esa expectativa de reingreso en vacantes futuras, el trabajador no tiene por qué ser incluido en el expediente de regulación de empleo. Y en el caso de que sea incluido, se supone que es porque el empresario va a proceder a extinguir su contrato y, por tanto, debe darle un trato exactamente igual al del resto de trabajadores afectados⁶⁸.

64. Pérez Alonso, M. A.: *La excedencia laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 32 y Gorelli Hernández, J.: *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, ob. cit., p. 78. En el mismo sentido, STS de 19 de julio de 1988, que señala que es necesario un expediente de regulación de empleo para despido no sólo a los trabajadores en activo sino también los que tienen un derecho expectante de reincorporación a la empresa.

65. STSJ de Aragón de 2 de junio de 1999 (rec. núm. 133/1998). No obstante, otro sector judicial -el mayoritario- lo niega, entre otras SSTSJ de Cataluña de 19 de junio de 1998 (sent. núm. 4173/1998), de las Islas Canarias de 21 de mayo de 1999 (rec. núm. 641/1997), de Cataluña de 12 de julio de 2001 (rec. núm. 1977/2001), de Madrid de 10 de junio de 2003 (rec. núm. 773/2003) y de Madrid de 25 de marzo de 2003 (rec. núm. 5083/2002).

66. Gorelli Hernández, J.: "Presente y futuro de la regulación del despido", en Castiñeira Fernández, J. (coord.): *El despido colectivo sin autorización: el art. 124 del TRLPL*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 271; Monge Recalde, J. L.: *La excedencia laboral en la jurisprudencia*, ob. cit., p. 82; Albiol Montesinos, I.: "Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial (II)", *Actualidad Laboral*, vol. I, 1991, p. 138 y Ortiz Lallana, C.: "Extinción del contrato por causas objetivas y otras causas de extinción", en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *La nueva ley de Procedimiento Laboral*, Edersa, Madrid, 1996, p. 953. En sentido contrario STS de 7 de junio de 1985, que considera que el reingreso deviene imposible, porque no se va a producir la vacante necesaria una vez que la empresa cesa en su actividad industrial al habersele autorizado la extinción de los contratos de todo su personal activo, sin que pueda afirmarse que la negativa de la empresa a reingresarlos constituya despido nulo.

67. STSJ de Madrid de 12 de febrero de 1992 (rec. núm. 1269/1991), que estima que el personal en excedencia voluntaria debe ser incluido en el expediente de regulación de empleo sólo cuando se trata de la totalidad de los contratos de trabajo de la plantilla (cierre actividad empresarial). En caso contrario, cuando se trata de sucesivos expedientes en los que se autoriza suspensión de contratos o bajas no tienen que ser incluidos. En el mismo sentido, SSTSJ de Madrid de 28 de octubre de 1992 (rec. núm. 2120/1992), de Galicia de 6 de julio de 1993 (rec. núm. 2368/1993) y de Madrid de 29 de septiembre de 1999 (rec. núm. 3476/1999).

68. Igartua Miró, M. T.: "Excedencia voluntaria e indemnización por despido colectivo: puntos críticos (a propósito de la STS 25 octubre 2000)", *Aranzadi Social*, núm. 10, 2001 (versión *on line*).

C. Trabajador en excedencia voluntaria y derecho a recibir indemnización por despido colectivo

Tradicionalmente, nuestra doctrina jurisprudencial⁶⁹ ha señalado que los trabajadores en excedencia voluntaria deben incluirse en la lista de los trabajadores afectados por expediente de regulación de empleo, aunque, ello, sin embargo, queda vacío de contenido, pues, como se ha indicado, no tienen derecho a indemnización alguna.

Sin embargo, ha rechazado que se trate de un supuesto de suspensión del contrato de trabajo, partiendo de un reconocimiento de la vigencia de la relación laboral en la medida en que declara que el trabajador en excedencia debe ser incluido en la lista de los afectados, concluyendo que no tienen derecho a percibir indemnización. Este tratamiento legal diferenciado de la suspensión del artículo 45 ET y de la excedencia voluntaria del artículo 46.2 ET encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego, pues el "interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario, bastando en principio para hacerlo valer con la voluntad unilateral del propio trabajador excedente. Siendo ello así, no parece razonable conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya y del propio interés de la empresa"⁷⁰.

De esta forma, como el trabajador en excedencia voluntaria no ve frustrado su puesto de empleo, no produciéndole perjuicio alguno la tramitación de un expediente de regulación de empleo, no tiene derecho a ser indemnizado. Y eso es lo que le diferencia de un trabajador en excedencia forzosa. "Evidentemente no es lo mismo un derecho preferente al reingreso, condicionado a la existencia de vacantes, que un derecho incondicional a la reserva del puesto"⁷¹. Es decir, la posición jurídica del trabajador en excedencia voluntaria es sustancialmente diferente a la de un trabajador cuyo contrato se encuentra suspendido, pues posee un derecho potencial o expectante, y no un derecho ejercitable en el momento en que el trabajador exprese su voluntad de reingreso⁷².

En otras palabras, la situación del excedente voluntario es la de quien en su propio interés se ha separado de la empresa, por lo que no se le reconoce el derecho a reingresar, sino sólo la expectativa de poder ser readmitido si hay vacante, pues "dicho trabajador en realidad no pierde su puesto de trabajo cuando la empresa extingue las relaciones laborales con sus trabajadores por cualquiera de las causas que justifican el despido colectivo conforme a lo previsto en el artículo 51 ET, sino aquella expectativa en nada equivalente a un puesto de trabajo que es lo que el precepto precitado quiere indemnizar"⁷³.

69. STS de 25 de octubre de 2000 (rec. núm. 3606/1998).

70. STS de 19 de diciembre de 2018 (rec. núm. 1199/2017).

71. STS de 19 de diciembre de 2018 (rec. núm. 1199/2017). En el mismo sentido, STSJ de Andalucía de 15 de enero de 2020 (rec. núm. 3267/2018).

72. Sempere Navarro, A. V.: "Despido colectivo del excedente voluntario sin indemnización. Comentario a la STS de 29 noviembre 2006", *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 30, 2006 (versión *on line*)

73. STS de 29 de noviembre de 2006 (rec. núm. 4464/2005). En el mismo sentido, SSTs de 26 de octubre de 2006 (rec. núm. 4462/2005) y de 13 de noviembre de 2006 (rec. núm. 4489/2006).

En definitiva, la finalidad de la indemnización del “despido prevista en el artículo 51.8 ET es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador [...] No es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida del trabajador, que el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaron servicios, y de la que el trabajador se apartó, en el caso típico para el desempeño de otro puesto de trabajo o de otra actividad profesional”⁷⁴. Es decir, la indemnización por despido del artículo 51.8 ET tiene como fin compensar al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño ofrece al trabajador, pero este daño “no existe o por lo menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso expectante, en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes”⁷⁵.

V. CONCLUSIÓN

Nos encontramos con una figura jurídica que lleva planteado desde siempre un conjunto de interrogantes aún no resueltos, especialmente, en cuanto a su naturaleza jurídica. De ahí la importancia de que se lleve a cabo una regulación más exhaustiva de la misma.

En este sentido, debe recordarse que el ET regula en artículos separados “las causas y efectos de la suspensión” del contrato de trabajo (art. 45 ET) y las “excedencias” (art. 46 ET). La enumeración de las causas de suspensión es una enumeración tasada o exhaustiva, donde figuran diversas incidencias sobre la vida personal o profesional del trabajador, o el funcionamiento de la empresa. “El denominador común de las causas de suspensión es, con excepción de la enunciada en el primer renglón de la lista [a) Mutuo acuerdo de las partes], el acaecimiento sobrevenido de una incompatibilidad, incapacidad, imposibilidad o impedimento para la ejecución del trabajo [...] La suspensión del contrato de trabajo regulada en el artículo 45 ET se configura así como una vicisitud de la relación contractual en la que el trabajador tiene derecho a conservar el puesto de trabajo y el empresario el deber de reserva del mismo. A lo largo de la situación suspensiva el puesto de trabajo podrá ser desempeñado por otro trabajador de la empresa o por otro trabajador contratado para ocuparlo. Pero la relación contractual en suspenso recupera su plenitud en el momento en que desaparece la causa suspensiva. De ahí que la ley haya previsto expresamente como una de las causas justificadas de contratación de trabajadores por tiempo determinado la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo”⁷⁶.

74. STS de 19 de diciembre de 2018 (rec. núm. 1199/2017). En el mismo sentido, STS de 11 de julio de 2013 (rec. núm. 2139/2012) y STSJ de Andalucía de 15 de enero de 2020 (rec. núm. 3267/2018).

75. STS de 29 de noviembre de 2006 (rec. núm. 4464/2005).

76. STS de 25 de octubre de 2000 (rec. núm. 3606/1998).

Como se ha indicado, cabe entender que aquel trabajador que se encuentra en situación de excedencia voluntaria, y partiendo de la naturaleza jurídica de la misma, no como causa extintiva, sino como un *tertium genus* similar a la suspensión del contrato de trabajo, sólo conserva una expectativa de reingreso. Ello supone que cuando la empresa procede a su cierre, con el consiguiente despido colectivo, no comporta para el trabajador en excedencia voluntaria más que la pérdida de la referencia expectativa, por lo que carece del derecho a percibir una indemnización por despido, ya que la indemnización por despido colectivo tiene como fin compensar un daño que no padece quien se encuentra en excedencia voluntaria.

Es decir, la finalidad de la indemnización del despido es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador, y dicho daño “no existe o por lo menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso expectante, en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes”⁷⁷.

Por ello, la excedencia voluntaria constituye un supuesto especial de suspensión de contrato, puesto que no da derecho a reingresar sin condiciones, pero no es aceptable que se considere a los trabajadores excedentes afectados en un expediente de regulación de empleo como trabajadores con derecho a indemnización, pues al no tener derecho a reingresar de forma efectiva, sino que tiene una mera expectativa, no sufre ningún perjuicio por la extinción de la relación laboral.

Además, si se diferencia entre cese total y cese parcial de la actividad empresarial, podemos señalar que cuando se está ante una extinción de todos los puestos de trabajo, esto es, un cese total, el trabajador se encuentra ante una imposibilidad sobrevenida de poder ejercer el derecho preferente de reingreso, de tal forma que el trabajador deberá ser incluido en el expediente de regulación de empleo, aunque sin derecho a percibir la correspondiente indemnización. Cuando se trata de un cese parcial, donde el trabajador conserva su derecho a la reincorporación en una vacante adecuada, el trabajador podría no ser incluido en la lista de los trabajadores afectados por el expediente, de forma que no se estaría ante un despido; o bien, podría ser incluido en el expediente a efectos de proceder a la extinción de su contrato de trabajo, pero sin derecho a indemnización.

En definitiva, el trabajador en excedencia voluntaria se encuentra en una situación en la que ha ejercido un derecho en su propio interés por el cual se halla apartado de la empresa, de tal forma que no posee un derecho a reingreso cuando se termine la situación suspensiva, sino que sólo cuenta con una expectativa de poder ser readmitido si hay una vacante.

77. STS de 25 de octubre de 2000 (rec. núm. 3606/1998).

Bibliografía

- Albiol Montesinos, I.: "Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial (II)", *Actualidad Laboral*, vol. I, 1991.
- Argüelles Blanco, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- Benet Escolano, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- Castiñeira Fernández, J.: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1977.
- Cruz Villalón, J.: "La doctrina jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria", *Revista de Política Social*, núm. 145, 1985.
- De Soto Rioja, S.: "El contenido de la prestación laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1995.
- Desdentado Bonete, A. y de la Puebla Pinilla, A.: *Despido y jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- Fernández González, V.: "Otros tipos de excedencia: voluntaria, por nacimiento de hijos y por ejercicio de funciones sindicales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 7, 1981.
- Fernández López, M. F.: "Indemnizaciones tasadas por daños con ocasión de la extinción del contrato de trabajo", *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 2005.
- González Ortega, S.: "Las vacaciones anuales retribuidas: Algunos aspectos de su régimen jurídico", *Revista de Política Social*, núm. 131.
- Gorelli Hernández, J.: *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1998.
- Gorrelli Hernández, J.: "Presente y futuro de la regulación del despido", en Castiñeira Fernández J. (coord.): *El despido colectivo sin autorización: el art. 124 del TRLPL*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- Igartua Miró, M. T.: "Excedencia voluntaria e indemnización por despido colectivo: puntos críticos (a propósito de la STS 25 octubre 2000)", *Aranzadi Social*, núm. 10, 2001.
- Monge Recalde, J. L.: *La excedencia laboral en la jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1987.
- Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2007.
- Ortiz Lallana, C.: "Extinción del contrato por causas objetivas y otras causas de extinción", en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *La nueva ley de Procedimiento Laboral*, Edersa, Madrid, 1996.
- Pedrajas Moreno, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, Montecorvo, Madrid, 1983.
- Pérez Alonso, M. A.: *La excedencia laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- Ortega Lozano, P. G., "La indemnización legal por despido improcedente: elementos para su cálculo e incidencia de la doctrina jurisprudencial", *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2018.
- Rodríguez-Piñero, M.: "El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria", *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1997.
- Román de la Torre, M. D.: "Clasificación profesional y movilidad funcional", en AA.VV., *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 1994.
- Ruano Albertos, S.: *La excedencia voluntaria no causal en el Estatuto de los Trabajadores*, Colex, Madrid, 1995.
- Sempere Navarro, A. V.: "Despido colectivo del excedente voluntario sin indemnización. Comentario a la STS de 29 noviembre 2006", *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 30, 2006.
- Suárez González, F.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Pirámide, Madrid, 1980.
- Vida Soria, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.



El impacto de las tecnologías digitales sobre la organización del trabajo

THE IMPACT OF DIGITAL TECHNOLOGIES ON THE ORGANISATION OF WORK

María Villa Fombuena

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

CEU Cardenal Spínola, adscrito a la Universidad de Sevilla

mvilla@ceuandalucia.es 0000-0002-0192-5051

Recibido: 26.03.2021 | Aceptado: 29.04.2021

RESUMEN

El vertiginoso avance tecnológico-digital que viene produciéndose desde hace relativamente poco tiempo ha transformado la configuración clásica de las relaciones laborales. Analizar la forma y el alcance que su impacto está teniendo en el ámbito laboral deviene en consecuencia una cuestión fundamental para poder encontrar aquellas medidas que permitan minimizar los inconvenientes a los que se enfrentan tanto las personas trabajadoras como las empresas. Con el presente trabajo se busca, por un lado, ofrecer una visión panorámica sobre dicha repercusión y, por otro, analizar la forma en la que las empresas interiorizan estos avances.

ABSTRACT

The vertiginous technological-digital advance that has been taking place for a relatively short time has transformed the classic configuration of labor relations. Analyzing the form and scope that its impact is having on the workplace consequently becomes a fundamental question to be able to find those measures that allow minimizing the inconveniences faced by both workers and companies. This work seeks, on the one hand, to offer a panoramic view of this impact and, on the other, to analyze the way in which companies internalize these advances.

PALABRAS CLAVE

Flexibilidad
Trabajo
Nuevas tecnologías
Digitalización

KEYWORDS

Flexibility
Work
New technologies
Digitalization

SUMARIO

- I. EL CONTEXTO TECNOLÓGICO
- II. LA ADAPTACIÓN TECNOLÓGICA DE LA EMPRESA Y SU IMPACTO EN EL ÁMBITO LABORAL
- III. UNA NUEVA FORMA DE ORGANIZAR EL TRABAJO
 - A. Su especial repercusión en la flexibilidad en el tiempo de trabajo
 - B. Un pequeño avance de regulación en la hasta ahora deficiente normativa laboral
 - C. El convenio colectivo como instrumento de gestión de la flexibilidad. El plan de trabajo flexible de Orange. Un acuerdo colectivo pionero
- IV. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. EL CONTEXTO TECNOLÓGICO

Durante las décadas pasadas el análisis que se llevaba a cabo sobre el avance tecnológico trataba de explicar los importantes cambios que entonces se estaban produciendo a nivel empresarial. En la actualidad, sin embargo, el vertiginoso avance tecnológico, así como la aparición de nuevas tecnologías –comúnmente denominadas TIC- han desviado el enfoque principal del estudio hacia el ámbito del trabajo en sí. Y es que resulta indiscutible que las nuevas tecnologías no sólo han cambiado la forma de trabajar y las posibilidades de flexibilización en las empresas, sino que también han diversificado las facultades de control del empresario.

Analizar cuál es el impacto que la tecnología está teniendo en el mundo laboral deviene en consecuencia una cuestión fundamental para encontrar aquellas medidas que permitan minimizar los inconvenientes a los que, como vamos a ver, se enfrentan tanto las personas trabajadoras como empresas.

Para conseguir dicho objetivo resulta imprescindible comenzar por evidenciar los cambios que las nuevas tecnologías vienen provocando en el mundo empresarial actual; al menos en su esencia, pues no siendo el tema principal que aquí nos ocupa y teniendo en cuenta lo extenso de esta parcela -revolución tecnológica- no pretendo alejar al lector más de lo necesario.

Antes de adentrarnos en este estudio creo conveniente aclarar que quien escribe no es experta en el campo tecnológico. Sin embargo, tras las muchas lecturas llevadas a cabo sobre el tema hay dos planteamientos o realidades principales que nos sitúan bastante bien en este punto de partida.

En primer lugar, existen numerosas y muy variadas definiciones del término “tecnología”. No obstante, la mayoría de ellas comparte una base común, que, por lo que a este estudio interesa, permite entenderla como el conjunto de conocimientos y técnicas que posibilitan al ser humano modificar su entorno para satisfacer sus necesidades.

En segundo lugar, junto a esa satisfacción de necesidades tiene también un papel relevante en el tema que aquí se aborda el incremento en la calidad de vida. Resulta

indubitado que el papel fundamental de la tecnología es seguir innovando para la mejora y el desarrollo de la sociedad contemporánea, pero también lo es el de incrementar el control de nuestro entorno, no sólo para tener una mejor comprensión de este, sino para obtener igualmente una mejor calidad de vida.

La tecnología resulta indispensable en la sociedad moderna. De hecho, el objetivo primordial de la ciencia actual es la creación de nuevas tecnologías que cubran las necesidades de la sociedad y consigan elevar el nivel de bienestar. La aparición de una nueva tecnología va ligada a la cobertura de una necesidad. O lo que es lo mismo, sin necesidad no se precisa la tecnología. Pensemos cómo los grandes avances tecnológicos han sido paralelos a los avances de la humanidad. Así, frente a la necesidad de comunicación surgió la radio, el teléfono, la televisión, internet, etc.; con las necesidades económicas aparecieron nuevas tecnologías industriales; ante la necesidad de desplazamiento se incorpora la tecnología al transporte; y así podríamos seguir. En definitiva, no existe ningún ámbito en el que la tecnología no esté presente.

Ese mismo planteamiento tiene lugar en el ámbito empresarial, en donde igualmente la aplicación de la tecnología se lleva a cabo para satisfacer las necesidades que tienen las empresas actualmente. Siendo así, resulta indiscutible además que en los últimos diez años el crecimiento de la tecnología ha pasado de ser lineal a ser exponencial. En este campo se ha experimentado un salto cualitativo, en el que, entre otros aspectos, la etapa de la conexión entre ordenadores que caracterizó la primera internet, ha dado paso a la conectividad de las cosas y de las cosas con las personas; tiene lugar la computación en la nube (*cloud computing*); es posible almacenar, procesar y analizar grandes volúmenes de datos de manera que mediante algoritmos matemáticos es posible extraer valor de los mismos y realizar predicciones, aprendizajes automáticos o tomar decisiones de cualquier tipo (*Big Data*); e igualmente es posible conectar objetos a internet y dotarles de cierta capacidad de inteligencia (*IoT*).

Ese entorno tecnológico sustenta conceptos tan actuales como es el de "Industria 4.0"¹, con el que se hace referencia a la generalmente denominada cuarta revolución industrial, que, en esencia, consiste en la introducción de las tecnologías digitales en las empresas.

A la hora de analizar estas nuevas tecnologías debemos ser conscientes del fenómeno actual en el que se enmarcan. Y es que esta innovación tecnológica se produce en un escenario de dimensión mundial caracterizado por la globalización de los mercados. En otras palabras, digitalización y globalización convergen en un mismo marco y tiempo y debemos ser conscientes de lo que esto implica a nivel empresarial.

1. En julio de 2015 el Ministerio de Industria, Energía y Turismo lanzó públicamente la iniciativa "Industria Conectada 4.0", un proyecto público-privado para impulsar la transformación digital de la industria española. Esta iniciativa nació con el triple objetivo de incrementar el valor agregado industrial y el empleo cualificado en el sector; favorecer el modelo español para la industria del futuro y la oferta local de soluciones digitales y mejorar la competitividad para impulsar las exportaciones. Véase, "Industria Conectada 4.0. La transformación digital de la industria española". Informe preliminar del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, disponible en <http://www.industriaconectada40.gob.es/Paginas/index.aspx#inicio>.

La idea de globalización o mundialización² del mercado adquiere una especial relevancia bajo la digitalización³. La hiperconectividad que ofrece la tecnología actual, la accesibilidad que facilita internet, así como la digitalización de la información contribuyen a incrementar la globalización misma. En este sentido, cualquier persona en cualquier lugar del mundo se configura como un cliente potencial de la empresa o como usuario de sus bienes y servicios.

Es decir, la empresa ha de afrontar un mercado mayor y para poder hacerlo debe asumir, bien una transformación radical (caso de no haber incorporado algún tipo de tecnología con carácter previo), bien una mejora de lo ya establecido para poder participar en él. El que una empresa opte por la digitalización permitirá que pueda contar con relativa ventaja respecto a la competencia. Y digo "relativa" porque el resto de las empresas tendrá el mismo objetivo, de manera que en última instancia será la inversión económica que cada empresa decida realizar en tecnología la que finalmente posicione a unas en mejor lugar del mercado que a otras.

Por lo que respecta a nuestro país, la inversión y el uso de las nuevas tecnologías en las empresas continúa con su trayectoria ascendente. Ya en 2017, el porcentaje de empresas que disponían de conexión a internet superaba el 98%. De ellas, el 94,4% utilizaba redes sociales por motivos de trabajo; más del 24% había adquirido soluciones de *Cloud Computing* y 8 de cada 10 contaba además con página web propia. A esto hay que añadir que más del 46% utilizaba alguna herramienta informática ERP o CRM⁴ para gestionar el funcionamiento de la empresa y que casi el 60% de las empresas proporcionaba a sus empleados dispositivos portátiles con conexión a internet para uso empresarial⁵. Avanzando en el tiempo y según el estudio sobre el uso de TIC en las empresas llevado a cabo por el Instituto Nacional de Estadística en relación a los años 2019 y 2020, el porcentaje de las empresas que disponen, no sólo de conexión a internet, sino también de página web se ha incrementado por encima del 98%; las empresas que utilizan las redes sociales por razones de trabajo superan el 95%; las contrataciones de servicios de *Cloud Computing* se han elevado hasta el 70%; por otro lado, la utilización de herramientas informáticas se dispara por encima del 95%⁶.

2. Señalar que algunos autores realizan una distinción conceptual entre ambos términos. Tal es el caso de Purcalla Bonilla, M. Á.: "En ocasiones, en lugar de emplear el término globalización se alude a otros como internacionalización o mundialización, pero estos términos no son, según entiendo y desde un punto de vista semántico, sinónimos de globalización. El primero (internacionalización), porque se refiere, en puridad, a las relaciones entre Estados, mientras el segundo (mundialización) se refiere a un proceso de participación común de los ciudadanos del mundo en determinados valores o bienes" Véase, Purcalla Bonilla, M. Á.: "Globalización económica, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y retos sindicales: notas para el debate", *Aranzadi Social*, vol. V, 2002, p. 312.

3. Cedrola Spremolla, G.: "El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, núm. 31, 2017, p. 106.

4. ERP (*Enterprise Resource Planning*) y CRM (*Customer Relationship Management*).

5. Encuesta del INE sobre el uso de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y del comercio electrónico en las empresas 2016-2017, disponible en http://www.ine.es/prensa/tic_e_2016_2017.pdf

6. Disponible en https://www.ine.es/prensa/tic_e_2019_2020.pdf.

Todos estos datos evidencian que las empresas están cambiando no sólo sus sistemas de organización para poder afrontar las nuevas necesidades del mercado global, sino su propia cultura corporativa⁷.

II. LA ADAPTACIÓN TECNOLÓGICA DE LA EMPRESA Y SU IMPACTO EN EL ÁMBITO LABORAL

La transformación digital, entendida como la conversión de información analógica en formato digital y que permite el manejo electrónico de datos, se aplica hoy en toda la cadena de valor de la empresa⁸, facilitando que éstas puedan dar una respuesta rápida a los posibles cambios del mercado, y posicionándolas en una situación de ventaja frente a la competencia.

La innovación tecnológica no es novedosa para las empresas. De hecho, la introducción de mejoras e innovación de su actividad ha sido una constante, pero la digitalización o Industria 4.0 va más allá en la optimización de lo existente, pues se basa en conocimientos y técnicas mucho más complejos y sofisticados que los utilizados hasta la fecha en el sector empresarial. En este sentido, la digitalización provoca un cambio más profundo a nivel empresarial, especialmente en tres ejes fundamentales: sistema productivo, organización del trabajo y el modelo de negocio.

Decía al inicio que la transformación digital supone un cambio en toda la estructura empresarial, por lo que el propio proceso de producción también se ve afectado por ella. La digitalización optimiza el proceso en sí. No sólo incrementa la eficiencia al permitir de manera simultánea la optimización de recursos energéticos o materias primas y la reducción de costes, sino que permite reducir considerablemente el tiempo de espera del cliente para obtener su producto. Gracias a la hiperconectividad actual, los clientes tienen a su disposición mucha más información y acceso inmediato a la oferta de empresas de todo el mundo y aspiran a que esa conectividad les permita un trato más personalizado, una mejor interacción en menor tiempo, así como un ahorro de costes.

Esa creciente demanda de personalización de la oferta facilitada por las tecnologías actuales lleva a las empresas a buscar mecanismos y soluciones digitales que satisfagan esas necesidades de los clientes en las distintas etapas de su vinculación con la empresa. En otras palabras, obliga a una adaptación empresarial para poder afrontarlas. Esa adaptación o transformación tiene como principal consecuencia la generación de un nuevo modelo empresarial, cuyos rasgos principales vienen definidos por las notas de agilidad resolutiva, colaboración, una clara focalización hacia el cliente y una mayor flexibilidad.

7. Entendida como el conjunto de valores, creencias, experiencias y costumbres que una empresa pretende difundir entre las personas que la componen. En este sentido, Cedrola Spremolla, G.: "El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales", ob. cit., p. 112.

8. Herramienta de análisis que permite identificar qué actividades de la empresa (*core business*) permiten generar una ventaja competitiva y en las que es más probable que los sistemas de información tengan un impacto estratégico. Esa ventaja permite a la empresa tener un mejor posicionamiento en el mercado. Véase, Porter, M. E.: "The Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance", *New York: Free Press*, 1985.

Tomar decisiones de forma rápida es fundamental en el nuevo escenario mundial digitalizado. Las empresas que establezcan procesos que permitan sistematizar la captura y el análisis de datos en cada interacción con un cliente podrán ajustarse aún más a las necesidades de éstos. Los datos están ahí y, una vez procesados en un único sistema accesible a todos los miembros de la organización, serán utilizados para identificar con agilidad asuntos que requieran una acción rápida como pueda ser una posible disminución de la cuota de mercado. En otras palabras, podrán redefinir el producto o servicio y mantenerse siempre por delante de la competencia.

La colaboración se erige en el rasgo más importante de este nuevo modelo empresarial. La transformación actual de las empresas implica a todas las personas trabajadoras y requiere que quienes las lideran cuestionen el modo tradicional de hacer negocio. En esta etapa tecnológica se apuesta por la colaboración de conocimiento, de manera que cada sector (ya no se habla de departamentos) de la empresa colabore con los otros, a efectos de posibilitar el cumplimiento de los objetivos empresariales sin que el organigrama jerárquico sea relevante. En este sentido, la colaboración incrementa la creación de valor y permite una mejor gestión del conocimiento, a la vez que asegura la generación de sinergias entre equipos transversales⁹.

En la nueva era, además, el cliente es lo primero. La creciente demanda de personalización de la oferta facilitada por las tecnologías actuales lleva a las empresas a buscar mecanismos y soluciones digitales que satisfagan esas expectativas de los clientes en las distintas fases de su vinculación con la empresa. Conocer cuál es la mejor manera de interactuar con ellos y ser capaces de ofrecerles una experiencia acorde o superior a sus expectativas es fundamental para cualquier empresa que quiera llegar a ser digitalmente efectiva.

El último de los rasgos que caracterizan el nuevo modelo empresarial -la flexibilidad- resulta clave. La capacidad de cambio o adaptación a las continuas y rápidas fluctuaciones que tienen lugar en el actual mercado globalizado exige que las empresas cuenten con una organización capaz de responder eficazmente a esas variaciones que se sabe se van a producir en él. En este sentido, debe contar igualmente con un personal capaz de responder a las nuevas exigencias productivas, por lo que en la empresa actual la persona trabajadora debe aceptar una flexibilidad en su trabajo muy superior a la tradicional si quiere integrarse en ella. En otras palabras, flexibilidad organizativa y flexibilidad laboral componen las dos caras de la misma moneda.

Desde esa óptica resulta evidente que uno de los principales sectores en los que los cambios tecnológicos repercuten de manera más directa es el laboral. Y es que los sistemas de producción son sometidos a continuas modernizaciones en aras de la eficiencia del propio proceso; hasta el punto de que la introducción de nuevas tecnologías en el lugar de trabajo puede considerarse como un rasgo

9. En este sentido, Cedrola Spremolla, G.: "El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales", ob. cit. p. 113.

permanente de esta rama del Derecho¹⁰. De hecho, como pone de manifiesto la doctrina, desde que Adam Smith teorizase sobre la organización del trabajo utilizando el ejemplo de la fábrica de alfileres, la historia de la industrialización está estrechamente relacionada con los cambios y la evolución de los métodos de organización del trabajo¹¹.

Señalaba antes que la globalización obliga a las empresas a apostar por las nuevas tecnologías como estrategia para tratar de obtener algún tipo de ventaja frente a la fuerte competencia que reina en el mercado global actual. Y como no puede ser de otro modo, esta incorporación tecnológica en la empresa repercute de manera directa en el ámbito laboral.

El principal foco del debate sobre el impacto que la tecnología ha tenido tiene y tendrá en el empleo viene centrado frecuentemente en la destrucción de este. Son muchos los que relacionan la destrucción del empleo con el cambio tecnológico. Ahora bien, incluso dentro de esta primera corriente existe una disparidad en el nivel de alarma entre quienes defienden este planteamiento. La doctrina anglosajona es especialmente alarmista a este respecto. De ello dan fe tanto el informe publicado en diciembre de 2016 por la Oficina Ejecutiva del Presidente de Estados Unidos, en el que se vino a trazar una hoja de ruta para afrontar el preocupante horizonte de destrucción de empleo que la nueva revolución tecnológica plantea¹²; como el estudio de la Universidad de Oxford realizado en 2013, en el que se afirmaba que las tecnologías de la información y la inteligencia artificial iban a tener un impacto devastador en el mercado laboral de las próximas dos décadas¹³.

En un entorno geográfico mucho más cercano, el propio CESE ha puesto en duda que una economía plenamente digitalizada genere la suficiente demanda de mano de obra para compensar las pérdidas de empleo que se calculan que producirá la automatización de los servicios¹⁴. Ahora bien, junto al temor por la posible caída de las tasas de empleo en los mercados de trabajo, la UE viene participando activamente en el ámbito de la política digital. Con su Agenda Digital para Europa¹⁵ y la iniciativa del Mercado Único Digital¹⁶, ya instaba a poner en marcha políticas proactivas, tanto

10. En este sentido, Moreira, T. C.: "El impacto de las nuevas tecnologías sobre la conciliación entre vida personal y trabajo", *Labour & Law Issues*, vol. 3, núm. 1, 2017, p. 4.

11. De nuevo, Moreira T. C., citando a Carinci, F.: "Rivoluzione tecnologica e Diritto del Lavoro: il rapporto individuale", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 25, 1985, p. 203.

12. "Artificial Intelligence, Automation, and the Economy", December, Washington, D.C. 20502, disponible en <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/whitehouse.gov/files/documents/Artificial-Intelligence-Automation-Economy.PDF>.

13. Frey C. B. y Osborne, M.: "The future of employment: how susceptible are jobs to computerization?". *Oxford University*, September, 2013, pp. 36-45, disponible en http://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf.

14. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Los efectos de la digitalización sobre el sector de los servicios y el empleo en el marco de las transformaciones industriales" (2016/C 013/24), DOUE C 13/161, de 15 de enero de 2016. Véase, Conclusión 5.9.

15. Comunicación de la Comisión Europea, "Europa 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador" (COM (2010)2020), en donde se presentaron siete iniciativas emblemáticas, entre ellas la Agenda Digital.

16. Informe al presidente de la Comisión Europea, "Una nueva estrategia para el mercado único. Al servicio de la economía y la sociedad de Europa", de 9 de mayo de 2010, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_es.pdf.

a escala nacional como europea, que contribuyan a liberar el innegable potencial de la digitalización¹⁷.

El desempleo tecnológico, como se ha llegado a denominar a la sustitución del trabajo humano por maquinaria y nueva tecnología¹⁸, ha tenido un tratamiento muy amplio entre los iuslaboralistas. Las múltiples investigaciones convergen en poner de manifiesto que la reducción de empleo ha afectado particularmente a aquellas actividades basadas en tareas rutinarias o repetitivas, como es el caso de la industria manufacturera, la logística o las tareas de administración, entre otras, donde la automatización de procesos incide de manera más directa. Mientras que aquellas otras no rutinarias o repetitivas, que requieren de las capacidades que a día de hoy las máquinas no pueden proporcionar (por ejemplo, la invención, motivación, cooperación, negociación, intuición, adaptación o la creatividad) han sufrido un impacto menor.

No obstante, esta postura no exenta de pesimismo convive con una segunda perspectiva de análisis sobre la repercusión laboral de la digitalización empresarial, que defiende que, al igual que ocurriera en revoluciones tecnológicas precedentes, la destrucción de empleo es paralela al nacimiento de nuevas oportunidades laborales.

La introducción de nuevas tecnologías en las empresas conlleva, en efecto, una fuerte reducción de los trabajos rutinarios; sin embargo, esta reducción no impide que se generen nuevos puestos de trabajo. Pensemos por ejemplo en el sector bancario, donde la introducción de los cajeros automáticos en la década de los setenta fue analizada y presentada como el origen de la desaparición casi total del cajero físico –empleado de banco-. Nada más lejos de la realidad, pues la reducción de costes de las operaciones permitió incrementar el número de sucursales. Es cierto que en ellas desaparecieron la mayoría de las tareas rutinarias, pero surgieron otras de mayor sofisticación vinculadas, por ejemplo, al uso de tarjetas de crédito, variedad de préstamos, productos de inversión, etc.¹⁹.

En ese sentido, es posible afirmar que la supresión de algunas actividades genera nuevas necesidades y, por tanto, crea nuevas oportunidades de trabajo. Pero es que, además, debemos ser conscientes igualmente de que las previsiones sobre la eliminación de trabajos se basan en la consideración de los puestos de trabajo existentes actualmente, por lo que dejarían de ser válidas si existieran nuevas ocupaciones; y como pone de manifiesto la doctrina, el futuro traerá nuevos productos y servicios que serán una necesidad para los ciudadanos en el 2050 ó 2080. Y para producirlos se crearán nuevas ocupaciones y servicios que actualmente no somos capaces si quiera de imaginar²⁰.

17. Véase, Dictamen del CESE sobre los efectos de la digitalización, cit., Conclusión 1.3.

18. Véase, entre otros, Rodríguez, J. M.: "Transformaciones tecnológicas, su impacto en el mercado de trabajo y retos para las políticas del mercado de trabajo". *CEPAL*, Naciones Unidas, Santiago, 2017, p. 19 y Weller, J.: "Las transformaciones tecnológicas y su impacto en los mercados laborales", *CEPAL - Serie Macroeconomía del Desarrollo*, núm. 190, Naciones Unidas, Santiago, 2017, p. 9.

19. . En detalle, Autor, D. H.: "Why Are There Still So Many Jobs? The History and Future of Workplace Automation", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 29, num. 3, September, 2015, pp. 6 y 7.

20. Mokyr, J.; Vickers, C. y Ziebarth, N. L.: "The History of Technological Anxiety and the Future of Economic Growth: Is This Time Different?", *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 29, núm. 3, 2015, p. 45.

La incidencia que la actual revolución tecnológica tiene en el ámbito laboral no sólo es indiscutible, sino que ha comenzado a cambiar el mundo laboral que conocemos²¹. En este sentido, la automatización y la inteligencia artificial siguen desplazando al ser humano de la producción. Lo que no implica necesariamente que la importancia de la persona física disminuya. Todo lo contrario. Las personas realizarán menos tareas mecánicas, pero más labores de supervisión, control, planificación, creativas y, de manera especial aquellas que impliquen habilidades de interacción social.

Pero éste no es el único impacto que la introducción de nuevas tecnologías en la empresa comporta en el ámbito laboral.

Como la información puede compartirse a grandes distancias y entre audiencias inmensas con un coste muy reducido, las tecnologías digitales hacen posible un modelo de negocio extremadamente fragmentado. En este sentido, la capacidad de las empresas para recurrir a la contratación flexible de mano de obra ha aumentado, especialmente en relación con los trabajadores autónomos. De hecho, se ha registrado un sustancial aumento de la actividad por cuenta propia, especialmente en sectores de servicios como las TIC, los medios de comunicación y los servicios administrativos y de apoyo²². Efecto que se ha visto acrecentado además por prácticas como el *crowdsourcing* -plataformas en línea que permiten a las empresas publicar licitaciones donde compiten trabajadores autónomos para prestar una actividad laboral-. No son pocos las personas trabajadoras que valoran positivamente la flexibilidad que ofrecen estas modalidades de empleo. Sin embargo, se trata de una parcela especialmente sensible. En primer lugar, porque la relación laboral y el régimen jurídico de las partes interesadas son poco claros²³ (de hecho, fue su fuerte incremento lo que comenzó a sacudir algunas las instituciones laborales, como puede ser, la legislación en materia de protección del empleo, los sistemas de salud y seguridad o los modelos de negociación colectiva y de diálogo social²⁴). Y, en segundo lugar, porque la competencia por aprovechar las oportunidades de empleo que brinda este tipo de plataformas es mundial, lo que implica una ventaja competitiva para aquellos licitadores procedentes de lugares caracterizados por un coste de vida reducido, un bajo impuesto sobre la renta y unos niveles reducidos de cobertura de seguridad social.

El fuerte incremento de las modalidades atípicas de empleo ocasionado por la digitalización conlleva además que una parte cada vez mayor de la mano de obra deja de contribuir y de beneficiarse de los sistemas establecidos de seguridad social (subsidios de desempleo, sanidad pública o seguros de pensiones, entre otros), los ingresos merman y, en consecuencia, también lo hace la eficacia global de los regímenes fiscales y de los sistemas de bienestar social, que se basan en unos ingresos generados principalmente a través de los impuestos y gravámenes sobre la renta, así

21. En este sentido, Rodríguez, J. M.: "Transformaciones tecnológicas, su impacto en el mercado de trabajo y retos para las políticas del mercado de trabajo", ob. cit., p. 24.

22. Según Informe de 2015 de la federación sindical europea UNI, "Towards a Fair Future for European Services", disponible en http://uniglobalunion.org/sites/default/files/public_shared/files/towards_a_fair_future_for_european_services.pdf.

23. Los intensos debates en torno a las plataformas Uber o Cabify dan prueba de ello.

24. Dictamen del CESE sobre los efectos de la digitalización, cit., conclusión 5.3.

como de los sistemas de cotización de empresarios y asalariados y que, por lo tanto, dependen de unos niveles elevados de empleo convencional²⁵.

Esa pérdida de eficacia plantea graves amenazas en el modelo social europeo, fundamentado en una fuerte participación pública en la financiación y prestación de los servicios de interés general y en unas redes eficaces de seguridad social, por lo que no son pocas las voces que instan a gobiernos nacionales, interlocutores sociales y a la propia UE a definir medidas políticas y normativas que garanticen un nivel adecuado de protección social obligatoria para todas las personas trabajadoras de esta nueva era²⁶.

III. UNA NUEVA FORMA DE ORGANIZAR EL TRABAJO

El nuevo entorno digital provoca profundos cambios no sólo en la manera de vivir, sino igualmente en la forma de trabajar, además, a un ritmo vertiginoso. Hace poco más de 20 años, la web no existía; hace 10 años las redes sociales, los *smartphones* y las *tablets* tampoco. La revolución actual ha propiciado en una sola década tantos cambios como la revolución industrial a lo largo de un siglo²⁷.

La forma en la que el trabajo se lleva a cabo no ha permanecido ajena a estos cambios. La configuración clásica de la manera en la que las tareas son llevadas a cabo por parte de la persona trabajadora ha dado paso a un desarrollo de actividad que, en esencia, no precisa de una ubicación específica, comporta un elevado nivel de autonomía y su control viene referido al resultado de la actividad y no al desarrollo de esta.

Las nuevas tecnologías facilitan la desubicación del trabajo al permitir la quiebra del contacto físico entre la persona trabajadora y la empresa. La existencia de dispositivos electrónicos de reducidas dimensiones con conexión a internet hace posible que el trabajo no precise de una ubicación concreta para ser desarrollado. En este sentido, asistimos hoy a un traslado físico desde la empresa –como lugar clásico de desarrollo del trabajo- a la vivienda de la persona que lleva a cabo la prestación, a un *coworking*, donde se comparte el espacio con personas ajenas a la organización para la que trabaja y tiene a su disposición los servicios que precisa para llevar a cabo su trabajo; o a cualquier otro espacio en el que el trabajador quiera y pueda desarrollar su labor.

Gracias a las tecnologías digitales, cuyo funcionamiento implica el transporte de señales mediante fibra óptica y satélites de comunicación (lo que permite recibir y enviar por una sola línea datos en tiempo real), es posible que el contacto de la persona trabajadora con la empresa se realice a través del ordenador, la *tablet* o el *smartphone*. No es preciso desplazarse a la sede física de la empresa ni siquiera con ocasión de una reunión. Una videollamada a través de una aplicación móvil permite al trabajador

25. En algunos Estados miembros, este punto ha sido ya objeto de debate entre los interlocutores sociales y el gobierno. *Ibidem*, Conclusión 6.1.

26. Es decir, autónomos, trabajadores del crowdsourcing y los empleados en la economía participativa.

27. En este sentido, Cedrola Spremolla, G.: "El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales", ob. cit., p. 114.

virtualizar su asistencia a la misma. En este sentido, las nuevas tecnologías permiten los equipos virtuales de trabajo, o lo que es lo mismo, que distintas personas –trabajadores o no de la empresa- ubicadas en diferentes lugares se conectan en el ciberespacio para desarrollar un proyecto de trabajo en común.

La posibilidad de trabajar desde cualquier sitio convierte la movilidad en una característica esencial de los nuevos puestos de trabajo. El trabajo digital gira en torno a las personas, y no al revés.

Ahora bien, esta libertad de movimiento, que quiebra las ataduras a horarios, a edificios, o a un determinado entorno, no está exenta de riesgos, como veremos más adelante.

La desubicación de quien lleva a cabo la prestación implica igualmente que los esquemas de control tradicionales -a través de supervisores directos involucrados durante todo el desarrollo de las tareas- hayan quedado obsoletos. Hoy se apuesta por la aportación de valor que realiza la persona a la empresa. Lo relevante ya no es que ésta lleve a cabo su labor en una ubicación específica dentro de un horario determinado, sino que el fruto de su actividad aporte valor productivo a la empresa.

Para ello, la persona trabajadora de esta nueva etapa tiene una mayor autonomía. Las empresas buscan un diseño del trabajo que implique un alto grado de responsabilidad individual y autonomía y que permita a los trabajadores tomar sus propias decisiones, lo que, a su vez, permite imprimir celeridad al proceso (recordemos que la velocidad de reacción de las empresas a los posibles cambios del mercado globalizado facilita una mejor posición en el mismo frente a la competencia). En otras palabras, la confianza depositada en la persona trabajadora es máxima. La decisión que adopte será acertada porque la empresa se ha asegurado de que así sea, bien requiriendo una mayor formación de base de las personas que ingresan en ella, bien apostando por la actualización formativa de las que ya forman parte de la plantilla.

Es cierto que el nivel de exigencia de conocimientos seguirá determinándose en función de las tareas a desarrollar en cada puesto, pero también lo es que las competencias y habilidades requeridas por parte de las empresas han cambiado con la transformación digital y la evolución de los medios productivos. Los conocimientos y habilidades de los puestos tradicionales están siendo gradualmente reemplazados por las competencias digitales necesarias para moverse con soltura en el nuevo entorno. En este sentido, el conocimiento y dominio de *software*, *hardware* y su programación son altamente demandados. Todo este planteamiento sustenta la afirmación de que en esta nueva etapa la formación profesional conserva su rol como herramienta fundamental para mantener la empleabilidad.

Para llevar a cabo un proceso de transformación digital en la empresa no basta con implantar nuevas tecnologías, ni con introducir modificaciones en la forma de desarrollar el trabajo. En otras palabras, la tecnología no determina, por sí misma, el grado de autonomía y creatividad de los trabajadores. Es necesario algo más. Algo que es esencial: tener en cuenta a todo el personal de la empresa; involucrarlo en el cambio. En este sentido, la intervención de los equipos de recursos humanos en la gestión del cambio deviene fundamental para realizar el proceso de transformación de una manera ordenada.

Su gestión no sólo debe mitigar las incertidumbres y temores que todo proceso de cambio empresarial comporta, sino que también debe asegurar el correcto funcionamiento de la compañía. Para cumplir ambos objetivos, las áreas de recursos humanos han de tratar de compaginar un alto nivel de exigencia en la realización de las tareas de cada puesto con la capacitación permanente de la persona trabajadora. O lo que es lo mismo, facilitar que el trabajador complemente sus competencias laborales tradicionales con las digitales, lo que permitirá no sólo comprender el funcionamiento de la organización, sino realizar sus tareas adecuadamente²⁸.

Ahora bien, hemos visto como la revolución digital está provocando que aparezcan nuevas necesidades y que el contenido del puesto de trabajo cambie, por lo que no todos los colectivos que integran una empresa tendrán las mismas necesidades de capacitación. Diferenciarlas y ofrecer propuestas personalizadas pasan a ser los objetivos principales de estas áreas. Para ello, cada vez son más los sectores que utilizan en análisis predictivo (*HR analytics*), no sólo para tomar decisiones respecto a la gestión del personal, sino también para ofrecer esas propuestas de valor personalizadas.

A. Su especial repercusión en la flexibilidad en el tiempo de trabajo

Acabamos de ver que hoy la confianza en la persona trabajadora es máxima, de manera que es éste quien decide cuándo y dónde trabajar. Desde este punto de vista, el concepto clásico de jornada laboral quiebra. La flexibilidad en el tiempo de trabajo pasa a ser el rasgo esencial en la actualidad. Lo relevante ya no es, como hemos visto, que la persona lleve a cabo su labor en una ubicación específica dentro de un horario determinado, sino que el fruto de su actividad aporte valor productivo a la empresa.

Si a lo anterior se suma el que las empresas traten de ofrecer un ambiente de trabajo que satisfaga a la persona trabajadora y cumplir así con la nueva filosofía empresarial según la cual, un trabajador contento asegura la máxima productividad²⁹, entenderemos por qué las empresas que apuestan por la flexibilidad laboral han logrado un aumento de, al menos, un 40% en su productividad³⁰.

Sin embargo, siguiendo el refranero español, no es oro todo lo que reluce. El que la valoración de la persona trabajadora se lleve a cabo en términos de resultados le obliga en cierto modo a asumir una mayor implicación en los asuntos de la empresa; pudiendo

28. De nuevo, Cedrola Spremolla, G.: "El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales", ob. cit., pp. 111 y 112.

29. El ejemplo más evidente lo aporta Google. Además de piscinas, hamacas, gimnasio, mesas de ping-pong, lavandería o comida gratis, el gigante de internet también tiene una envidiable flexibilidad, total libertad horaria, medidas de conciliación y altos salarios. Todo ello con el único objetivo de contar una plantilla comprometida y motivada que les ha hecho alcanzar un estratosférico nivel de productividad. Esta filosofía empresarial ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por McKee, A., en su estudio "Being Happy at Work Matters", publicado en 2014 en la revista *Harvard Business Review*. Véase, McKee, A.: "Being Happy at Work Matters", *Harvard Business Review*, 2014, disponible en <https://hbr.org/2014/11/being-happy-at-work-matters#comment-section>.

30. Como ya puso de manifiesto en 2014 la Fundación máshumano en el Encuentro "¿Empresas flexibles más rentables?", celebrado en la sede de Microsoft España, disponible en <https://www.mashumano.org/blog-empresa-mashumano/378-jornada-de-trabajo-de-la-red-m%C3%A1shumano-en-microsoft-%C2%BFson-las-empresas-flexibles-m%C3%A1s-rentables.html>.

llegar a interpretarse incluso como una intensificación encubierta de los tiempos de trabajo. Vuelvo a traer aquí el símil que adelantaba en el epígrafe segundo sobre la flexibilidad organizativa y flexibilidad laboral como las dos caras de la misma moneda. Y es que al hablar de flexibilidad o de un sistema laboral flexible estamos haciendo referencia a la posibilidad que tiene las empresas de introducir medidas que permitan adecuar el factor trabajo a sus necesidades con el objetivo de aumentar su productividad.

Uno de los objetivos de la empresa inteligente es lograr que la producción se ajuste a las necesidades del consumidor. Este objetivo implica, en primer lugar, que la empresa ha de ser capaz de ofrecer una reacción rápida si quiere tener una mejor posición en el mercado frente a la competencia, como ya sabemos, y, en segundo lugar, que el trabajador ha de aceptar una flexibilidad en su trabajo muy superior a la actual.

Algún sector de la doctrina ha puesto de manifiesto que, en la era del trabajo digital e inteligente, los empleados son los dueños de su tiempo³¹. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. La comodidad que ofrecen las *tablets* o los *smartphones* se ha convertido en un arma de doble filo. El que la persona trabajadora pueda gestionar su tiempo de trabajo puede dar lugar paradójicamente a una intensificación de este, lo que inevitablemente llegará a repercutir en su esfera privada.

Según estudios recientes, el 30% de los españoles reconoce que no es capaz de desconectar del trabajo, ni siquiera en vacaciones y más del 35% mantiene contacto con su empresa en dicho periodo³². Es decir, casi tres de cada diez empleados siguen centrados en su empleo durante su periodo estival. Se trata de un porcentaje que se sitúa por encima de la media europea, que alcanza el 25 %. Únicamente Portugal y Grecia superan nuestra media con un porcentaje se eleva hasta el 41% y el 28% respectivamente. En el lado opuesto se encuentran países del centro de Europa, como Bélgica, Países Bajos y Francia, donde el porcentaje está en el 18%.

A esto se añade que, durante el resto del año, cerca del 70% de las personas trabajadoras españolas reconoce que atiende llamadas de trabajo y correos electrónicos fuera de su horario laboral cuando los considera convenientes o importantes y más de la mitad de ellos reconoce que responde estos temas de forma inmediata. Cada vez es más habitual recibir llamadas, *emails* o *whatsapps* a deshoras y atenderlos, bien por la facilidad de respuesta que ofrecen los nuevos dispositivos móviles (“no cuesta nada contestar”), bien por la presión que se siente por parte de superiores o empresas para estar permanentemente conectados.

Desde esta óptica, el tiempo de trabajo permitido por las nuevas tecnologías se ha llegado a plantear como una nueva forma de explotación laboral³³. Y es que la separación entre los tiempos de vida y el tiempo de trabajo es cada vez menos nítida.

31. En este sentido se pronuncia, entre otros, Cedrola Spremolla, G.: “El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales”, ob. cit., p. 115.

32. Sirva de ejemplo, el último informe elaborado por Randsatd sobre la desconexión del trabajo en vacaciones, disponible en <https://www-randstad-es.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2019/08/NdP-Desconectar-en-vacaciones-2019.pdf>.

33. En este sentido, Moreira, T. C.: “El impacto de las nuevas tecnologías sobre la conciliación entre vida personal y trabajo”, ob. cit., p. 2.

De hecho, el 41% de trabajadores declara no estar satisfecho con el equilibrio entre su vida laboral y familiar. Además, la imposibilidad de conciliar con el horario laboral real lleva a que, al menos, la mitad dedique tiempo personal a resolver cuestiones del trabajo.

En este sentido, en materia de flexibilidad en el tiempo de trabajo, las nuevas tecnologías desvirtúan las fronteras entre la vida personal y a vida profesional.

El potencial que ofrecen las nuevas tecnologías es enorme, pero los riesgos también lo son. La posibilidad que ofrecen los avances tecnológicos de trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar no puede dar lugar a la demanda de mano de obra en los mismos términos.

B. Un pequeño avance de regulación en la hasta ahora deficiente normativa laboral

La regulación de la flexibilidad en nuestro país se ha venido definiendo tradicionalmente por una doble vía. Mientras que prácticamente la totalidad de las reformas legislativas llevadas a cabo han tendido a facilitar los ajustes propios de la flexibilidad externa –focalizada en la contratación y el despido–, el marco normativo destinado a la otra pata de la flexibilidad, que es la que aquí nos interesa –la interna, o lo que es lo mismo, a las modificaciones relativas a las condiciones de trabajo y a la organización del trabajo en sí– se había desviado hacia el ámbito de la negociación colectiva. Algunas de las manifestaciones de flexibilidad interna han venido ocupando tradicionalmente la atención de los sucesivos legisladores. Este es el caso, por ejemplo, de la movilidad funcional, la movilidad geográfica y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo que desde la primera versión del ET (1980) se ubican en los artículos 39, 40 y 41 respectivamente.

Sin minusvalorar que el carácter tuitivo de nuestra legislación laboral permite que en nuestro país la persona trabajadora conozca exactamente cuál es su jornada de trabajo, su horario y el tiempo a disposición de la empresa, además de su descanso diario, semanal o mensual, debemos ser conscientes de que ese matiz tuitivo no es unívoco en nuestro sistema. En nuestra legislación laboral los intereses de la persona trabajadora son siempre contemplados con un respeto paralelo a los condicionantes necesarios para un efectivo funcionamiento del sistema capitalista de producción³⁴.

Desde esa óptica debe analizarse la forma en la que el mercado globalizado fuerza a la empresa a ser capaz de ofrecer una reacción rápida para mantener sus niveles de productividad. Rapidez que es trasladada a su vez a los trabajadores a través de una oferta laboral caracterizada por una gran autonomía y una enorme flexibilidad horaria. Por lo que si la innovación tecnológica actual demanda esta flexibilidad –entendida como capacidad de adaptación a situaciones nuevas y fluctuantes–, la misma condición debía exigirse respecto a la regulación.

34. Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 63.

La doctrina ya venía poniendo de manifiesto la imposible coexistencia de un trabajo del futuro con una regulación laboral del pasado, ni con un funcionamiento de las relaciones laborales que no se adaptase a las singularidades de los tiempos³⁵. Desde este punto de vista, el convenio colectivo se presenta como el instrumento idóneo para adaptar las normas sociales y laborales a las nuevas condiciones del mundo laboral digital, ya que permite hacerlo, además, a través del diálogo social entre todas las partes involucradas³⁶. Esta fue precisamente la vía adoptada en la reforma laboral llevada a cabo en Francia en 2016 y en la que se contempló la aprobación de una serie de medidas tendentes a garantizar –vía negociación colectiva– que en las empresas de más de 50 empleados se respetase el pleno ejercicio del derecho a la desconexión, a la regulación del uso de las herramientas digitales en los entornos laborales, y, sobre todo, el respeto a los momentos de descanso de las personas trabajadoras³⁷.

En nuestro país, sin embargo, la insuficiencia de la regulación existente contenida en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)³⁸ ha venido haciendo patente el distanciamiento entre la norma y la realidad al que hacía referencia. Distanciamiento que se hizo aún más evidente por el auge abrupto que experimentó el teletrabajo con ocasión de la situación generada por la pandemia de Covid-19. Y es que, a pesar de haberse instaurado como una medida más que conveniente para hacer frente a las consecuencias socioeconómicas y laborales previstas, adolecía por entonces de un marco legal suficiente que permitiese establecer las garantías necesarias para no desequilibrar la balanza a favor o en contra de alguna de las partes de la relación laboral.

Con el fin de llenar ese vacío normativo, el 22 de septiembre se aprobaba el Real Decreto-ley 28/2020, por el que se regula el trabajo a distancia³⁹, con el objetivo de proporcionar una regulación suficiente y transversal que diera respuestas a las diversas necesidades que plantea esta modalidad de trabajo. Esta norma desarrolla como ejes de la misma tres aspectos esenciales. En primer lugar, contempla una serie de definiciones que superan a la contenida en el artículo 13 ET y facilita los elementos necesarios para su identificación; huyendo con ello de cualquier concepción rígida, pero proporcionando, al mismo tiempo, los cauces para garantizar la necesaria segu-

35. Cedrola Spremolla, G.: “El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales”, *ob. cit.*, p. 121.

36. Tal y como se pone de manifiesto en Dictamen del CESE sobre los efectos de la digitalización, *cit.*, Conclusiones 5.6 y 5.7.

37. La reforma laboral introducida por la Loi 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, entre otras numerosas novedades, introdujo con efectos desde el 1 de enero de 2017, un nuevo apartado 7 en el artículo L. 2242-8 del Código de Trabajo francés, que recoge la necesidad de que en la negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo –obligatorio en Francia para las empresas que cuenten con representación sindical (artículo L.2242-1 del Code du Travail)- se incluyan las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familiar; previendo que, a falta de acuerdo, el empleador, previa audiencia del comité de empresa o, en su defecto, de los delegados de personal, elaborará una política de actuación al respecto.

38. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

39. BOE núm. 253, de 23 de septiembre de 2020.

ridad jurídica. En segundo lugar, establece de manera expresa el carácter voluntario de esta modalidad de trabajo tanto para la persona trabajadora como para la empresa. Algo que parecía inferirse ya de la redacción del apartado segundo del artículo 13 ET al establecer la necesidad de que el “acuerdo” por el que se establezca el trabajo a distancia debe recogerse por escrito. Con ello parece que el legislador ha querido aclarar que esta forma de organizar y prestar la actividad laboral no nace de los poderes de dirección y organización empresariales, ni de la figura de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, sino que supone una opción voluntaria para ambas partes de la relación laboral, al margen de ciertas limitaciones contempladas para supuestos concretos, como es el caso de los menores de edad y de los contratos formativos. En tercer lugar, en el ámbito de las condiciones de trabajo, la norma garantiza la igualdad de trato y la no discriminación de las personas que desarrollan trabajo a distancia. No obstante, teniendo en cuenta las peculiaridades de esta modalidad de trabajo, el Real Decreto-ley recoge otros aspectos complementarios, que resultan igualmente necesarios para garantizar que se mantenga el mismo nivel de protección previsto para las personas que trabajen en el local de la empresa. Así, se enumera una serie de condiciones que se consideran esenciales y que necesariamente deben recogerse de manera expresa en el acuerdo de trabajo a distancia, sin perjuicio de su posible modulación legal o convencional. En este sentido se identifican como condiciones laborales esenciales: la entrega e instalación de equipos y medios necesarios para el desarrollo del trabajo a distancia, la cuantificación y la compensación de los costes asociados a su uso y mantenimiento, el ejercicio de acciones formativas adecuadas y específicas, la identidad en el acceso, trato y conocimiento puntual de las oportunidades de promoción profesional, la instalación de medios de control y vigilancia, la correcta aplicación de las medidas de seguridad y salud, las limitaciones al acceso del lugar de trabajo cuando éste coincide con el domicilio de la persona trabajadora, la organización del tiempo de trabajo (incluidas la flexibilidad, los periodos de disponibilidad y su registro), o la vinculación necesaria a un centro de trabajo. En este apartado ocupan un lugar destacado el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos y el derecho a la desconexión digital, que deberán ser garantizados en los términos previstos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁴⁰ y en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos⁴¹.

Resulta igualmente necesaria la mención a la función que esta norma otorga a la negociación colectiva en el ámbito del trabajo a distancia, a través de llamadas expresas en la definición de las tareas y actividades susceptibles de trabajo a distancia, los criterios de preferencia en el acceso a esta modalidad, el ejercicio de la reversibilidad, los distintos derechos de contenido económico asociados a esta forma de prestación

40. BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

41. DOUE núm. 119, de 4 de mayo de 2016.

y organización, el contenido del acuerdo e incluso los porcentajes de trabajo a distancia a los efectos de definir, en sectores profesionales específicos, lo que se considera trabajo a distancia regular. Con ello se evidencia una vez más que el papel de la negociación colectiva va más allá de un mero mecanismo de mejora de las condiciones mínimas establecidas por el sistema legal, configurándose como instrumento útil para modernizar la organización del trabajo en la empresa para adaptarla a la realidad⁴².

C. El convenio colectivo como instrumento de gestión de la flexibilidad. El plan de trabajo flexible de Orange. Un acuerdo colectivo pionero

Inicialmente concebido como mecanismo destinado exclusivamente al reconocimiento de nuevos derechos y garantías, el convenio colectivo se posiciona hoy como el instrumento óptimo para facilitar la adecuación de la mano de obra a las necesidades cambiantes del mercado global; o lo que es mismo, como instrumento fundamental de gestión de la flexibilidad en la empresa.

La evolución de roles que experimenta este instrumento normativo trae causa en las reformas laborales llevadas a cabo en la mayoría de los países europeos como consecuencia de la configuración del mercado globalizado en el que ha de participar la empresa, así como de la irrupción y el avance explosivo de las nuevas tecnologías. De manera que, sin ser su destinatario principal, el convenio colectivo ha ido acaparando protagonismo en este proceso reformista en el que se han visto inmersos los sistemas laborales europeos caracterizados por un fuerte intervencionismo; hasta tal punto, que las funciones tradicionales de este instrumento normativo han experimentado una importante diversificación. Desde esta óptica, el convenio colectivo ya no puede considerarse garante de la irreversibilidad de las condiciones alcanzadas en un determinado momento, sino que debe ser entendido como mecanismo de adaptación que permite tanto el aumento como la disminución de esas condiciones en función de las expectativas económicas de las empresas en particular y del mercado en general⁴³.

Precisamente esa aceptación de un posible empeoramiento de condiciones laborales como consecuencia de una situación económica adversa obliga al convenio colectivo a asumir una segunda función nada fácil, cual es la de repartir esos costes coyunturales entre los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación⁴⁴.

Pero es que, además, el CESE adiciona otra misión a las anteriores al fomentar la negociación colectiva como medida para contrarrestar las desigualdades de renta ocasionadas en parte por la digitalización⁴⁵.

42. En este sentido, Moreno Vida, M. N.: "Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador", *Temas Laborales*, núm. 150, 2019, pp. 161-185.

43. Cruz Villalón, J.: "Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo", *Revista de Economía Laboral*, vol. 13 (2), 2016, pp. 16-23.

44. *Ibidem*, pp. 19-21

45. Dictamen del CESE sobre los efectos de la digitalización, cit., conclusión 1.5.4

No obstante, sin intención de menoscabar las funcionalidades apuntadas, debemos señalar que la labor que ha sido reclamada de forma insistente tanto por los interlocutores sociales como por el propio legislador es la de gestión de la flexibilidad en la empresa.

En ese sentido se ha postulado la práctica totalidad de los Acuerdos Interprofesionales sobre la negociación colectiva suscritos desde principios de la década pasada. Y así se recogió de manera expresa el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2016, 2017 y 2018⁴⁶ al identificar al convenio colectivo como una herramienta que permite simultanear la adaptación competitiva de las empresas con la estabilidad y la calidad del empleo y que, en consecuencia, propicia un adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores⁴⁷. Resulta curioso, sin embargo, como, a pesar del consenso social y político en torno a su fortalecimiento, la flexibilidad interna forma parte del elenco de nociones sobre cuya concreta finalidad y contenido los interlocutores sociales mantienen importantes discrepancias. Así, mientras que para los empresarios la flexibilidad interna es un instrumento al servicio preferente de los poderes discrecionales de la dirección y organización empresariales, las organizaciones sindicales entienden que las medidas agrupadas bajo este concepto están destinadas prioritariamente a frenar la destrucción de empleo, en un marco de salvaguardia de los derechos de los trabajadores⁴⁸.

La diversificación de roles que ha experimentado el convenio colectivo no implica necesariamente que la función clásica de la legislación laboral haya quedado anulada. Al contrario. Si la digitalización es capaz de generar nuevas formas de trabajar y nuevos modelos de negocio, cabe plantearse si también es capaz de extender la protección tradicional que garantiza el Derecho del Trabajo a aquellas nuevas realidades en las que, si bien no puede verificarse con claridad los elementos distintivos de una relación de dependencia, resulta indiscutible que la persona realiza la tarea en términos similares a los de una persona trabajadora cualquiera. En este planteamiento se basan las posturas que apuestan por una evolución hacia el “derecho del empleo”, como concepción que refleja mejor la progresiva expansión de la legislación laboral⁴⁹.

En materia de relaciones laborales el establecimiento de reglas comunes y de aplicación universal a toda la población asalariada entraña una norme dificultad, por no decir que resulta prácticamente imposible. En este sentido, la intervención del convenio colectivo en materia de regulación permite introducir las especialidades que la diversidad de la actividad económica demanda hoy. En otras palabras, el convenio colectivo no sólo no anula la función clásica de la legislación laboral, sino que se configura como el

46. Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 (BOE núm. 147, de 20 de junio de 2015).

47. III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, cit., capítulo V.

48. Tal y como se pone de manifiesto en el Informe de la CCNCC, “Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva”, Colección Informes y Estudios del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Serie Relaciones Laborales, núm. 101, Madrid, pp. 28 y 191.

49. En este sentido, Cedrola Spremolla, G.: “El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales”, ob. cit., p. 119.

instrumento idóneo para adaptar su contenido a las nuevas situaciones propiciadas por los avances tecnológicos.

Orange España fue una de las primeras compañías en implantar en nuestro país formas más flexibles de organización del trabajo a través de este mecanismo. Ya en abril de 2016 la compañía recogía un Plan de Trabajo Flexible, que conllevaba, en esencia, la incorporación a gran escala del teletrabajo en el conjunto de la plantilla, así como una mayor flexibilidad horaria, lo que vino a plasmar el cumplimiento del compromiso adquirido por la empresa y la representación de los trabajadores en el anterior convenio colectivo de establecer un marco de acuerdo para la realización de esta forma de prestación del trabajo, que, además de permitir la adaptación al cambio tecnológico, ayudase a conciliar la vida profesional con la personal y familiar⁵⁰.

Con ese objetivo, el plan posibilitó un cambio sustancial en la forma de trabajar para más de 3.000 empleados de la operadora móvil (entre los que no se incluía el personal de tiendas ni de *call center* -por la propia naturaleza de su actividad-, ni el que ocupaba puestos basados en sistemas no accesibles desde fuera del centro o que implicase el uso de datos sensibles).

Para su diseño se contó además con la participación de los propios trabajadores de Orange a través de las propuestas y sugerencias trasladadas a los grupos creados al efecto por la compañía (los denominados “líderes del cambio”).

Entre las condiciones generales ofertadas se incluían dos modalidades, para cuya realización, la propia empresa facilitaba a la persona trabajadora los medios técnicos necesarios: el teletrabajo planificado, con vocación de permanencia en el tiempo, y el ocasional, para solicitudes de flexibilidad puntuales. La modalidad planificada incluía el establecimiento de una bolsa de, al menos, ocho horas y media semanales por empleado para poder teletrabajar, que se reduciría a siete horas semanales en los meses de verano -época en la que quedaba fijada la jornada intensiva-, así como una adaptación para el personal con jornada reducida⁵¹; previéndose su posible ampliación a medida que se fuera consolidando el proceso de adaptación a esta nueva forma de trabajo. De esta forma, se posibilitaba que los empleados teletrabajasen un día entero de la semana durante varias mañanas o tardes -siempre que el bloque mínimo de tiempo de trabajo fuera de dos horas continuadas por cada día que se teletrabajara- sin perder por ello beneficios sociales como los cheques de comida. El único requisito que se fijaba para poder acceder a esta modalidad de teletrabajo fue que se contase con una antigüedad mínima en la empresa de 12 meses.

Como ya sabemos, para llevar a cabo un proceso de flexibilización en la empresa no basta con implantar nuevas tecnologías, ni con introducir modificaciones en la forma de desarrollar el trabajo. Es necesaria la participación de los equipos de recursos humanos en la gestión del cambio para que el proceso se realice de una manera

50. Véase, capítulo XI del Convenio colectivo de la empresa Orange Espagne, S.A.U. (código de convenio n.º 90016692012008), disponible en http://www2.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/15705/doc208782_III_Convenio_Collectivo_de_Orange_Espagne.pdf. Actualmente, se encuentra vigente un nuevo convenio (Código de convenio: 90016692012008), suscrito el 24 de julio de 2019 (BOE núm. 251, de 18 de octubre de 2019).

51. Para el que se establecía igualmente una bolsa de seis horas y 55 minutos.

ordenada y se asegure el correcto funcionamiento de la compañía. Esta implicación quedaba patente aquí desde el momento en el que el acuerdo recogía una franja horaria de disponibilidad obligada, entre las 10 de la mañana y las 14 de la tarde -coincidente con el horario de las oficinas-, y establecía una recomendación para que no más del 50% del personal de cada departamento se encontrase teletrabajando de forma simultánea.

Pero estas no son las únicas medidas que Orange implantó para permitir nuevas formas de trabajo acordes a la transformación digital actual. Para los trabajadores que debían o deseaban realizar su trabajo en el establecimiento físico de la empresa, la operadora naranja, en consonancia con su filosofía de compañía abierta, digital y flexible, materializó además el concepto de "oficina flexible" mediante el diseño de espacios de trabajo abiertos y versátiles, en los que se fomentaba la movilidad y se favorecía la interacción y el intercambio de experiencias entre distintos perfiles laborales⁵², interiorizando con ello una nueva filosofía empresarial, según la cual una persona trabajadora contento asegura la máxima productividad.

Esta clara apuesta por una flexibilidad que permitía conciliar la vida personal, familiar y laboral evidenció ya entonces el importantísimo protagonismo que el convenio colectivo desarrolla como mecanismo de adecuación de la empresa al nuevo entorno laboral configurado tras la fuerte irrupción de las nuevas tecnologías digitales.

IV. CONCLUSIONES

La digitalización constituye una oportunidad clave para la mejora de la competitividad de las empresas en un mercado cada vez más global. Esto hace que, en definitiva, las mismas estén abocadas a esa transformación digital si quieren seguir participando en dicho mercado. La rapidez en su capacidad de adaptación a las continuas variaciones que tienen lugar en el mercado actual exige que las empresas cuenten con una organización capaz de responder eficazmente y en los mismos términos de celeridad.

Con esa finalidad las empresas están cambiando no sólo sus sistemas de organización para poder afrontar las nuevas necesidades del mercado global, sino su propia cultura corporativa.

Esa transformación tiene como principal consecuencia la generación de un nuevo modelo empresarial en el que la innovación es colaborativa, los medios productivos están conectados y son completamente flexibles, las cadenas de suministro están integradas y la atención al cliente es prioritaria.

Por otra parte, la configuración clásica de la manera en la que las tareas son llevadas a cabo por parte de la persona trabajadora ha dado paso a un desarrollo de actividad que, en esencia, no precisa de una ubicación específica, comporta un elevado nivel de autonomía y su control viene referido al resultado de la actividad y no al desarrollo de la misma.

52. Las sedes de Pozuelo de Alarcón (Madrid) y Sevilla fueron las primeras en implantar este nuevo diseño.

Desde este punto de vista, el concepto clásico de jornada laboral quiebra. La flexibilidad en el tiempo de trabajo pasa a ser el rasgo esencial en la actualidad. Lo relevante ya no es que la persona trabajadora lleve a cabo su labor en una ubicación específica dentro de un horario determinado, sino que el fruto de su actividad aporte valor productivo a la empresa

El potencial que ofrecen las nuevas tecnologías es enorme, pero los riesgos también lo son. La posibilidad de trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar no puede dar lugar a la demanda de mano de obra en los mismos términos.

El que la persona trabajadora pueda gestionar su tiempo de trabajo puede dar lugar paradójicamente a una intensificación de este, lo que inevitablemente llegará a repercutir en su esfera privada. En otras palabras, en materia de flexibilidad en el tiempo de trabajo, las nuevas tecnologías desvirtúan las fronteras entre la vida personal y a vida profesional.

En la misma medida que la innovación tecnológica demanda flexibilidad –entendida como capacidad de adaptación a situaciones nuevas y fluctuantes–, debe exigirse la misma característica respecto de la regulación.

Desde este punto de vista, el convenio colectivo se posiciona hoy como el instrumento óptimo para facilitar la adecuación de la mano de obra a las necesidades cambiantes del mercado global; o lo que es mismo, como instrumento fundamental de gestión de la flexibilidad en la empresa.

En definitiva, asistimos a una revolución que entraña cambios profundos tanto en la manera de vivir como en la de trabajar. Un proceso imparable que se extiende a una velocidad vertiginosa y que tiene una importante repercusión en el ámbito laboral; y si se pretende mantener la cohesión social será necesaria una regulación clara que no refleje únicamente las condiciones de un mundo laboral digital, sino posibilite además que las nuevas formas de trabajo que están apareciendo tengan cabida en él.

Bibliografía

- Autor, D. H.: "Why Are There Still So Many Jobs? The History and Future of Workplace Automation", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 29, num. 3, September, 2015.
- Carinci, F.: "Rivoluzione tecnologica e Diritto del Lavoro: il rapporto individuale", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 25, 1985.
- Cedrola Spremolla, G.: "El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, núm. 31, 2017.
- Cruz Villalón, J.: "Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo", *Revista de Economía Laboral*, vol. 13 (2), 2016.
- Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2017.
- Frey C. B. y Osborne, M.: "The future of employment: how susceptible are jobs to computerization?", *Oxford University*, September, 2013.
- McKee, A.: "Being Happy at Work Matters", *Harvard Business Review*, 2014.
- Mokyr, J.; Vickers, C. y Ziebarth, N. L.: "The History of Technological Anxiety and the Future of Economic Growth: Is This Time Different?", *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 29, núm. 3, 2015.

- Moreira, T.C.: "El impacto de las nuevas tecnologías sobre la conciliación entre vida personal y trabajo", *Labour & Law Issues*, vol. 3, núm. 1, 2017.
- Moreno Vida, M. N.: "Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador". *Temas Laborales*, núm. 150, 2019.
- Porter, M. E.: "The Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance", *New York: Free Press*, 1985.
- Purcalla Bonilla, M. Á.: "Globalización económica, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y retos sindicales: notas para el debate", *Aranzadi Social*, vol. V, 2002.
- Rodríguez, J. M.: "Transformaciones tecnológicas, su impacto en el mercado de trabajo y retos para las políticas del mercado de trabajo", *CEPAL*, Naciones Unidas, Santiago, 2017.
- Weller, J.: "Las transformaciones tecnológicas y su impacto en los mercados laborales". *CEPAL - Serie Macroeconomía del Desarrollo*, núm. 190, Naciones Unidas, Santiago, 2017.



Configuración del daño al proyecto de vida en el Derecho del Trabajo: aportes desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina y jurisprudencia peruana

CONFIGURATION OF THE DAMAGE TO THE LIFE PROJECT IN LABOR LAW: CONTRIBUTIONS FROM THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND PERUVIAN DOCTRINE AND JURISPRUDENCE

Luis Alberto Quintana García

Abogado

Candidato a Magister con mención en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

luisalberto.quintana@unmsm.edu.pe  0000-0002-2808-6892

Recibido: 17.03.2021 | Aceptado: 21.04.2021

RESUMEN

En el presente artículo se establecen los elementos para configurar el daño al proyecto de vida en el Derecho del Trabajo, para lo cual, partimos de revisar críticamente los aportes desarrollados tanto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por la doctrina, sistemática y concepción establecida por el profesor Carlos Fernández Sessarego relativa al daño al proyecto de vida. Con dichos elementos, bajo un análisis crítico y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú, desarrollamos una propuesta sobre la configuración del daño al proyecto laboral considerando: 1) Concepto, criterios de reconocimiento, evaluación del monto y las medidas de reparación, y 2) Aplicación en el ámbito de la responsabilidad patronal como categoría de resarcimiento, estableciendo su concepto, forma de sistematización y su ubicación dentro de la sistemática de los daños.

ABSTRACT

This article establishes the elements to configure the damage to the life project in Labor Law, for which, we start by critically reviewing the contributions developed both by the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and by the doctrine, systematic and conception established by professor Carlos Fernández Sessarego regarding damage to the life project. With these elements, under a critical analysis and taking into account the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of Peru, we developed a proposal on

PALABRAS CLAVE

Daño al proyecto de vida
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Proyecto laboral
Responsabilidad patronal
Derecho del Trabajo

KEYWORDS

Damage to the life project
Inter-American Court of Human Rights
Labor Project
Employer responsibility
Labor law

the configuration of the damage to the labor project considering: 1) Concept, recognition criteria, evaluation of the amount and the measures of reparation, and 2) Application in the field of employer responsibility as a category of compensation, establishing its concept, form of systematization and its location within the system of damages.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH
 - A. Concepto
 - B. Características
 - C. Alcances
 - D. Medidas de reparación
- III. TEORÍA DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA DESDE LA DOCTRINA PERUANA
 - A. Definición
 - B. Diferencia con otros daños
 - C. Consecuencias
 - D. Sistematización del daño al proyecto de vida en el Código Civil peruano
- IV. CONFIGURACIÓN DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA EN EL DERECHO DEL TRABAJO
 - A. Aspectos fundamentales del daño al proyecto laboral
 - 1. Forma de comprender el proyecto de vida en el derecho del trabajo
 - 2. Criterios para reconocer el daño al proyecto laboral
 - 3. Criterios para evaluar el monto del daño al proyecto laboral
 - 4. Medidas de reparación del daño al proyecto laboral
 - B. El daño al proyecto laboral y la responsabilidad patronal
 - 1. Responsabilidad contractual laboral
 - a) Comprensión laboral
 - b) concepto
 - c) forma de sistematización
 - d) Ubicación del daño al proyecto laboral
 - 2. Responsabilidad relacional laboral
 - a) Planteamiento de su existencia
 - b) Comprensión laboral
 - c) Concepto
 - d) Forma de sistematización
 - e) Ubicación del daño al proyecto laboral
- V. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

En noviembre de 1998, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció sobre el daño al proyecto de vida, por primera vez, en el Caso Loayza Tamayo vs Perú, donde María Elena Loayza Tamayo fue arrestada arbitraria e injustamente por más de 4 años, imputándole traición a la patria y terrorismo. Al momento de su detención tenía 36 años de edad, era profesora universitaria, licenciada en

educación y trabajo social y estudiante de derecho. Durante su encarcelamiento sufrió tratos crueles, inhumanos y degradantes, provocándoles graves daños a su salud física y psíquica de carácter irreversible, además de los graves trastornos de salud psíquica de sus hijos y sus familiares.

En esta sentencia, el daño al proyecto de vida aparece como pérdida y grave menoscabo al desarrollo personal de María Elena Loayza Tamayo por acción del Estado, al ser encarcelada arbitrariamente por más de cuatro años y haber sufrido tratos crueles, inhumanos y degradantes con consecuencias graves a su salud física y psíquica de carácter irreversible; con dicho planteamiento, la Corte IDH estableció como obligación, para el Estado, realizar todas las gestiones necesarias, dentro del ámbito de su competencia, para reincorporar a la víctima a las actividades que como docente desarrollaba en la institución pública, disponiendo la movilización del aparato estatal para generarle las condiciones adecuadas que puedan hacer recuperar, a través del desarrollo de su actividad productiva concreta, su proyecto de vida.

A partir de dicho caso y en otras sentencias [v.g. Caso Cantoral Benavidez vs Perú, Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala y otros], la Corte IDH no se limitó a reconocer la existencia del daño al proyecto de vida sino que la cuantificó y consideró como categoría autónoma y diferenciada del daño emergente, lucro cesante y daño moral; ello señaló, primero, que se adopten medidas de reparación para garantizar la reincorporación de la expectativa profesional frustrada, y segundo, que el daño al proyecto de vida no se manifiesta en la afectación patrimonial derivada inmediata (daño emergente) y directamente de los hechos ni mucho menos con la pérdida de ingresos económicos futuros (lucro cesante) sino con la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

Además de ello, la Corte IDH evaluó el daño al proyecto de vida como parte de las categorías de responsabilidad extrapatrimonial y señala la política social que debe implementar un Estado para su real consecución (v.g. programas de reinserción laboral), permitiendo así, una protección integral a la víctima a fin de garantizar su reincorporación laboral conforme a su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, dejando de lado la mera esfera economicista del resarcimiento y orientado la discusión sobre otras formas de reparación (v.g. medidas de rehabilitación, satisfacción o garantías de no repetición).

Si bien es cierto, los planteamientos de la Corte IDH están orientados a estructurar la configuración del daño al proyecto de vida a fin de evaluar su definición, características, formas de reparación y otros, sin embargo, no se concretizan en aspectos específicos vinculados a establecer el daño al proyecto laboral en el Derecho del Trabajo ni especifican lo concreto de cómo se configura el proyecto de vida en el ámbito laboral, esto resulta fundamental, toda vez que el daño al proyecto laboral se expresa, para nosotros, como una afectación a la realización integral de las vocaciones, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones que un trabajador desarrolla como consecuencia del despliegue de su actividad laboral concreta y que las medidas

de reparación deberán, principalmente, orientarse a la reinserción laboral productiva del trabajador afectado.

En el Perú, los fundamentos teóricos del daño proyecto de vida han sido desarrollados por el profesor sanmarquino Carlos Fernández Sessarego, quien en su vasta obra ha planteado el desarrollo doctrinario de esta categoría, por lo que es, en dicho autor, en quien encontraremos el punto de partida, aunque, limitada al campo del Derecho Civil. Su planteamiento central permite ahondar en la existencia de un ámbito relativamente novedoso de la vida de la persona humana: El proyecto de vida, el cual requiere ser introducido en el sistema de responsabilidad extrapatrimonial, reconocerle protección autónoma e independiente de otros daños (v.g. lucro cesante, daño emergente y daño moral). Aunque su planteamiento se nos presenta como lineamientos generales de la explicación del daño al proyecto de vida, sin embargo, dichos planteamientos no desarrollan los aspectos específicos laborales de dicho daño, lo que deja un problema latente al momento de abordar dicha problemática en el Derecho del Trabajo.

Asimismo, en la práctica jurisdiccional de nuestro país, el daño al proyecto de vida, también ha sido materia de debate, la cual tuvo su expresión en la Sentencia del Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (Casación núm. 4664-2010-Puno), de fecha 18 de marzo de 2011, donde, habiéndose planteado la existencia del daño al proyecto de vida, se desistió, en su fundamentos 70, de fijar los criterios para cuantificarlo. Esto determinó aún más la incertidumbre sobre la utilización del daño al proyecto de vida como categoría resarcible, pues, no se le otorgó contenido y se desaprovechó un momento crucial que pudo definir su configuración. Asimismo, debemos advertir que, el desenvolvimiento de la problematización del daño al proyecto de vida se trazó, en este Pleno, sólo para la vía civil, dejando de lado la vía laboral, lo que supone que, aun si hubieran definido su configuración en dicho Pleno, muy poco habría permitido esclarecer la configuración del daño al proyecto de vida en el ámbito laboral, la cual se rige bajo sus propias instituciones, principios, criterios, entre otros aspectos fundamentales.

Y un caso más específicamente laboral lo tenemos en la Casación n° 7095-2014 (Caso Eryka San Miguel Wong), del 17 de junio del 2015, donde la trabajadora Eryka San Miguel Wong, aceptó la propuesta de trabajo de la empresa de la competencia (empresa Deportes Aventura S.A.C.), quien le ofreció mejores condiciones laborales siempre y cuando renunciara a su trabajo actual (Empresa Tienda Ripley), sin embargo, una vez en su nuevo trabajo, fue despedida dentro del periodo de prueba (3 meses) por no haber cumplido, supuestamente, los requisitos de un trabajador de confianza pese a contar con el nivel profesional y la experiencia laboral. Lo que se destaca de esta sentencia es la utilización de la categoría proyecto laboral vinculado a la buena fe en la contratación conforme al artículo 1362 del Código Civil peruano, el cual señala que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”, asimismo, se observa que, al constatarse el daño originado a la trabajadora, se la indemniza económicamente.

En este caso, el daño al proyecto de vida en el ámbito laboral se advierte como la frustración a la expectativa laboral de la trabajadora a una mejor retribución económica

y estatus laboral, ya que, la renuncia que ella realizara ante su empleadora primigenia era motivada por la mejor propuesta de la nueva empleadora, la cual no actuó de buena fe al rescindir su contrato de forma unilateral.

Este caso representa una aproximación en la cuantificación del daño al proyecto de vida destacable desde el ámbito nacional laboral, sin embargo, no se desarrollan conceptos específicos ni se plantean formas de caracterizar el daño al proyecto de vida a fin de reconocerlo como tal, ni mucho menos, se establecen los mecanismos de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, conforme a lo explicitado en los pronunciamientos de la Corte IDH, a fin de reparar la afectación, lo que se ha visto más limitado cuando se ha remitido la categoría del daño al proyecto de vida a las instituciones de responsabilidad del Derecho Civil y, en consecuencia, se deja de lado la esfera protectora y explicativa de las relaciones laborales del Derecho del Trabajo. El daño al proyecto laboral, al recoger las aspiraciones que representan el desarrollo integral del trabajador que emergen a consecuencia de su actividad laboral, debe ser explicado desde las relaciones laborales que se desenvuelven en el centro de trabajo, y con ello, establecer las medidas de protección adecuadas que nos permitan proteger integralmente al trabajador afectado.

Por todo lo expuesto, el presente artículo buscará establecer una propuesta que responda a los vacíos antes señalados, partiendo, en el capítulo II, de los aportes que hemos hallado en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el daño al proyecto de vida y su configuración, posteriormente, en el capítulo III, realizaremos una revisión crítica del planteamiento del profesor Carlos Fernandez Sessarego, observando su sistematización, configuración e interpretación en la realidad jurídica peruana, posteriormente, en el capítulo IV, se desarrolla nuestra propuesta orientada a dos aspectos: 1) El primero, vinculado a los fundamentos centrales sobre cómo comprender el daño al proyecto de vida en el Derecho del Trabajo, así como, los criterios para reconocerlo, cuantificarlo y repararlo; y 2) El segundo, referido a la forma en cómo aplicar el daño al proyecto laboral en la responsabilidad patronal a través de la responsabilidad contractual y relacional laboral, estableciendo su comprensión laboral, concepto, forma de sistematización y ubicación.

II. EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

A. Concepto

La Corte IDH ha establecido un concepto evolutivo que ha ido sosteniendo a lo largo de los años, en ese sentido, señala que el daño al proyecto de vida se expresa como una afectación a la realización integral de la vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones de una persona determinada, la cual se vincula con aspectos personales, profesionales y familiares. El daño al proyecto de vida concebido así, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal de forma irreparable o muy difícil reparable que afectan la libertad objetiva de la víctima,

lo que puede traer consigo la imposibilidad de desarrollo o privación (por omisión de un deber) del proyecto de vida¹.

Esta definición, si bien es cierta expresa el contenido del daño al proyecto de vida, sin embargo, es general porque no explica la base concreta sobre la cual se erige las proyecciones del desarrollo personal, lo que determinaría el carácter subjetivo e indeterminado de dichas proyecciones.

Esto resulta fundamental para el ámbito laboral, pues, el daño al proyecto de vida requiere ser vinculado con algo concreto, a fin de comprender que las vocaciones, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones se proyectan a partir de una base material concreta: La actividad laboral, son exigibles para un sector específico: Los trabajadores, y están vinculadas a derechos laborales específicos: Libertad y derecho al trabajo.

B. Características

De la concepción del daño al proyecto de vida señalada por la Corte IDH, destacamos las siguientes características:

- Se sustenta en opciones razonables y ejecutables erigidas a través de expectativa futuras que van construyéndose a lo largo del tiempo, de lo simple a lo complejo, conforme a contradicciones subjetivas y objetivas que decantan en actividades concretas de su desarrollo personal.
- Las opciones que se asumen y concretizan son parte integrante de la realización personal, por lo que se genera un vínculo de identidad con ella, de esta forma, se proyecta una valoración sobre dicha opción en la vida misma de la persona, esto permite identificar el proyecto de vida mismo con la vocación y aspiraciones de la persona.
- La libertad, como capacidad de hacer su realización personal, se concretiza en un conjunto de decisiones asumidas y materializadas en acciones, que encarna la actuación propia de la persona, encaminadas hacia la consecución de su proyecto de vida.
- Su daño origina el menoscabo, retardo, frustración o privación de las oportunidades de desarrollo personal de forma irreparable o muy difícilmente reparables.

1. Caso Alvarado Espinoza y otros vs México. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre del 2018. Serie C No. 370. Párr. 314; Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre del 2012. Serie C No. 257. Párr. 363; Caso Furlán y Familiares vs Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto del 2012. Serie C No. 246. Párr. 285; Caso Tibi vs Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 7 de septiembre del 2004. Serie C No. 114. Párr. 245; Caso Gutiérrez Soler vs Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 12 de septiembre del 2005. Serie C No. 132. Párr. 88; Caso Cantoral Benavidez vs Perú. Reparaciones y costas. Sentencia del 3 de diciembre del 2001. Serie C No. 88. Párr. 60; Caso Loayza Tamayo vs Perú. Reparaciones y costas. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42. Párrs. 147, 148 y 150.

En el ámbito laboral, el proyecto de vida se expresa a través de una actividad productiva concreta, la cual, al ser de carácter personal, tiende a identificar al trabajador con su labor, de forma que se genera un vínculo sobre la cual se erigen un conjunto de aspiraciones, vocaciones, etc. razonablemente alcanzables y conseguibles; las cuales, al ser menoscabadas, retardadas, frustradas o privadas generan un daño al trabajador, inmediatamente, a su libertad de trabajo y desarrollo personal, y también, principalmente, a su derecho al trabajo.

C. Alcances

El alcance del daño al proyecto de vida lo podemos dividir en tres aspectos, los cuales interactúan de forma complementaria y se encuentran vinculados no sólo como parte de los daños, propiamente dichos, sino, como parte de las formas de reparación, veamos:

- Alcance laboral: Se origina cuando el daño al proyecto de vida afecta el trabajo, para lo cual, se adoptan medidas para garantizar la reinserción de la víctima en su actividad productiva, a fin de que pueda retomar su proyecto laboral (v.g. Caso Cantoral Benavidez vs Perú).
- Alcance en la familia: Se origina cuando el daño al proyecto de vida no sólo repercute la vida de la persona afectada sino también de su entorno familiar dada la relación social existente entre la familia y la persona dañada, pues, aquella sufre sentimientos de angustia, ansiedad, incertidumbre y frustración [v.g. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs Costa Rica], incluso, el daño al proyecto de vida puede extenderse sobre la propia destrucción o resquebrajamiento de dichas relaciones familiares, con secuelas irreversibles entre la víctima y su familia (v.g. Caso Tibi vs Ecuador y Caso Gutiérrez Soler vs Colombia).
- Carácter colectivo: Se origina con la privación del proyecto de vida que representa la máxima forma de desprotección, vulnerabilidad, indefensión y un alto grado de riesgo al que se exponen a determinados sectores de la población, quienes viven en una sociedad carente de condiciones materiales y subjetivas para desarrollarse integralmente, lo que inevitablemente está ligado a la forma central de producir y reproducir su vida social: El trabajo asalariado [v.g. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala].

Sobre el alcance laboral, debemos destacar que el trabajo resulta ser la base material sobre la que se erige la posibilidad real de la víctima en retomar su proyecto de vida original o de ser imposible, tener las condiciones para orientarse a un proyecto de vida similar al original conforme a su aptitud, vocación, potencialidades y expectativas; para el Derecho del Trabajo resulta importante ello porque se vincula estrictamente con la garantía y protección del derecho al trabajo.

En relación al alcance familiar, Cueva nos señala que los efectos que produce el truncamiento del proyecto de vida (el cual es personal), en algunos casos, se encuentran ligados a los proyectos de su familia o entorno social, ya que existe una relación

entre quien fallece y su familia (v.g. dependencia económica), razón por la cual, con el fallecimiento del dueño del proyecto de vida no cesa la obligación de reparar su proyecto de vida, por lo que los beneficiarios serían sus derechohabientes². Si bien es cierto que el proyecto de vida es imposible de reparársela a la persona fallecida [v.g. caso González y Otras (“Campo Algodonero”) vs. México], sin embargo, el problema de la reparación se orienta a la protección de la familia sobreviviente y busca atender al conjunto de relaciones sociales formadas por el proyecto de vida de la víctima con su familia, por lo que, descubrir dicha dependencia e interrelación nos indicará la forma y modo en que deberá ser reparada, aunque propiamente lo que se repare sea el proyecto de vida de los familiares.

En este panorama, Galdámez nos señala que “en el tratamiento de los familiares como víctima de la violación, la Corte ha mostrado una posición más amplia que la sostenida por el Tribunal Europeo. La Corte Interamericana presume que el daño producido a la víctima de una violación se extiende a su familia (en un sentido amplio) y no exige que ese sufrimiento sea acreditado en el proceso, ya que lo supone”³.

Por último, el alcance colectivo del daño al proyecto de vida recae sobre un conjunto de personas que no han tenido las condiciones materiales de desarrollo, lo que representa un grado de responsabilidad por la falta de políticas sociales que promuevan oportunidades para el acceso al trabajo de forma adecuada y digna.

El alcance laboral y familiar nos indica la extensión personal del daño al proyecto de vida, mientras que el carácter colectivo se expande sobre una comunidad o colectividad más allá de la esfera personal, donde los primeros, se expresan en el menos-cabo, retardo o frustración del proyecto de vida, mientras que el segundo, se expresa en la privación del proyecto de vida a una colectividad determinada.

Por ello, la Corte IDH adopta un concepto de daño amplio y comprehensivo, el cual no sólo se limita al daño físico, material o económico sino con consecuencias morales, psicológicas y emocionales⁴. Para el Derecho del Trabajo, esta concepción amplia es de vital importancia dada la situación social de los trabajadores, quienes no solo pueden encontrarse ante la misma situación de vulnerabilidad, sino que, se erige como necesidad, la implementación de medidas de política socio-laboral para contrarrestar los factores condicionantes que priven al trabajador de la generación de un proyecto laboral.

D. Medidas de reparación

Las medidas de reparación del daño al proyecto de vida no se limitan a compensaciones económicas (v.g. Caso Furlán y Familiares vs Argentina) sino que, adoptan otras formas, veamos cuales son:

2. Cueva Carrión, L.: *Reparación integral y daño al proyecto de vida*, Cueva Carrión Editorial, Ecuador, 2015, pp. 168- 170.
3. Galdámez Zelada, L.: “Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Interpretación Evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, núm. 3, 2007, p. 454.
4. Sánchez-Cascado, P.: “El daño al proyecto de vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del pensamiento político de J. Shklar”, *Andamios*, vol. 17, núm. 42, 2020, pp. 156-158.

- Medidas de rehabilitación, estas van a determinar que frente al daño al proyecto de vida se ejecuten medidas de protección y asistencia, que evaluando la capacidad de la víctima, permita su inclusión social, educativa, vocacional y laboral; lo que se desarrolla a través de diversos programas sociolaborales, educativos, etc. (v.g. Caso Furlán y Familiares vs Argentina, Caso Cantoral Benavidez vs Perú y Caso Loayza Tamayo vs Perú).
- Medidas de satisfacción, esta surge para atender el bienestar de la persona dañada, para lo cual se establecen tratamientos médicos y psicológicos, la difusión y publicación de la sentencia (medidas simbólicas) u otras similares (v.g. Caso Gutiérrez Soler vs Colombia).
- Garantías de no repetición, cuyo carácter complementario a las medidas anteriores, se expresan en obligaciones de hacer y no hacer, las cuales se vinculan a medidas de investigación de los hechos o no entorpecerlos, programas formativos y de concientización para los implicados, entre otras similares (v.g. Caso Tibi vs Ecuador).

La primera medida atiende directamente a la reparación del daño al proyecto de vida a través de mecanismos de recuperación del proyecto de vida originario o uno similar en las nuevas condiciones sociales en la que la víctima se encuentre, por el otro lado, las otras dos medidas, complementan y permiten generar condiciones para que no vuelvan a repetirse los daños al proyecto de vida y se proteja la dignidad de las víctimas.

Dichas medidas representan, para el daño al proyecto de vida, mecanismos que se complementan a fin de atender a la integralidad de su situación, lo que representa un lineamiento importante que debe ser utilizado en la práctica jurisdiccional, no sólo por su amplitud sino porque el centro del debate no se limita a intercambios económicos sino a medidas colectivas a fin de salvaguardar los intereses de las víctimas.

III. TEORÍA DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA DESDE LA DOCTRINA PERUANA

La revisión crítica de la jurisprudencia internacional nos permite obtener una visión integral del daño al proyecto de vida, sin embargo, para llegar a establecer el daño al proyecto laboral desde la experiencia peruana y hacerla armónica con dichos lineamientos, deberemos transitar, inevitablemente, por el Derecho Civil peruano. Esto se justifica en la medida que, es esta rama la pionera, dentro de nuestra experiencia jurídica, la que ha utilizado dicha categoría; pero además, representa el punto de conexión entre la jurisprudencia internacional y nuestra realidad jurídica doctrinaria y procesal. En ese sentido, debemos partir, como requisito, de la evaluación de una teoría del daño al proyecto de vida que se encuadre en los lineamientos de la jurisprudencia internacional y que pudiera existir en nuestro país.

Por una casualidad histórica y a diferencia de lo que podría ocurrir en otros países latinoamericanos, en el Perú, encontramos que, el daño al proyecto de vida, como categoría de resarcimiento, ha sido fundamentado, defendido y desarrollado por el

profesor Carlos Fernandez Sessarego, cuyo planteamiento se ha venido discutiendo dentro de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, con énfasis en el Derecho Civil. Entonces, su teoría representa el eje central que cumple con nuestro requisito de análisis y es en dicho profesor a quien debemos acudir para fijar nuestra propuesta futura que recoja, además de los aportes de los órganos internacionales, la experiencia de nuestra propia realidad.

Para iniciar el análisis de su teoría, resulta importante describir, previamente, los tres lineamientos generales que trazan toda su vasta obra⁵ y estas son:

- El existencialismo religioso, a partir de la cual extrae la categoría del proyecto de vida, permitiendo establecer su surgimiento en un momento especial (angustia) que se manifiesta en un conjunto de actos desplegados a lo largo de la existencia, que consciente e inconscientemente, se orienta hacia el principal proyecto. La base explicativa se erige a partir de la libertad, y esta se orienta y tiene su fundamentación en Dios.
- El humanismo idealista, esto le ha permitido combatir a la concepción *patrimonialista*, oponiendo su concepción *personalista*, la cual se asienta en poner al hombre como centro de atención, y que para los efectos de los daños, fija como centro de protección a la persona.
- El tridimensionalismo jurídico, cuya Filosofía del Derecho, asentada en configurar el Derecho como norma, valor y conducta humana, le ha orientado en la construcción de su teoría, pues, el derecho como regulador de la conducta humana, y esta como manifestación de la libertad (proyecto de vida) asume una valoración en su consecución compatible con los valores de la sociedad (justicia, solidaridad, etc.), que el Derecho debe proteger.

Establecidas estas precisiones fundamentales, corresponde a continuación explicar en qué consiste su teoría sobre el daño al proyecto de vida.

A. Definición

El profesor Carlos Fernández Sessarego define el daño al proyecto de vida de la siguiente manera: "(...) es un daño radical, de consecuencias incalculables, pues puede llegar a crear en la persona un vacío existencial; es decir, la pérdida del sentido que le había dado a su humano transcurrir. (...). Es un daño que no está dirigido, en última

5. Entre sus diversas obras, debemos destacar: Fernández Sessarego, C.: "El Daño al Proyecto de vida", *Revista Derecho PUC*, núm. 50, 1996, disponible en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF; Fernández Sessarego, C.: "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona", *Cuadernos de Derecho*, núm. 3, 1993, disponible en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_9.PDF; Fernández Sessarego, C.: *Derecho de las Personas, análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*, Instituto Pacífico Editores, Perú, 2016; Fernández Sessarego, C.: "¿Es posible proteger jurídicamente el «proyecto de vida»?", *Revista del Foro*, año MMXVII, números 4 y 5, 2017, pp. 49- 68; y, Fernández Sessarego, C.: *El derecho como libertad, La teoría tridimensional del Derecho*, Editorial Motivensa S.R.L., Perú, 2017.

instancia, a la envoltura psicosomática, sino que lesiona el mismo núcleo existencial de la persona. Ello en cuanto afecta la proyección de su ontológica libertad en la realidad del mundo exterior. Constituye la pérdida, nada menos, que del sentido o razón de ser de la vida de una persona”⁶. La pérdida del sentido de la vida establece en la persona una situación límite que desmoviliza y estanca su conciencia y deja incierta su situación futura, pues, dado que la afectación le deja un vacío, le obliga a vivir en un estado de angustia muy profunda.

B. Diferencia con otros daños

Resulta fundamental realizar una distinción en relación con otros daños, desarrollado por el profesor Carlos Fernandez Sessarego⁷, tal y como consta en el cuadro 1.

Cuadro 1. Otros daños según CFS

Tipo de daño	Descripción
Daños biológicos	Es la lesión en sí misma, en relación a un órgano o función dañada, causándole, heridas, fracturas o lesiones. Representa el daño psicosomático en su vertiente estática. Para su cálculo se puede acudir a baremos o tablas de infortunios.
Daño psíquico	Es el daño que afecta a las diversas funciones del psiquismo, tanto las intelectivas como las emocionales y volitivas, el cual puede expresarse en el daño moral.
Daño moral o a los principios morales	Son daños psicológicos de carácter emocional, generalmente no patológicos, generando un daño psíquico- emocional, que afecta los sentimientos de la persona causándole indignación, ira, sufrimiento emocional o sentimental. Puede tener diverso grado o magnitud pero con el tiempo desaparece o deriva en otros sentimientos.
Daño al bienestar	Es el daño a la salud que repercute en la vida cotidiana de la persona. Pueden ser afectados las múltiples actividades (ordinarias, laborales, recreacionales, sexuales, de relación social, práctica de deportes o hobby, entre otras), costumbres y hábitos. Representa el daño a la vertiente dinámica del daño psicosomático y para evaluar su afectación se recurre al criterio de equidad.

Elaboración propia.

6. Fernández Sessarego, C.: *Derecho y Persona*, Editorial Astrea S.R.L., Buenos Aires, 2015, p. 227.

7. Para la elaboración del cuadro, hemos revisado los siguientes trabajos: Fernández Sessarego, C.: “Los Jueces y la reparación del «daño al Proyecto de vida»”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, vol. 1, núm. 1, 2007, pp. 169-195, disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/68c3e58043eb7b7ba6c9e74684c6236a/9.+Doctrina+Nacional+-+Juristas+-+Carlos+Fern%C3%A1ndez+Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=68c3e58043eb7b7ba6c9e74684c6236a>; Fernández Sessarego, C.: “El Daño a La Libertad Fenoménica o Daño al Proyecto de Vida en el Escenario Jurídico Contemporáneo”, *Revista Persona*, núm. 73, 2008, disponible en <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=48436&print=2>; Fernández Sessarego, C.: “Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral»”, *Foro Jurídico*, Año 1, núm. 2, 2003, disponible en http://dike.pucp.edu.pe/biblioteca/autor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF; y, Fernández Sessarego, C.: “Artículo 1984, Daño moral”, en Soto Coaguila, C. A. (dir.): *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual, comentarios a las normas del código civil*, Instituto Pacífico Editores, Perú, 2015.

Nótese que sólo en nuestro ordenamiento jurídico nacional aparece el *daño moral* y no los otros tipos de daño que en la sistematización y propuesta de Carlos Fernández Sessarego aparece, asimismo, queda delimitada las diferencias con otros tipos de daños que puedan confundirse con el daño al proyecto de vida.

C. Consecuencias

Las consecuencias que acarrea el daño al proyecto de vida se manifiesta a través de tres categorías: Frustración, menoscabo y retardo. Es por ello que, estas categorías representan formas de inejecución total o parcial del proyecto de vida y se definen de la siguiente manera: “La frustración del proyecto de vida impide su total cumplimiento, su extinción. El menoscabo supone que el proyecto ya no se desarrollará a plenitud, sino con ciertas limitaciones, a causa de una lesión infligida al ser humano. El retardo se produce cuando, contra la voluntad de una persona, por razones de carcelería injusta, un secuestro u otro tipo de acciones similares, se dilata la ejecución del “proyecto de vida”. Existen situaciones en las que pueden presentarse, al mismo tiempo, conjuntamente, un menoscabo y un retardo en su cumplimiento”⁸.

La frustración comprende una afectación total del proyecto de vida, en consecuencia, es la forma más agravada de su expresión; el menoscabo se centra principalmente en la afectación en la intensidad con que se desenvuelve el proyecto de vida original; y, finalmente, el retardo centra el problema en relación a la afectación temporal del desarrollo del proyecto de vida.

427

D. Sistematización del daño al proyecto de vida en el Código Civil peruano

Dentro de la justificación, interpretación y análisis del daño al proyecto de vida desde la concepción personalista del profesor Carlos Fernández Sessarego, ahora ubicaremos dicha categoría dentro del Código Civil peruano, véase Cuadro 2.

Dentro de ese planteamiento y bajo la lógica de una interpretación auténtica de la *responsabilidad civil contractual*, que tome como referencia los planteamientos que se dieran en los debates por sus autores en la exposición de motivos y comentarios, Carlos Fernández Sessarego nos señala lo siguiente: “El título IX del libro VI del Código Civil que regula la materia de la inejecución de las obligaciones no contemplaría, aparentemente, la reparación del daño a la persona de carácter no patrimonial derivado de la inejecución de un contrato. Ello podría deducirse de la simple lectura, sin mayor análisis, del artículo 1322⁹ cuando, al prescribir el resarcimiento del daño moral, no menciona explícitamente el daño a la persona de carácter no patrimonial derivado de la inejecución de un contrato. Ello podría deducirse de la simple lectura, sin mayor análisis, del artículo 1322 cuando,

8. Fernández Sessarego, C.: *Derecho y Persona*, ob. cit., p. 230.

9. Este artículo del Código Civil peruano señala: “El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento”.

Cuadro 2. Ubicación del daño al proyecto de vida en el Código Civil peruano

Fuentes / Aspectos	RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL	RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL
Ubicación	LIBRO VI: Las Obligaciones	LIBRO VII: Fuentes De Las Obligaciones
	SECCIÓN SEGUNDA: Efectos patrimoniales	SECCIÓN SEXTA: Responsabilidad extracontractual.
	Título IX: Inejecución de las obligaciones. Capítulo primero: Disposiciones generales.	
Artículo Principal	1322: El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento	1985: La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño
Artículos Vinculados	1317, 1321 y 1331	1984

Fuente: Código Civil peruano. Elaboración propia

al prescribir el resarcimiento del daño moral, no menciona explícitamente el daño a la persona. Sin embargo, según lo expresado por el ponente del Libro de las Obligaciones debe entenderse bajo la expresión “daño moral”, ubicada en dicho numeral, todo daño de índole no patrimonial, por lo que se incluye bajo el término lo que nosotros hemos descrito en el presente trabajo como “daño a la persona”, distinguiéndolo del daño moral en el sentido estricto. En la “Exposición de motivos y Comentarios” del Libro VI del Código Civil, al tratarse del artículo 1322, se deja expresa constancia, de modo inequívoco, que daño moral es “el daño no patrimonial, es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica”. Y añade que, en cuanto a la naturaleza del derecho vulnerado, el daño moral es el que incide sobre bienes inmateriales “como los que lesionan los derechos de la personalidad y también los que recaen sobre bienes inmateriales, pero que independientemente del daño moral, originan, además un daño material”. Es decir que, en concepto del autor, el daño moral- entendido genéricamente como daño no patrimonial- es también susceptible de originar una pérdida pecuniaria a parte de las consecuencias de orden no patrimonial que genera. El autor concluye afirmando que «aunque es poco frecuente encontrar en materia contractual intereses lesionados de carácter exclusivamente moral, ello no es objeción para que no se reparen cuando se demuestre su existencia»¹⁰.

10. Fernández Sessarego, C.: “El daño a la persona en el código civil de 1984”, en Schreiber Pezet, M. A.; Fernández Sessarego, C.; Miró Quesada Cantuarias, F.; Silva Vallejo, J. A. y Vidal Ramírez, F. (eds.): *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Perú, 1985, p. 217.

De esta forma, el profesor Carlos Fernández Sessarego establece que la interpretación del artículo 1322 donde se señala el *daño moral*, se debe equiparar al daño a la persona, con lo cual, se formula expansivamente para comprender todos los daños que puedan concebirse que afecten a la persona, como es el caso, de configurarse, del daño al proyecto de vida.

Por otro lado, en cuanto al tratamiento de la *responsabilidad civil extracontractual*, Carlos Fernández Sessarego ha manifestado lo siguiente: “En la hipótesis del artículo 1984¹¹ se alojaría, a nuestro entender, el concepto tradicional y restringido de “daño moral”, considerando en su acepción de lesión al sentimiento de la persona. Ello se deduciría por cuanto en el artículo 1985¹² se introduce, al lado del daño moral, la noción más amplia de daño a la persona, y por el hecho de haber sido el maestro José León Barandiarán el autor del numeral 1984, cuya posición en torno al daño moral hemos ya glosado [se refiere al daño concebido como un sentimiento, afecto o dolor]”¹³.

De esta forma, conforme lo sostiene el profesor citado, se busca una protección amplia de la persona, y en este articulado referido a la responsabilidad extracontractual, al incorporarse junto al *daño moral*, este daño debe interpretarse en su sentido estricto: Limitativo y tradicional, para que a través del daño a la persona se establezca una cobertura genérica, donde pueda protegerse otras esferas que el desarrollo y avance de los debates en torno al daño a la persona pueda aperturar, como es, en el presente caso, el daño al proyecto de vida.

La dimensión de este planteamiento busca corregir la práctica que pueda dejar de lado la protección o cobertura especial de esferas vulnerables a la persona, asimismo, apunta a expandir la protección genérica de la persona, garantizando su verificación en el proceso concreto y delimitando los alcances del daño a la persona.

IV. CONFIGURACIÓN DEL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Llegado a este apartado, corresponde establecer la forma en que los aportes, tanto de la interpretación de la Corte IDH como de la teoría de Carlos Fernández Sessarego y su aplicación en el Derecho Civil, nos permitirán configurar el daño al proyecto de vida en el Derecho del Trabajo. Para conseguir ello, debemos tener en cuenta la fuerza expansiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el quehacer interpretativo y resolutorio de los conflictos de la justicia laboral nacional, donde los derechos, libertades, principios, instituciones, categorías, entre otros, del Derecho

11. Este artículo del Código Civil peruano señala: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”.

12. Este artículo del Código Civil peruano señala: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

13. Fernández Sessarego, C.: “El daño a la persona en el código civil de 1984”, ob. cit., p. 218.

del Trabajo, se deben interpretar de conformidad con los criterios de la Corte IDH, implicando una interdependencia entre ambas ramas.

Este derrotero resulta válido en tanto que nos lo señala nuestro propio ordenamiento jurídico en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política, el art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y el art. IV del Título Preliminar y en su décima disposición complementaria de la Ley N° 29497 (Nueva Ley Procesal del Trabajo); dispositivos en los que se habilitan la incorporación de los criterios interpretativos adoptados por los órganos internacionales en sede nacional, los cuales, parten de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que han sido ratificados por nuestro país; desde luego, esta obligación resulta aplicable en relación al daño al proyecto de vida. Pero además, el aporte teórico del profesor Carlos Fernández Sessarego complementa y potencia dicho procedimiento en sede nacional desde el ámbito civil. Entonces, el camino se encuentra expedito para especificar e incorporar dichos aportes al ámbito laboral, bajo los principios protectores del Derecho del Trabajo y la propia práctica de los órganos de justicia nacional.

En ese sentido, para establecer la configuración del daño al proyecto de vida en el Derecho del Trabajo deberemos extraer: 1) De la interpretación de la Corte IDH, los *aspectos fundamentales del daño al proyecto laboral*, y 2) de la teoría elaborada por Carlos Fernández Sessarego y su aplicación en el Derecho Civil; *el daño al proyecto laboral y la responsabilidad patronal*. Con dichos elementos, podremos armonizar una propuesta del daño al proyecto laboral con la interpretación de la jurisprudencia internacional, la teoría jurídica nacional y la práctica jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de nuestro país. A continuación, presentamos los principales resultados de este esfuerzo de síntesis y sistematización que representa nuestra propuesta.

A. Aspectos fundamentales del daño al proyecto laboral

1. Forma de comprender el proyecto de vida en el derecho del trabajo

El daño al proyecto laboral se expresa como una afectación a la realización integral de las vocaciones, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones que un trabajador desarrolla como consecuencia del despliegue de su actividad laboral concreta. Ello genera dos ámbitos relevantes del proyecto de vida:

- La identificación entre la actividad laboral y el trabajador, donde el daño puede impedir el perfeccionamiento o valorización concreta de su fuerza de trabajo a través de diversas actividades como capacitaciones, adiestramiento, su experiencia en función del tiempo de trabajo, los instrumentos de trabajo que maneja y otros elementos, tomados en cuenta en función de las particularidades del caso concreto, con ello, el proceso de especialización hace que el trabajador sólo pueda desempeñarse en determinados aspectos del proceso productivo de tal forma que, progresivamente, aumenta el grado de identificación y dependencia con la actividad concreta que se realiza a través del tiempo,

tanto con y en el proceso laboral mismo, como con la creación del producto o de la realización del servicio.

- El conjunto de vocaciones, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones que se proyectan sobre la actividad laboral concreta pueden menoscabarse, retardarse o frustrarse en su realización efectiva, lo que trae como consecuencia, el impedimento de acceder a un mejor estatus profesional y con ello, mejorar sus condiciones económicas de desarrollo, que le permitieran fijarse, razonablemente, determinadas expectativas y acceder a ellas, por ejemplo, la imposibilidad de participar en concursos para ascender a un puesto de trabajo mejor, por no cumplir el requisito de tiempo de servicios a causa de un despido arbitrario, situación que afecta su vocación y aspiración para acceder a un puesto de trabajo mejor conforme a sus potencialidades y aptitudes, afectando también a un conjunto de actividades, fijadas razonablemente, a las que pudo acceder con el nuevo status profesional.

Para el Derecho del Trabajo, la categoría general de proyecto de vida atiende a la calidad de persona humana, y que al ser vinculada con el trabajador, emerge el proyecto laboral, reconociendo la particularidad de su relación dentro del proceso productivo. Así, el proyecto laboral es parte integrante del proyecto de vida, la cual especifica la condición del sujeto que se proyecta en función de la materialidad de su actividad laboral, esto es, es el proyecto de vida que emerge del trabajador como consecuencia de la puesta en movimiento para el empleador de su fuerza de trabajo.

Además de lo expuesto, consideramos que el daño al proyecto laboral se presenta en sus tres formas de la siguiente manera:

1. El menoscabo, origina en el trabajador una situación de vulnerabilidad permanente y prolongada, quien padecerá, sin perder el vínculo laboral, una sistemática agresión que le impide la realización de su actividad en el modo normal promedio y lo sumerge en un ambiente de vulnerabilidad, por ejemplo, cuando el trabajador sufre acoso laboral, es denunciado por calumnia (como represalia por ejercer su derecho a la libertad de expresión sindical) o es sometido a un proceso judicial que le imposibilita obtener el estado de pensionista en el momento oportuno.
2. El retardo, origina en el trabajador una situación de posponer el desarrollo de su proyecto laboral, de forma que, por un plazo determinado se encuentra fuera de dicha actividad, por ejemplo, el trabajador despedido pero con posibilidades objetivas (edad, categoría de trabajo, etc. que expresa la situación general de los trabajadores donde labora) y subjetivas (relaciones subjetivas con su empleador, alto grado de represión sindical, etc. que expresan la falta de una organización sindical que defienda sus intereses) de retornar o cuando sufra algún accidente de trabajo que le origine un grado de invalidez temporal.
3. La frustración, es una interrupción abrupta del proyecto laboral del trabajador, que imposibilita el desarrollo de su actividad definitivamente o al menos en

dicho proyecto primigenio, por ejemplo, el trabajador que sufre un accidente de trabajo o enfermedad profesional que determine un grado de invalidez permanente que lo imposibilite continuar laborando o el despido donde sea imposible reponerlo por las condiciones objetivas y subjetivas imposibles para su retorno, esta imposibilidad también se puede manifestar en el propio desarrollo de una carrera profesional o ascenso que no se accede, por no cumplir con los requisitos exigidos como consecuencia del despido arbitrario.

2. Criterios para reconocer el daño al proyecto laboral

El daño al proyecto laboral adopta características propias, las cuales se deben establecer para efectos de adentrarse a su análisis, en ese sentido, el menoscabo, retardo o frustración al proyecto laboral presenta dos aspectos fundamentales:

- Subjetivo, incide sobre la relación entre el trabajador y su proceso productivo, en esta situación, el daño afecta el grado del desarrollo personal que ejerce su quehacer con él, lo que implica una afectación a dos aspectos: 1) Afectación a la identificación del trabajador con su actividad laboral como parte integrante de su bienestar profesional y económico, y, 2) Afectación a la realización personal que el trabajador consigue con la realización de su quehacer mismo.
- Objetivo, incide sobre la relación entre el proceso productivo y la proyección que tenga el trabajador sobre aquella, donde el daño afecta al proceso de desarrollo del valor de la fuerza de trabajo, afectando el proceso de perfeccionamiento o especialización de su fuerza de trabajo, lo que implica la afectación de dos aspectos: 1) Afectación del grado de desarrollo de su fuerza de trabajo, afectando gravemente el conocimiento, experiencia, etc. que es parte del proyecto laboral, y 2) Afectación al grado de dependencia de la forma determinada de trabajo asumida dentro de la división social de trabajo en la sociedad o la familia, lo que puede dificultar la realización de otro proyecto laboral cuando resulte imposible volver realizar el proyecto originario, asimismo, puede significar una abrupta transformación de las relaciones sociales familiares.

El aspecto subjetivo, nos señala la incidencia que tiene el daño sobre el trabajador, mientras que, lo objetivo, se refiere al daño a partir de su actividad productiva desplegada; en la primera, el proyecto laboral incide sobre el trabajador, en la segunda, el trabajador se gesta un conjunto de expectativas a partir de la transformación y desarrollo de su proyecto laboral en curso.

Tanto la afectación subjetiva como objetiva inciden como un todo integral e indivisible sobre el trabajador y su actividad productiva, siendo lo principal el carácter objetivo, porque a partir de ella se establece la base material del proyecto laboral, es por lo tanto, el punto de partida, general, para su interpretación, sin embargo, cabe la posibilidad, bajo ciertas condiciones, que lo subjetivo sea lo principal, y sea esta el punto de partida a fin de llegar a la base material de la que se origina. Ambos niveles

de interpretación son necesarios para una protección integral. Lo absoluto de dichos aspectos es su conflictividad y lo relativo es la forma principal que adoptan conforme al momento del daño.

De esta forma, consideramos que el trabajo es la base material sobre la que se desarrolla el proyecto laboral, donde el trabajador se genera, como consecuencia de su interacción con su labor, expectativas propias que le permitan expandir su desarrollo personal y su autorrealización, afirmando su actividad ante las trabas que lo condicionan, extendiéndose no sólo en la vida personal, sino familiar y económica, asimismo, la valorización de su fuerza de trabajo se expresa como una creciente especialización de su labor bajo diversas modalidades: Experiencia, capacitaciones, formación profesional, tiempo de servicios, etc. las cuales, inciden, directa o indirectamente, sobre su proyecto laboral.

3. Criterios para evaluar el monto del daño al proyecto laboral

Los criterios explicados a continuación, deben ser líneas directrices para analizar el daño al proyecto laboral:

- a) La relación existente entre el trabajador y el grado de incidencia sobre la forma de producción y reproducción en su vida personal, económica y familiar. Esto permite evaluar si ha sido afectado de manera tangencial o profunda en su proyecto laboral. La remuneración es el eje central de la producción y reproducción de la fuerza de trabajo, y su afectación, incide directamente sobre la calidad del proyecto laboral, la cual se puede materializar, con la variación de categoría profesional, reducción de remuneraciones, impedimento en la promoción de puestos de trabajo, entre otros, que afectan no sólo en cómo se desarrolla la actividad productiva (identidad vinculada al proyecto laboral mismo) sino en las perspectivas que se generan a partir de esta (aspiraciones vinculadas al quehacer laboral).

En este proceso, se debe analizar lo siguiente:

- ▶ La relación existente entre las condiciones materiales de vida y el grado de desarrollo del proyecto laboral. Esto nos permite evaluar si su fuerza de trabajo era simple o cualificada. Por ejemplo, capacitaciones, estudios, etc. estos aspectos determinan el perjuicio al perfeccionamiento profesional que la fuerza de trabajo adquiere en el proceso productivo y que trae como correlato el acceso a cierto goce de beneficios y status profesional y económico que conlleva ello.
- ▶ La relación entre la actividad productiva desarrollada por el trabajador y la división del trabajo en su familia para determinar el grado de dependencia del desarrollo del proyecto laboral del trabajador y las actividades de reproducción familiar. Por ejemplo, si el trabajador es la única fuente de

ingresos, puede determinar una afectación directa a la forma de vida de su familia que le impediría a ellos continuar con normalidad sus actividades, lo que implica una perturbación de la vida familiar que debe atenderse y protegerse.

- ▶ La relación entre el grado de bienestar y de las condiciones materiales de desarrollo como consecuencia de un grado de desarrollo de su proyecto laboral. Esto nos permite comprender el acceso a un estado de vida mejor por el nivel de desarrollo de un proyecto laboral. Por ejemplo, acceder a viajes, recreaciones, alimentación, etc. que comparados con un periodo de tiempo anterior resulta ser mejor.
- b) El periodo de afectación permanente o temporal como consecuencia del menoscabo, retardo o frustración del proyecto laboral. Esto permitirá evaluar el tiempo de duración de la afectación, el cual puede determinarse en el uso de las siguientes variables: Edad, tiempo de servicios, valor para reproducir la fuerza de trabajo, esperanza de vida, la pensión por incapacidad obtenida, etc. y cuando no se tenga claridad de ello, pueden usarse valores promedios. En este proceso se debe analizar:
- ▶ La perdurabilidad del daño, que implica establecer la viabilidad de rehacer o no su proyecto laboral en las mismas condiciones antes de que sea dañado el trabajador.
 - ▶ El periodo en que se mantiene el daño, durante o después de la afectación.
 - ▶ Grado de afectación y las consecuencias de menoscabar, retardar o frustrar la producción y reproducción de la fuerza de trabajo.

4. MEDIDAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO AL PROYECTO LABORAL

Las medidas de reparación del daño al proyecto laboral deben considerarse como complementarias entre sí y adicionales a la indemnización que pueda exigir el trabajador, en ese sentido, consideramos necesario la adopción de las siguientes medidas:

- Si se frustra el proyecto laboral generando un rompimiento absoluto de la relación laboral, sea por generarse una relación antagónica entre el trabajador y el empleador o por la imposibilidad física absoluta del trabajador para retomar su actividad, el empleador debe implementar medidas que garanticen al trabajador adoptar otro proyecto laboral alternativo, conforme a sus capacidades, aptitudes, potencialidades, aspiraciones y vocaciones, que lo reinserten al proceso productivo, asimismo, debe adoptar garantías de no repetición con el objetivo de que los actos que dieron origen a la frustración no se repitan, asimismo, resulta necesario que se publicite el caso en el centro de trabajo incidiendo en los factores y condiciones que generaron la frustración del proyecto laboral.

- Si se verifica el menoscabo del daño al proyecto laboral, debe adoptarse, como medida de reparación, que el empleador se abstenga o elimine los factores o condiciones de trabajo que imposibiliten el desarrollo pleno del proyecto laboral, para lo cual, será fundamental que se disponga un informe periódico al órgano jurisdiccional sobre las medidas implementadas a fin de fiscalizar su ejecución.
- Frente al retardo del proyecto laboral, provenientes del despido arbitrario, se debe reparar mediante la reposición como acción principal, para tal propósito, se debe adecuar el puesto de trabajo en función del grado de afectación del proyecto laboral, reponiendo al trabajador en el mismo puesto de trabajo o reubicándolo en otra área de la empresa pero en las mismas condiciones de trabajo, capacidades y aptitudes del trabajador, en ambos casos, dichas medidas no deben implicar un riesgo a las mismas condiciones que afectaron su proyecto laboral, y de ser necesario, se deben adoptar medidas de capacitación para acoplar la fuerza de trabajo a las exigencias del puesto de trabajo. En última instancia, se pueden adoptar medidas de reinserción laboral a través del derecho preferente en la contratación, en su defecto, consideramos que, de ser necesario, se deben imponer medidas para crear puestos de trabajo atendiendo a las necesidades objetivas de la producción de la empresa o el Estado.
- Si el retardo al proyecto laboral proviene de accidentes de trabajo o enfermedad profesional que impliquen incapacidad temporal del trabajador, debe operar la suspensión imperfecta de labores y la garantía de adecuar el puesto de trabajo en función del grado de afectación del proyecto laboral, a fin de proteger integralmente la salud del trabajador cuando retorne a sus labores, y de ser necesario, se deben adoptar medidas de capacitación para acoplar la fuerza de trabajo a las exigencias del puesto de trabajo.
- En los casos en que la protección del proyecto laboral deba recaer sobre una relación laboral no reconocida como tal o sectores de trabajadores en la misma situación de vulnerabilidad, esta debe, adicional a las medidas de reparación anteriormente señaladas, exigir una sanción económica contra el empleador responsable.
- Frente a la frustración o retardo a las expectativas proyectadas como parte del desarrollo del proyecto laboral (derechos futuros afectados, v.g. un previsible ascenso), debe reconocerse dichos derechos previsibles frustrados o retardados por la acción del empleador, en su defecto y de ser materialmente posible, imponer las condiciones para rehabilitar la forma y modo de acceder a la obtención de dichos derechos; de ser imposible dichas medidas, debe ser sancionado económicamente el empleador responsable.

B. El daño al proyecto laboral y la responsabilidad patronal

En el Perú, actualmente, el proceso laboral está regulado por la Ley N° 29497 (15/01/2010), normativa que establece las líneas directrices por la que las partes del

proceso se rigen. Sin embargo, en la práctica procesal, ocurre una diversidad de vacíos que han sido suplidos por el Código Procesal Civil, conforme a lo establecido en su Primera Disposición Complementaria, que señala: “En lo no previsto por esta Ley son de aplicación supletoria las normas del Código Procesal Civil”. Este ha sido el caso de la responsabilidad en materia laboral, la cual, ante sus vacíos, han sido remitidas a las instituciones del Derecho Civil peruano.

El sistema de responsabilidad que rige en el Derecho Civil peruano se divide en contractual y extracontractual, donde la primera se destaca por el incumplimiento de obligaciones contractuales, mientras que la otra, se refiere a la responsabilidad generada que no depende de la formación de una relación jurídica previa sino a la existencia de un deber en general. La práctica del proceso laboral ha venido considerando los daños generados por el incumplimiento de las obligaciones en materia laboral como parte de la responsabilidad contractual.

Nosotros consideramos que debe realizarse una asimilación crítica para el proceso laboral de tal forma que primen sus principios y se garantice que sus instituciones no se desnaturalicen, en este panorama, consideramos importante desarrollar nuestra sistemática para incorporar el daño al proyecto laboral que no sólo admita el incumplimiento de las obligaciones laborales (que denominaremos responsabilidad contractual laboral) sino que también atienda a la reconstrucción de la relación laboral a través de del daño acaecido como consecuencia del incumplimiento de un deber general (a lo que denominaremos responsabilidad relacional laboral).

1. Responsabilidad contractual laboral

a) Comprensión laboral

La explicación de la *responsabilidad contractual*, en relación al incumplimiento de obligaciones, la observamos en la Casación Laboral N° 15297 - 2015 - Lima Sur (30/06/2017), que en relación al artículo 1321¹⁴ del Código Civil Peruano, nos indica lo siguiente: “Que, las obligaciones de carácter laboral pueden ser objeto de inejecución, o de cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, y en caso que ello obedezca al dolo, culpa inexcusable o culpa leve de una de las partes, esta queda sujeta al pago de la indemnización de daños y perjuicios, es decir, si el empleador o trabajador incurre en actos u omisiones de sus obligaciones causando perjuicio a la otra parte, tendrá que responder de conformidad con el artículo 1321 del Código Civil”¹⁵.

14. Este artículo del Código Civil peruano dispone: “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

15. Casación Laboral N° 15297 - 2015 - Lima Sur, *Diario oficial El Peruano*, Lima-Perú, 30 de junio de 2017, fund. 5, p. 94151.

Esta regla del Derecho Civil, aplicada al ámbito laboral, se establece a partir de la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones, la cual genera fuertes limitantes en relación al conflicto entre las obligaciones formalmente establecidas de las que realmente se cumplen.

La responsabilidad por la inejecución de obligaciones o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, tiene sus límites en los acuerdos contractuales, sin embargo, los conflictos laborales guiados por la lógica contractual puede definir obligaciones por debajo de los límites socialmente aceptables, lo que deriva en una informalidad legalizada, tal y como lo corroboran las leyes especiales (v.g. Ley N.º 29245 o Ley que regula los servicios de tercerización laboral en el Perú, Ley N.º 31110 o Ley del régimen laboral agrario y de incentivos para el sector agrario y riego, agroexportador y agroindustrial), que pueden, bajo una óptica de legalidad, recortar derechos sociales de los trabajadores y, contradictoriamente, ser declarados constitucionales por el Tribunal Constitucional (v.g. Exp. N.º 013-2014-PI/TC, proceso de inconstitucionalidad de la Ley N.º 29245).

Por ello, cuando el empleador debe responder por las obligaciones, en relación al trabajador bajo la regulación contractual laboral, se nos presenta el problema de establecer si dicha regulación importa condiciones materiales que se encuentren por debajo de los mecanismos legales establecidos, ante lo cual, se debe desarrollar tres tipos de análisis, *el primero*, contrastar las propias obligaciones que emanen de la propia formulación legal laboral, ya que esta puede representar por sí una forma precaria en comparación con otros regímenes (que suponen ser un estándar nacional del costo de la fuerza de trabajo); *el segundo*, que responde a si esta forma legal laboral permite producir y reproducir el costo de la fuerza de trabajo como parte de las obligaciones del empleador en relación con el trabajo, con el objetivo de analizar la defraudación de la propia regulación en relación a los deberes del empleador, pues, la legalidad puede implicar informalidad; y *el tercero*, contrastar dichas formas jurídicas y su correspondencia con las condiciones materiales e históricas que permitan aparecer determinados derechos económicos y sociales en forma de derechos del trabajador y obligaciones del empleador (estándares nacionales como parte del estándares internacionales).

Entonces, el problema es determinar cómo pueden ser asimiladas críticamente la responsabilidad contractual al ámbito del Derecho del Trabajo, cuyas obligaciones, no sólo se limitan ni se definen sobre la base de las obligaciones contractuales, sino también de las que provienen de las relaciones laborales que la subyacen; y que, conforme a la sistemática planteada por nosotros, consideramos necesario redefinir sus alcances que nos permitan superar sus limitantes de diseño y estructura.

b) Concepto

Consideramos, por responsabilidad contractual laboral o contractual (en su denominación por el Derecho Civil), aquella proveniente del incumplimiento de las obligaciones del empleador en relación a la protección integral del trabajador durante el

proceso de trabajo o con ocasión de ella, infringiendo, por lo general, las obligaciones que se encuentran establecidas en el contrato, en las normas laborales nacionales e internacionales, sus normas supletorias, los principios, instituciones, costumbres, convenios, etc. que protege a la fuerza de trabajo en su integridad.

Las obligaciones contractuales representan así, un derecho del trabajador a recibir una protección a su salud física y psíquica, libertad de trabajo, derecho al trabajo, entre otros, que responden al grado de desarrollo de las fuerzas productivas y de las conquistas técnicas y científicas aplicadas al desarrollo del trabajo o con ocasión de ella.

La parte medular, que se nos presenta a primera vista, es la explicitación de un contrato laboral, a través de las cuales se debe verificar cómo ella articula las relaciones entre el trabajador y su proceso productivo, por un lado, y al empleador con las medidas para el normal desarrollo de las actividades del trabajador, por el otro lado. En ese sentido, no habría incumplimiento de las obligaciones cuando haya armonía entre el contrato y las relaciones laborales que la subyacen.

En este panorama, la relación de trabajo, dado su carácter dinámico y evolutivo, puede servir como parámetro para evaluar el desfase o incumpliendo de las obligaciones contractuales laborales, a fin de evaluar cuáles son las obligaciones adicionales, complementarias y/o necesarias faltantes para la ejecución real del contrato de trabajo.

c) Forma de sistematización

En el proceso laboral, asimilando la forma de sistematización de la responsabilidad contractual al ámbito laboral, consideramos que esta se constituye de la siguiente manera:

Cuadro 3. Sistematización de la responsabilidad contractual laboral

Aspectos		Responsabilidad laboral	
Tipos		Subjetiva	Objetiva
Referencia		Art. 1321*: Responsabilidad por dolo, culpa inexcusable y leve.	Enfermedades profesionales y accidentes de trabajo o con ocasión de este.
Elementos integrantes de la responsabilidad	Comunes	Daño	
		Antijuricidad	
		Relación causal	
	Diferenciados	Factor de atribución	
Dolo (art. 1318*) y culpa inexcusable (art. 1319*).		No es necesario el factor de atribución	
Culpa leve (Art. 1320*)			

(*) Artículos del Código Civil peruano

En relación a los factores de atribución, la *culpa leve* se presume (art. 1329 del Código Civil peruano), mientras que, el *dolo* y *culpa inexcusable* se debe demostrar por el trabajador afectado (art. 1330 del Código Civil peruano).

D) Ubicación del daño al proyecto laboral

En el Derecho Civil, la indemnización por el daño moral, se establece en el artículo 1322¹⁶ del Código Civil peruano, su interpretación la encontramos en la Cas. N° 1318 -2016 - Huancavelica (02/05/2017) de la siguiente forma: "En el campo de la inejecución de obligaciones, el daño moral resulta equivalente a la noción conceptual del daño a la persona, es decir, hay que entenderlo de manera amplia como aflicción o sufrimiento, daño a la integridad psicosomática y daño al proyecto de vida, de lo que sigue que, cualquier pedido que se realice por daño moral, deberá tener en cuenta tal situación¹⁷.

Asimismo, nos indica esta casación que, dicha interpretación estaría en concordancia con el fundamento 71¹⁸ del Tercer Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú y permitiría: i) Cumplir con el principio de reparación integral y otorgar una suma indemnizatoria que tenga el carácter compensador por el daño sufrido, ii) Impedir que por defecto de técnica legislativa sólo a los que siguieron la ruta o vía extracontractual obtengan una mayor indemnización que a los que adoptaron la vía de la inejecución de obligaciones, generando una situación injusta, iii) Equilibrar la relación que ha sido perjudicada, pues, no otorgar indemnización a la víctima, propiciaría que continúe la inestabilidad surgida del daño ocasionado¹⁹.

En ese mismo sentido, encontramos la Casación N° 22423 - 2017 - Lima (31/07/2018), que señala, sobre la concepción del daño moral, lo siguiente: "El daño moral puede ser concebido como un daño no patrimonial inferido sobre los derechos de la personalidad o en valores, que pertenecen más al ámbito afectivo que al fáctico y económico, en tal sentido; el daño moral abarca todo menoscabo proveniente del incumplimiento de cualquier obligación que se pueda valorar en función de su gravedad objetiva. Asimismo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a sus proyectos de vida, originan supuestos de daños extrapatrimoniales, por tratarse de intereses tutelados, reconocidos como derechos no patrimoniales"²⁰.

De esta forma, el daño moral en el ámbito contractual debe comprenderse en su sentido amplio, equivalente al daño a la persona (conforme a la tesis de Carlos Fernando Sessarego), y en ese sentido, esta incluye no sólo al daño moral entendido como aflicción, sino también el daño psicosomático y al proyecto de vida. Es aquí

16. Este artículo del Código Civil peruano estipula: "El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento".

17. Casación N° 1318 - 2016 - Huancavelica, *Diario oficial El Peruano*, Lima-Perú, 2 de mayo de 2017, fund. 7, p. 91657.

18. En dicho fundamento se sostiene que el daño a la persona incluye el moral, generándose una relación de género a especie.

19. Casación N° 1318 - 2016 - Huancavelica, *Diario oficial El Peruano*, Lima-Perú, 2 de mayo de 2017, fund. 7, p. 91657.

20. Casación N° 22423 - 2017 - Lima, *Diario oficial El Peruano*, Lima-Perú, 31 de julio de 2018, fund. 14, p. 112530.

donde ubicamos el daño al proyecto laboral, en particular, como parte del daño al proyecto de vida, en general.

En esa orientación, una interpretación amplia del daño moral aplicada al ámbito laboral, la encontramos en la Casación N° 6352 - 2016 - Lima (2/05/2017), que indica lo siguiente: "El artículo 1322 del Código Civil se refiere al daño moral en su acepción amplia y abarca todo tipo de daños extrapatrimoniales generados en el ámbito de la inexecución de obligaciones, comprendiendo para este caso concreto el sufrimiento producto de la pérdida del empleo, y con ello, imposibilitado de contar con medios económicos suficientes para mantenerse, repercutiendo ello en su bienestar"²¹.

Por lo expuesto, se constata que en el daño moral (en su sentido amplio) encontramos el daño al proyecto laboral, la cual, puede provenir del despido, los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que lo menoscaben, retarden o frustren.

2. Responsabilidad relacional laboral

a) Planteamiento de su existencia

Partimos del conflicto existente entre la relación laboral y la existencia de un contrato laboral (forma jurídica), la cual expresa la necesidad de aplicar el principio de primacía de la realidad para evitar la huida del Derecho del Trabajo, luchando para que el trabajador no sea acogido por ramas ajenas a sus reivindicaciones o le sea impuesto una tutela jurídica que asuma criterios diametralmente opuestos con los postulados y principios del Derecho del Trabajo.

De esta forma, cuando el empleador desconozca su responsabilidad ante un trabajador sin contrato laboral, no debe ser óbice para que el Derecho del Trabajo no le preste la tutela jurisdiccional, por el contrario, dada su especialidad y competencia, la vía laboral es la vía principal para salvaguardar sus derechos económicos, sociales y culturales, lo que no niega que el trabajador acceda a otra vía, diferente a la tutela laboral, para solicitar medidas adicionales.

La responsabilidad relacional laboral en este contexto, permite atender y enfocar el problema en la existencia de una actividad laboral, con el objetivo de priorizar el fondo sobre la forma y no dejar en desprotección al trabajador que sufre un daño. Se adopta así, un enfoque que permite develar la relación laboral oculta y se refuerza la tutela efectiva para proteger los intereses afectados del trabajador ante la posibilidad de ser orientado por una vía ajena que termine por desnaturaliza el carácter protector del Derecho del Trabajo.

A través de la responsabilidad relacional laboral se podrá garantizar de forma efectiva y extensa la tutela de los derechos fundamentales laborales que hayan sido afectados como consecuencia del daño, asimismo, permitirá, que los preceptos jurídicos

21. Casación N° 6352 - 2016 - Lima, *Diario oficial El Peruano*, Lima-Perú, 2 de mayo del 2017, fund. 15, p. 92299.

aplicables sean los del ámbito laboral, adoptando la situación jurídica del trabajador un mayor grado de eficacia en la ejecución e interpretación de sus pretensiones.

Lo central de este planteamiento es reforzar y explicitar el carácter laboral de la relación existente, lo que implicará que la pretensión solicitada se oriente en buscar y reconstruir la realidad de la relación a partir de los daños sufridos contra el trabajador sin contrato formal.

b) *Comprensión laboral*

En relación a la *responsabilidad extracontractual*, la Casación N° 1665 – 2016 - Ica (31/07/2018), señala lo siguiente: "(...) la doctrina señala que la misma se da cuando el contenido ilícito viola la norma general que prohíbe en la esfera jurídica de otro, o bien el deber genérico frente a todo, del *neminem laedere* [no causar daño a nadie]; el daño extracontractual no presupone la existencia de ningún vínculo especial, por lo que sólo producido el daño surge una relación jurídica entre responsable y perjuicio. Es pues a todas luces evidente que el sustento fundamental de la responsabilidad extracontractual está en la verificación de un hecho dañoso en la esfera del perjuicio o si se quiere, la víctima; al margen de la secundaria consideración respecto a la ilicitud de dicho hecho. Todo daño es resarcible, aún el no patrimonial, en la medida en que sea resultado de un ataque a un interés que ante el Derecho deba juzgarse digno de protección. En otras palabras, todo daño derivado de un acto generador de responsabilidad civil extracontractual es de suyo indemnizable"²².

Para el Derecho del Trabajo, el daño puede discurrir en un debate que oculte una relación laboral, que bajo la apariencia de ser extracontractual, limita los esfuerzos en el ejercicio de una tutela protectora integral, por lo cual, no sólo debe buscarse resarcir porque existe un deber de no dañar a los demás (genérico) sino también, adoptar medidas orientadas a ser efectiva el cumplimiento del deber de reconocer la relación laboral negada (específico).

El incumplimiento de las obligaciones laborales se erigen de las relaciones laborales que no se reconocen formalmente, y sobre esta se acentúa el nivel de desprotección del trabajador y la necesidad de protegerlo, entonces, el grado de responsabilidad se debe reforzar, ya que esta se encuentra determinada por la situación por debajo de los mínimos legales establecidos en las normas laborales, lo que implica estar por debajo de las condiciones materiales de existencia del trabajador que lo expone a una situación mucho más precaria, en consecuencia, la responsabilidad que se exija al empleador debe incrementarse, no sólo por entrar en conflicto con las condiciones de producción y reproducción de la fuerza de trabajo, sino, por encontrarse por debajo de esta, infringiendo obligaciones provenientes de los estándares nacionales e internacional del deber de protección al que el empleador está en la obligación de cumplir.

22. Casación N° 1665 - 2016 - Ica, *Diario oficial El Peruano*, Lima-Perú, 31 de julio de 2018, fund. 8, p. 112884.

Por lo tanto, en la responsabilidad relacional, no se parte de la cuestión contractual, sino, de la evaluación de las relaciones laborales que generan, realmente, formas jurídicas protegibles, las cuales, deberán permitir la producción y reproducción de la fuerza de trabajo, generando con ello, un deber del empleador de adoptar medidas que impliquen no desconocer la relación laboral objetiva, a fin de proteger a los trabajadores no reconocidos como tal o tercerizados.

c) Concepto

La responsabilidad relacional laboral o extracontractual (en su denominación por el Derecho Civil) la definimos como aquella que proviene de la existencia de una relación laboral objetiva no reconocida, sobre la cual se proyectan un conjunto de deberes de protección general que establezcan medidas adicionales, complementarias y/o necesarias que permitan al trabajador no reconocido como tal, tercerizado o de similar situación, una protección ante los daños inmediatos y el reconocimiento de los derechos correspondientes a la relación de trabajo negada.

En ese sentido, la aplicación del principio de primacía de la realidad y de los indicios o rasgo de laboralidad resultan fundamental, a fin de explicitar la relación laboral no reconocida y el consecuente cumplimiento de las obligaciones negadas por el empleador, permitiendo al trabajador, una cobertura amplia e integral que lo proteja del daño general sufrido y a partir ella, reconstruir, progresivamente, su relación laboral objetiva con el empleador.

d) Forma de sistematización

Dada la existencia de una relación laboral pero no del contrato en sí, consideramos importante el siguiente esquema:

Cuadro 4. Sistematización de la responsabilidad relacional laboral

Aspectos		Responsabilidad laboral	
Tipos		Subjetiva	Objetiva
Referencia		Art. 1969*: Responsabilidad por dolo y culpa	Art. 1970*: Responsabilidad por uso de bien riesgoso o peligroso
Elementos integrantes de la responsabilidad	Comunes	Daño	
		Antijuridicidad	
		Relación causal	
	Diferenciados	Factor de atribución	
		Dolo y culpa	No es necesario el factor de atribución

(*) Artículos del Código Civil peruano

e) Ubicación del daño al proyecto laboral

Encontramos en la responsabilidad extracontractual, conforme a la Casación N° 3992 -2016 - Cusco (2/04/2018), que el daño se divide, por un lado, en daño patrimonial: Daño emergente y lucro cesante; y por el otro, en daño extrapatrimonial, el cual contiene el daño a la persona (entendido como un ente biopsicosocial), daño al proyecto de vida y daño moral²³.

En dicho análisis, el daño extrapatrimonial debemos comprenderla a partir del art. 1985²⁴ del Código Civil peruano, la cual, a decir de la Casación N° 18613 - 2015 - Ventanilla (30/05/2018), se refiere a lo siguiente: "El daño moral hace alusión al sufrimiento y aflicción generada y el daño a la persona, a la unidad psicosomática que es el ser humano y al proyecto de vida"²⁵.

En ese sentido, el daño extrapatrimonial comprende el daño moral (en su sentido restringido) y a la persona; en esta última se encuentra el daño biopsicosocial (unidad o integridad psicosomática) y el daño al proyecto de vida. Siguiendo este esquema, ubicamos al daño al proyecto laboral, dentro del daño extrapatrimonial, como parte integrante del daño a la persona, sin negar la existencia de los otros daños: Daño a la unidad psicosomática o moral.

De esta forma, existe una actuación homogénea de responder ante el daño en los sistemas de responsabilidad contractual y relacional laboral, sin embargo, esta última se destaca por el cómo se origina el problema y la protección reforzada al trabajador a partir de su situación jurídica de vulnerabilidad, que se orienta hacia el reconocimiento de su relación laboral y la protección inmediata ante los daños que sufra.

V. CONCLUSIONES

La sistemática del daño al proyecto de vida a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH, del aporte de la doctrina peruana elaborada por Carlos Fernández Sessarego y de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia del Perú, nos brindan lineamientos generales para construir una propuesta del daño al proyecto de vida en el Derecho del Trabajo. En ese sentido, hemos advertido que el daño al proyecto laboral se expresa como una afectación (menoscabo, retardo o frustración) a la realización integral de las vocaciones, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones que un trabajador desarrolla como consecuencia del despliegue de su actividad laboral concreta.

23. Casación N° 3992 - 2016 - Cusco, *Diario oficial El Peruano*, Lima-Perú, 2 de abril de 2018, fund. 5, p. 105585.

24. Este artículo del Código Civil peruano señala: "La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño".

25. Casación N° 18613 - 2015 - Ventanilla, *Diario oficial El Peruano*, Lima-Perú, 30 de mayo de 2018, Sumilla, p. 109186.

El daño al proyecto de vida se caracteriza por lo siguiente: 1) Sustentarse en opciones razonables y ejecutables erigidas a través de expectativa futuribles que van construyéndose a lo largo del tiempo, de lo simple a lo complejo, conforme a contradicciones subjetivas y objetivas que decantan en actividades concretas de su desarrollo personal. 2) Las opciones que se asumen y concretizan son parte integrante de la realización personal, por lo que se genera un vínculo de identidad con ella, de esta forma, se proyecta una valoración sobre dicha opción en la vida misma de la persona, esto permite identificar el proyecto de vida mismo con la vocación y aspiraciones de la persona, 3) La libertad, como capacidad de hacer su realización personal, se concretiza en un conjunto de decisiones asumidas y materializadas en acciones, que encarna la actuación propia de la persona, encaminadas hacia la consecución de su proyecto de vida, 4) Su daño origina el menoscabo, retardo, frustración o privación de las oportunidades de desarrollo personal (v.g. determinada actividad laboral) de forma irreparable o muy difícilmente reparables.

El menoscabo, retardo o frustración al proyecto laboral presenta dos aspectos fundamentales: i) Subjetivo, incide sobre la relación entre el trabajador y su proceso productivo, en esta situación, el daño afecta el grado del desarrollo personal que ejerce su quehacer con él, lo que implica una afectación a dos aspectos: 1) Afectación a la identificación del trabajador con su actividad laboral como parte integrante de su bienestar profesional y económico, y, 2) Afectación a la realización personal que el trabajador consigue con la realización de su quehacer mismo; ii) Objetivo, incide sobre la relación entre el proceso productivo y la proyección que tenga el trabajador sobre aquella, donde el daño afecta al proceso de desarrollo del valor de la fuerza de trabajo, afectando el proceso de perfeccionamiento o especialización de su fuerza de trabajo, lo que implica la afectación de dos aspectos: 1) Afectación del grado de desarrollo de su fuerza de trabajo, afectando gravemente el conocimiento, experiencia, etc. que es parte del proyecto laboral, y 2) Afectación al grado de dependencia de la forma determinada de trabajo asumida dentro de la división social de trabajo en la sociedad o la familia, lo que puede dificultar la realización de otro proyecto laboral cuando resulte imposible volver realizar el proyecto originario, asimismo, puede significar una abrupta transformación de las relaciones sociales familiares.

Los criterios para evaluar el monto del daño al proyecto laboral son: a) La relación existente entre el trabajador y el grado de incidencia sobre la forma de producción y reproducción en su vida personal, económica y familiar. Evaluando: i) La relación existente entre las condiciones materiales de vida y el grado de desarrollo del proyecto laboral; ii) La relación entre la actividad productiva desarrollada por el trabajador y la división del trabajo en su familia para determinar el grado de dependencia del desarrollo del proyecto laboral del trabajador y las actividades de reproducción familiar; y, iii) La relación entre el grado de bienestar y de las condiciones materiales de desarrollo como consecuencia de un grado de desarrollo de su proyecto laboral, b) El periodo de afectación permanente o temporal como consecuencia del menoscabo, retardo o frustración del proyecto laboral. Evaluando: i) La perdurabilidad del

daño, ii) El periodo en que se mantiene el daño, durante o después de la afectación; y, iii) Grado de afectación y las consecuencias del daño.

Las medidas para reparar del daño al proyecto laboral son: i) Si se frustra el proyecto laboral generando un rompimiento absoluta de la relación laboral, sea por generarse una relación antagónica entre el trabajador y el empleador o por la imposibilidad física absoluta del trabajador para retomar su actividad, el empleador debe implementar medidas que garanticen al trabajador adoptar otro proyecto laboral alternativo, conforme a sus capacidades, aptitudes, potencialidades, aspiraciones y vocaciones, que lo reinserten al proceso productivo, ii) Si se verifica el menoscabo del daño al proyecto laboral, debe adoptarse, como medida de reparación, que el empleador se abstenga o elimine los factores o condiciones de trabajo que imposibiliten el desarrollo pleno del proyecto laboral, iii) Frente al retardo del proyecto laboral, provenientes del despido arbitrario, se debe reparar mediante la reposición como acción principal, para tal propósito, se debe adecuar el puesto de trabajo en función del grado de afectación del proyecto laboral, reponiendo al trabajador en el mismo puesto de trabajo o reubicándolo en otra área de la empresa pero en las mismas condiciones de trabajo, capacidades y aptitudes del trabajador, en ambos casos, dichas medidas no deben implicar un riesgo a las mismas condiciones que afectaron su proyecto laboral, y de ser necesario, se deben adoptar medidas de capacitación para acoplar la fuerza de trabajo a las exigencias del puesto de trabajo, iv) Si el retardo al proyecto laboral proviene de accidentes de trabajo o enfermedad profesional que impliquen incapacidad temporal del trabajador, debe operar la suspensión imperfecta de labores y la garantía de adecuar el puesto de trabajo en función del grado de afectación del proyecto laboral, v) En los casos en que la protección del proyecto laboral deba recaer sobre una relación laboral no reconocida como tal o sectores de trabajadores en la misma situación de vulnerabilidad, esta debe, adicional a las medidas de reparación anteriormente señaladas, exigir una sanción económica contra el empleador responsable, vi) Frente a la frustración o retardo a las expectativas proyectadas como parte del desarrollo del proyecto laboral (derechos futuros afectados, v.g. un previsible ascenso), debe reconocerse dichos derechos previsibles frustrados o retardados por la acción del empleador, en su defecto y de ser materialmente posible, imponer las condiciones para rehabilitar la forma y modo de acceder a la obtención de dichos derechos; de ser imposible dichas medidas, debe ser sancionado económicamente el empleador responsable.

En el proceso laboral, el daño al proyecto laboral se configura en la responsabilidad contractual laboral o relacional; en la primera, a través del daño moral en su sentido amplio, y en la segunda, como parte del daño a la persona. De esta forma, dicho daño puede originarse tanto en el incumplimiento de las obligaciones laborales como parte del conflicto que surge en el trabajador que pugna por la reconstrucción de su relación laboral a través del daño acaecido como consecuencia del incumplimiento de un deber general del empleador.

Bibliografía

- Cueva Carrión, L.: *Reparación integral y daño al proyecto de vida*, Cueva Carrión Editorial, Ecuador, 2015.
- Fernández Sessarego, C.: "El Daño al Proyecto de vida", *Revista Derecho PUC*, núm. 50, 1996, disponible en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF.
- Fernández Sessarego, C.: "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona", *Cuadernos de Derecho*, núm. 3, 1993, disponible en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_9.PDF.
- Fernández Sessarego, C.: "Deslinde conceptual entre «daño a la persona», «daño al proyecto de vida» y «daño moral»", *Foro Jurídico*, año 1, núm. 2, 2003, disponible en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF.
- Fernández Sessarego, C.: "El daño a la persona en el código civil de 1984", en Schreiber Pezet, M.A.; Fernandez Sessarego, C.; Miró Quesada Cantuarias, F.; Silva Vallejo, J.A. y Vidal Ramírez, F. (eds.): *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Cultural Cuzco S.A. Editores, Perú, 1985.
- Fernández Sessarego, C.: "Los jueces y la reparación del «daño al Proyecto de vida»", *Revista Oficial del Poder Judicial*, vol. 1, núm. 1, 2007, disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/68c3e58043eb7b7ba6c9e74684c6236a/9.+Doctrina+Nacional+-+Juristas+-+Carlos+Fern%C3%A1ndez+Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=68c3e58043eb7b7ba6c9e74684c6236a>.
- Fernández Sessarego, C.: "El Daño a La Libertad Fenoménica o Daño al Proyecto de Vida en el Escenario Jurídico Contemporáneo", *Revista Persona*, núm. 73, 2008, disponible en <https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=48436&print=2>.
- Fernández Sessarego, C.: "Artículo 1984, Daño moral", en Soto Coaguila, C. A. (dir.): *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual, comentarios a las normas del código civil*, Instituto Pacífico Editores, Perú, 2015.
- Fernández Sessarego, C.: *Derecho y Persona*, Editorial Astrea S.R.L., Buenos Aires, 2015.
- Fernández Sessarego, C.: *Derecho de las Personas, análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*, Instituto Pacífico Editores, Perú, 2016.
- Fernández Sessarego, C.: "¿Es posible proteger jurídicamente el «proyecto de vida»?", *Revista del Foro*, año MMXVII, núms. 4 y 5, 2017.
- Fernández Sessarego, C.: *El derecho como libertad, La teoría tridimensional del Derecho*, Editorial Motivensa S.R.L., Perú, 2017.
- Galdámez Zelada, L.: "Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Interpretación Evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparación", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, núm. 3, 2007. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000300005>
- Sánchez-Cascado, P.: "El daño al proyecto de vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del pensamiento político de J. Shklar", *Andamios*, vol. 17, núm. 42, 2020. <https://doi.org/10.29092/uacm.v17i42.738>



Estudios jurisprudenciales



La “libre” circulación de los ciudadanos económicamente inactivos en la Unión Europea. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2020, G.M.A, asunto C-710/19.

“FREE” MOVEMENT OF ECONOMICALLY INACTIVE CITIZENS IN THE EUROPEAN
UNION. ECJ JUDGMENT OF DECEMBER 17, 2020, G.M.A, CASE C-710/19

José Manuel Pazó Argibay

Doctor en Derecho

Universidad de Santiago de Compostela

josemanuel.pazo@usc.es  0000-0003-3718-0247

Recibido: 26.04.2021 | Aceptado: 28.04.2021

RESUMEN

La libre circulación de los ciudadanos económicamente inactivos se encuentra severamente condicionada por las limitaciones que los Estados miembros, y el propio Tribunal de Justicia, han establecido para evitar un acceso generalizado a las prestaciones de asistencia social. Para los demandantes de empleo, el alcance de la libre circulación se encuentra estrechamente ligado al mantenimiento de la condición de trabajador con los requisitos y límites que establece la Directiva 2004/38/CE. La Sentencia G.M.A. ha venido a fortalecer la libre circulación de este colectivo al precisar el plazo en que debe realizarse la búsqueda de empleo y en qué momento deben acreditarse las verdaderas posibilidades de ser contratados.

ABSTRACT

Free movement of economically inactive citizens is severely conditioned by limitations that Member States, and ECJ, have set to prevent widespread access to social assistance benefits. For job-seekers, the scope of free movement is closely linked to maintaining the status of worker with the conditions and limits established by Directive 2004/38/EC. The G.M.A. judgment has strengthened the free movement of this group, defining the period in which the job search must be carried out and the moment that the true possibilities of being hired must be accredited.

PALABRAS CLAVE

Ciudadanía de la Unión
Europea
Demandantes de empleo
Libre circulación de
trabajadores

KEYWORDS

Citizenship of the
European Union
Job seekers
Free movement of workers

SUMARIO

- I. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS CIUDADANOS ECONÓMICAMENTE INACTIVOS. ESPECIAL ATENCIÓN A LOS DEMANDANTES DE EMPLEO
- II. EL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS DEMANDANTES DE EMPLEO: SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2020, G.M.A., ASUNTO C-710/19
- III. CONCLUSIONES
Bibliografía

I. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS CIUDADANOS ECONÓMICAMENTE INACTIVOS. ESPECIAL ATENCIÓN A LOS DEMANDANTES DE EMPLEO

Consolidada en el artículo 45 del TFUE, la libre circulación de trabajadores constituye la *pedra angular*¹ de la Unión Europea². Sin obviar el derecho a la libre circulación que los artículos 20 y 21 del TFUE³ reconocen a cualquier ciudadano de la Unión⁴, es en el artículo 45 donde esta libertad aparece especialmente vinculada al empleo⁵, garantizando su ejercicio para responder a ofertas efectivas de trabajo, desplazarse libremente para este fin en el territorio de otros Estados miembros, residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, o permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haberlo ejercido⁶. Todo ello, con las únicas limitaciones de justificadas razones de orden público, seguridad y salud públicas⁷(artículo 45.3 TFUE) y

1. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusulas de residencia”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, p. 396.

2. Un detallado estudio de su evolución normativa en Maneiro Vázquez, Y.: “La libre circulación de trabajadores”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 122, 2016, pp. 167-182.

3. Artículo 20.2.a) TFUE: “Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”. Artículo 21.1 TFUE: “Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”.

4. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 2013, *L.N.*, asunto C46/12, (ECLI:EU:C: 2013:97): “El artículo 20 TFUE, apartado 1, confiere a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro el estatuto de ciudadano de la Unión”.

5. En detalle sobre esta dual regulación, Sánchez-Rodas Navarro, C.: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 36-46.

6. Cuestiones ampliamente tratadas por la doctrina. Sin ánimo de exhaustividad, véanse Durán López, F.: “Las libertades fundamentales en la CEE: La libertad de circulación de trabajadores”; en Peláez Marón, J. M. (coord.): *Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992, pp. 113-121 y Aussant, J.; Fornasier, R.; Louis, J. V.; Séché, J.C.; Van Raepenbusch, S.: *Commentaire Megret. Libre circulation des personnes, des services et des capitaux*, Editions de L’Université de Bruxelles, Bruxelles, 1990, pp. 22-30.

7. Para una aproximación al concepto y contenido del orden público, seguridad y salud pública, Martín Martínez, M. M: “Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, 2014, pp. 774-778; Ceinos Suárez, Á.: “Libertad de circulación y limitaciones por razón de seguridad y salud”, en García Murcia, J. (dir.): *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea*, Juruá, Lisboa, 2016, pp. 91-114.

la expresa exclusión del empleo en la administración pública⁸ (artículo 45.4 TFUE). Para ello, el artículo 46 TFUE encomienda al Parlamento Europeo y al Consejo la adopción, mediante Directivas o Reglamentos, de las medidas necesarias a fin de hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores.

Con estos mimbres, el Reglamento (UE) nº 492/2011⁹, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, desarrolla en su Capítulo I, Sección 1, el contenido de dichas disposiciones en lo relativo al *acceso al empleo*¹⁰. En concreto, garantiza el derecho de cualquier ciudadano de un Estado miembro a acceder a una actividad por cuenta ajena¹¹ y a ejercerla en el territorio de otro Estado miembro (artículo 1), el intercambio de demandas y ofertas de empleo, así como la formalización de contratos de trabajo, entre Estados miembros (artículo 2), la eliminación de condiciones en el acceso al empleo, no previstas para los nacionales, que limiten o subordinen la oferta y demanda de trabajo respecto a los ciudadanos extranjeros (artículo 3), la eliminación de tasas de empleo por razón de nacionalidad (artículo 4), el derecho al disfrute en igualdad de condiciones de la asistencia por parte de los servicios de empleo (artículo 5) o la eliminación de criterios médicos, profesionales u otros discriminatorios por razón de la nacionalidad con respecto de los aplicados a los nacionales (artículo 6).

El propio título de esta Sección 1 del Reglamento (UE) nº 492/2011, *Del acceso al empleo*, induce ya a pensar que sus disposiciones son aplicables a aquellas personas que se encuentran en búsqueda de empleo. A mayor abundamiento, el propio Tribunal de Justicia se ha pronunciado en multitud de ocasiones a favor de una interpretación amplia del concepto *trabajador*¹², extendiendo la aplicación del derecho a la libre circulación de trabajadores a aquellas personas que se encuentran en búsqueda de empleo¹³.

8. En mayor profundidad sobre la exclusión de la libre circulación de trabajadores para los empleos en la Administración pública, véase Gómez Muñoz, J. M.: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996, pp. 157-177; Landa Zapirain, J. P.: “La noción de empleo público en el Derecho Comunitario Europeo: las excepciones a la libre circulación de personas contenidas en los artículos 48.4 y 55.1 TCE”, *Revista Noticias de la Unión Europea*, núm. 147, 1997, pp. 75-87 y García Torres, A.: “Libertad de circulación y empleos en la administración pública”, en García Murcia, J. (dir.): *Libertades de circulación y derecho de protección social en la Unión Europea*, Juruá, Lisboa, 2016, pp. 115 y ss.

9. Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión (DO L 141, de 27 de mayo de 2011).

10. En conjunción con la Directiva 2014/54/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores (DO L 128/8, de 30 de abril de 2014).

11. Excepción tácita de los trabajadores por cuenta propia, para quienes rige el principio de libertad de establecimiento, regulado en los artículos 49 y siguientes del TFUE.

12. “El Tratado y el Reglamento nº 3 no se propusieron, por tanto, proteger restrictivamente tan sólo al trabajador actual, sino que lógicamente tratan de proteger también a quien, habiendo dejado un empleo, puede ocupar otro”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1964, *Unger*, asunto 75/63, (ECLI:EU:C:1964:19). “La libre circulación de los trabajadores forma parte de los cimientos de la Comunidad. Las normas que consagran esta libertad fundamental y, más concretamente, los conceptos de «trabajadores» y de «actividad por cuenta ajena» que definen su campo de aplicación deben, por ello, interpretarse ampliamente, mientras que las excepciones y los casos de inaplicación del principio de libre circulación de los trabajadores deben interpretarse, por el contrario, con criterio restringido”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 1986, *Kempf*, asunto 139/85, (ECLI:EU:C:1986:223).

13. “En su condición de nacional de un Estado miembro en busca de trabajo en otro Estado miembro, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 39 CE y, por tanto, disfruta del derecho a la igualdad de trato que se

Esta amplitud del Reglamento (UE) nº 492/2011 choca con el carácter más restrictivo de la Directiva 2004/38/CE¹⁴, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁵. Pese a que se ha hecho un auténtico esfuerzo de equilibrio normativo para garantizar, por un lado, la libre circulación y, por otro, salvaguardar el sostenimiento de los sistemas nacionales de Seguridad Social¹⁶, la cambiante línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia¹⁷ y la literatura científica al respecto¹⁸ han puesto

prevé en el apartado 2 de la mencionada disposición". Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2006, *Chateignier*, asunto C-346/05, (ECLI:EU:C:2006:711). "El apartado 3 del artículo 48 debe ser interpretado en el sentido de que enuncia con carácter no limitativo determinados derechos de que gozan los nacionales de los Estados miembros en el marco de la libre circulación de los trabajadores y de que esta libertad implica asimismo el derecho de los nacionales de los Estados miembros a circular libremente en el territorio de los demás Estados miembros y a residir en ellos con objeto de buscar empleo". Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 1991, *Antonissen*, asunto C-292/89, (ECLI:EU:C:1991:80). "Tanto de la formulación del principio de la libre circulación de los trabajadores como del lugar que ocupan las normas a él referentes en el conjunto del sistema del Tratado, se deduce que dichas normas garantizan tan sólo la libre circulación de las personas que ejercen o desean ejercer una actividad económica". Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 1989, *Bettray*, asunto 344/87, (ECLI:EU:C:1989:226). "Procede recordar con carácter previo que, en el marco de la libre circulación de los trabajadores, el artículo 48 del Tratado confiere a los nacionales de los Estados miembros un derecho de residencia en los demás Estados miembros con objeto de ejercer o buscar en ellos un empleo por cuenta ajena". Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de mayo de 1993, *Tsiotras*, asunto C-171/91, (ECLI:EU:C:1993:91) y Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de marzo de 2004, *Collins*, asunto C-138/02, (ECLI:EU:C:2004:172). "Los nacionales de un Estado miembro que buscan empleo en otro Estado miembro entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 39 CE y, por consiguiente, tienen derecho a la igualdad de trato regulada en el apartado 2 de dicha disposición". Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 2005, *Ioannidis*, asunto C258/04 (ECLI:EU:C:2005:559).

14. Sánchez-Urán Azaña, Y.: "Derecho Comunitario, libertad de circulación y protección social", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 124, 2016, p. 122 y ss., señala estas "divergencias y contradicciones en las normas comunitarias".

15. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158/77, de 30 de abril de 2004).

16. Evitando que esta libertad de circulación se convierta en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida, de manera particular, en aquellos supuestos en los que el ciudadano de la Unión que ejerce su derecho a la libre circulación es económicamente inactivo. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2011, *Ziolkowski y Szeja*, asuntos acumulados C424/10 y C425/10 (ECLI:EU:C:2011:866).

17. Una visión crítica del giro jurisprudencial del Tribunal de Justicia sobre esta materia en Carrascosa Bermejo, D.: "Libre circulación de ciudadanos comunitarios inactivos y protección social, ¿sufrir la UE de aporofobia?", en Miranda Boto, J. M. (dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, Madrid, 2018, pp. 507 y ss.

18. A modo de ejemplo del tratamiento que la doctrina ha dado a esta cuestión: Martín Vida, M. A.: "La dimensión social de la Comunidad Europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, 2007, pp. 95-137. Lirola Delgado, I.: "La Sentencia Dano: ¿el punto final de los "malabarismos" del TJUE en materia de libre circulación de los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 36, 2015. Rodríguez-Rico Roldán, V.: "Las restricciones a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión económicamente inactivos: una revisión jurídico-crítica", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 47, 2018. Sánchez-Urán Azaña, Y.: "Ciudadanía de la Unión y derechos de protección social. Balance y perspectivas del modelo condicional de solidaridad social comunitaria", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015. Carrascosa Bermejo, D.: "Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017, pp. 195-226. Guerrero Padrón, T.: "El derecho de residencia como factor limitativo del acceso a prestaciones de Seguridad Social", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018. Pérez van Kappel, A.: "La libre circulación de personas sin motivos económicos tras la adopción de la

de manifiesto que este equilibrio no siempre se alcanza de manera no controvertida, especialmente en lo que se refiere a cuestiones de residencia y acceso a prestaciones de asistencia social.

Respecto al tema que nos ocupa, el derecho a la libre circulación se condiciona a una serie de elementos y límites temporales ligados directamente al mantenimiento de la condición de trabajador¹⁹. Este mantenimiento de la condición de trabajador resulta trascendental para los demandantes de empleo, siendo esta la premisa para la conservación de sus derechos de igualdad de trato y libre circulación²⁰.

Con carácter general, el artículo 6 de la Directiva 2004/38/CE reconoce un derecho de residencia de hasta tres meses en otro Estado miembro a cualquier ciudadano de la Unión²¹, con la única condición de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos²², y con independencia del motivo del desplazamiento. En consecuencia, una búsqueda de empleo en otro Estado miembro por un período de tiempo inferior a tres meses no estaría sujeta apenas a condiciones²³.

Seguidamente, el artículo 7 regula el derecho de residencia por un período superior a tres meses, eso sí, sometido ya a ciertas limitaciones causales y temporales. Así, todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a residir en el territorio de otro Estado miembro por un período superior a tres meses si es trabajador por cuenta ajena o propia en el Estado de acogida; si dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida; si se

Directiva 2004/38/CE y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia CE”, en Huelin Martínez de Velasco, J. (dir.): *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pp. 113-160. Miranda Boto, J. M.: “La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, en Cardenal Carro, M. y Pérez Campos. A. I., (dirs.) y Areta Martínez, M. (coord.): *Derecho del Trabajo y protección social en la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2019, pp. 60-68.

19. “La Directiva 2004/38 estableció un sistema gradual de mantenimiento de la condición de trabajador. De este modo se utiliza una doble noción de trabajador, estricta (referida a quienes ya trabajan en el Estado de acogida o, habiendo trabajado, no están ya vinculados por un contrato laboral) y amplia (nacionales de un Estado miembro de acogida en el que buscan empleo)”. Guerrero Vizueté, E.: “La búsqueda de empleo por los trabajadores migrantes y su protección social”, en Gorelli Hernández, J. (coord.): *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años de la Unión, XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2017, pp. 236-237.

20. “La igualdad de trato en lo que se refiere a las ventajas sociales y fiscales que establece el apartado 2 del artículo 7 del Reglamento nº 1612/68 únicamente beneficia a los trabajadores y no a los nacionales de los Estados miembros que se desplazan en busca de un empleo”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 1987, *Lebon*, asunto 316/85 (ECLI:EU:C: 1987:302).

21. Como señala Sánchez-Rodas Navarro, C.: “El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusulas de residencia”, ob. cit., pp. 397-398, “la ciudadanía europea no existe como tal pues es competencia de cada Estado, y no de la UE, regular la adquisición y pérdida de la nacionalidad. Por tanto, hablar de ciudadanos de la Unión Europea no es sino fórmula simplificada de referirse a todas aquellas personas que ostentan la nacionalidad de Estados de la UE”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 2013, *L.N.*, asunto C46/12, (ECLI:EU:C: 2013:97): “El artículo 20 TFUE, apartado 1, confiere a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro el estatuto de ciudadano de la Unión”.

22. Igual condición establece el apartado 2 del artículo 6 para los miembros de la familia que no sean nacionales de un Estado miembro y acompañen al ciudadano de la Unión, o se reúnan con él.

23. Miranda Boto, J. M.: “La búsqueda de empleo transnacional: cuestiones de actualidad.”, en Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F.: (coords.): *Políticas de Empleo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, p. 121.

encuentra matriculado en un centro, público o privado, reconocido o financiado por el Estado miembro de acogida con arreglo a su legislación o a su práctica administrativa, con la finalidad de cursar estudios, incluso de formación profesional, y cuenta, igualmente, para sí y los miembros de su familia, con recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida.

Por tanto, la actividad laboral y formativa, siempre que se dispongan de recursos económicos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en dicho Estado, habilita para un período de residencia superior a los tres meses.

Sin embargo, si el ciudadano de la Unión no ejerce ninguna actividad por cuenta ajena o cuenta propia, el mantenimiento de la condición de trabajador y, en consecuencia, el disfrute de sus derechos de igualdad de trato y libre circulación comienzan a estar seriamente limitados. A tenor de lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Directiva 2004/38/CE, mantendrán la condición de trabajador quienes se encuentren en situación de incapacidad temporal por enfermedad o accidente de trabajo, quienes se hayan quedado en situación de paro involuntario y se hayan inscrito en el servicio público competente con el fin de encontrar un trabajo, y quienes se encuentren realizando una formación profesional²⁴. No obstante, el mantenimiento de la condición de trabajador en estos casos no es, con carácter general, indefinida, y presenta, en los supuestos de pérdida involuntaria del empleo, una limitación temporal atendiendo a la duración previa del empleo perdido.

Si la situación de paro involuntario se produce tras un período de empleo inferior al año, previa inscripción en el servicio público de empleo competente con el fin de encontrar trabajo, se mantendrá la condición de trabajador únicamente durante seis meses²⁵. Transcurrido este período y perdida la condición de trabajador a los efectos de la Directiva 2004/38/CE, el Estado miembro de acogida no está obligado a reconocer prestaciones de asistencia social. Por el contrario, si la situación de paro involuntario se produce después de haber estado empleado por un período superior al año, y se ha inscrito en el servicio público de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo, mantendrá la condición de trabajador por tiempo indefinido²⁶. Este reconocimiento implica no

24. En este supuesto, salvo que se encuentre en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo.

25. “El artículo 7, apartado 3, letra c), de la Directiva 2004/38 dispone que, si el trabajador se encuentra en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, y se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo, la condición de trabajador se mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses. Durante ese mismo período el ciudadano de la Unión interesado conserva su derecho de residencia en el Estado miembro de acogida en virtud del artículo 7 de la Directiva 2004/38 y puede, por tanto, invocar el principio de igualdad de trato reconocido en el artículo 24, apartado 1, de la misma Directiva”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de septiembre de 2015, *Alimanovic*, asunto C67/14 (ECLI:EU:C: 2015:597).

26. A este respecto, un sector de la doctrina presenta ciertas reservas al considerar que “más controvertida es la situación si la vinculación laboral previa en el Estado de acogida ha sido de más de un año. En este caso, la respuesta no es tan clara, dado que, a diferencia del supuesto anterior, nada se deriva de la Directiva en este supuesto”. Jiménez

solamente un derecho de residencia, sino también el acceso a las prestaciones sociales dirigidas a su inserción laboral²⁷.

Debe prestarse atención a que los límites señalados resultan de aplicación en aquellos supuestos en los que existe un período previo de empleo en el Estado de acogida. Situación distinta es la que contempla el artículo 14.4.b) de la Directiva 2004/38/CE respecto de aquellos ciudadanos de la Unión que acceden a un Estado miembro con la finalidad de buscar un empleo. Para estos supuestos, en los que no existe un período de empleo previo en el Estado de acogida, la Directiva prohíbe su expulsión del territorio de dicho Estado mientras puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados²⁸.

Esta prohibición condicionada que contempla la Directiva 2004/38/CE en su artículo 14.4.b) fue incorporada a raíz de la Sentencia *Antonissen*²⁹, cuya trascendencia en la libre circulación de los demandantes de empleo queda patente no solo por su adaptación normativa en la Directiva 2004/38, sino también por la remisión constante que a ella hace el propio Tribunal en la Sentencia *GMA*, que nos ocupa.

Esta sentencia traía como origen el litigio enfrentó al Sr. Antonissen y al Reino Unido, por la decisión de este Estado de expulsarlo de su territorio al haber superado el período de seis meses sin haber encontrado un empleo ni ejercer actividad profesional alguna, tal y como contemplaba su normativa interna³⁰. En posición contrapuesta, el Sr. Antonissen pretendía hacer valer su condición de trabajador y mantener su derecho a residencia como demandante de empleo.

La controversia residía en determinar si las disposiciones de Derecho comunitario que regulaban la libre circulación de los trabajadores eran óbice para que la legislación de un Estado miembro estableciera que todo nacional de otro Estado miembro que hubiera entrado en su territorio para buscar allí un empleo podría ser obligado a abandonar dicho territorio si, transcurridos seis meses, no había encontrado un empleo. En definitiva, si el derecho de residencia ejercitado con objeto de buscar un empleo, podía ser objeto de limitación temporal.

Para ello, el Tribunal incorporó un nuevo elemento temporal, como es el “plazo razonable” que permita al demandante de empleo llegar a conocer, en el territorio del Estado miembro de que se trate, las ofertas de empleo que correspondan a sus calificaciones profesionales, y adoptar, en su caso, las medidas necesarias para ser contratados. Como quiera que en aquel momento no existía ninguna disposición comunitaria que fijase un plazo para la residencia de los nacionales comunitarios en busca

nez Blanco, P.: “Los demandantes de empleo en Europa: derecho de residencia y acceso a las prestaciones sociales”, *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 2, 2015.

27. Guerrero Vizuete, E.: “La búsqueda de empleo por los trabajadores migrantes y su protección social”, ob. cit., p. 237.

28. Como señala Cabeza Pereiro, J., “La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 122, 2016, p. 26, “la diferencia entre el desempleado que busca empleo sin ostentar la condición de trabajador y el que mantiene esta condición después de haber prestado servicios es importante, pues este último se beneficia *tout court* de todos los derechos inherentes a la misma”.

29. Cit. (ECLI:EU:C:1991:80).

30. Si bien el litigio se había iniciado por una orden de expulsión vinculada a una condena por posesión ilegal de drogas.

de empleo en otro Estado miembro, el Tribunal consideró que el plazo de seis meses establecido por la legislación del Reino Unido era suficiente, en principio, para permitir a los interesados llegar a conocer las ofertas de empleo que correspondieran a sus calificaciones y a adoptar, en su caso, las medidas necesarias para ser contratados, de manera que tal plazo no menoscababa la eficacia del principio de libre circulación.

Además, el propio Tribunal precisó que, si una vez transcurrido dicho plazo el interesado podía acreditar que continuaba buscando empleo y que tenía verdaderas oportunidades de ser contratado, no podría ser obligado a abandonar el territorio del Estado miembro de acogida.

Como se analizará a continuación, la Sentencia *GMA* recupera la doctrina *Antonissen*, fortaleciendo el “plazo razonable” que ha de concederse a los demandantes de empleo para que puedan llegar a conocer las ofertas de empleo que correspondan a sus calificaciones profesionales, precisando, además, cuándo deben acreditarse las “verdaderas posibilidades de ser contratado” y quién debe valorar dichas posibilidades.

En otro orden de cosas, a las limitaciones a la libre circulación de los demandantes de empleo ya mencionadas, el artículo 24.2 de la Directiva 2004/38/CE incorpora una nueva restricción en relación con el acceso a las prestaciones de asistencia social en los supuestos de residencia inicial hasta los tres meses (artículo 6) y en los supuestos de ciudadanos de la Unión que acceden a un Estado miembro con la finalidad de buscar un empleo (artículo 14.4.b). Dicho artículo habilita al Estado miembro de acogida a no conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, a personas que mantengan dicha condición o a los miembros de sus familias³¹, sin que quepa un examen individualizado de cada solicitante³². De esta forma, este colectivo solo tendría acceso a aquellas que están directamente destinadas a la inserción laboral, pudiendo establecer los Estados miembros exigencias adicionales para acreditar una

31. “El artículo 24 de la Directiva 2004/38 y el artículo 4 del Reglamento nº 883/2004 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa de un Estado miembro que excluye de ciertas «prestaciones especiales en metálico no contributivas», en el sentido del artículo 70, apartado 2, del Reglamento nº 883/2004, y que constituyen también una «prestación de asistencia social», en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38, a los nacionales de otros Estados miembros que se encuentren en la situación prevista en el artículo 14, apartado 4, letra b), de esa Directiva, mientras que esas prestaciones se conceden a los nacionales de ese Estado miembro que se hallan en la misma situación”. Cit. (ECLI:EU:C:2015:597). “Durante los primeros tres meses de residencia o, si procede, el período de búsqueda de trabajo mencionado en la letra b) del apartado 4 del artículo 14 de la Directiva 2004/38 que se prolongue más allá de ese primer período, el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2014, *Dano*, asunto C-333/13 (ECLI:EU:C:2014:2358).

32. “La Directiva 2004/38, que establece un sistema gradual de mantenimiento de la condición de trabajador que pretende asegurar el derecho de residencia y el acceso a las prestaciones sociales, toma en consideración, ella misma, los diferentes factores que caracterizan la situación individual de cada solicitante de una prestación social, y en especial la duración del ejercicio de una actividad económica [...] ese examen individual no es exigible sin embargo en un supuesto como el del asunto principal”. Cit. (ECLI:EU:C:2015:597).

vinculación real del solicitante con su mercado laboral³³, así como la comprobación de la existencia de determinados períodos de residencia previos³⁴.

II. EL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS DEMANDANTES DE EMPLEO: SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 2020, G.M.A., ASUNTO C-710/19

La Sentencia *G.M.A.*³⁵ trae origen en el litigio que enfrentó al Sr. G.M.A. y al Estado belga por la negativa de este a reconocerle un derecho de residencia por más de tres meses en territorio belga como solicitante de empleo.

El Sr. G.M.A. solicitó un derecho de residencia por más de tres meses en dicho Estado miembro en calidad de solicitante de empleo, de conformidad la normativa belga de extranjería.

La Oficina de Extranjería denegó dicha solicitud, manifestando que el Sr. G.M.A. no cumplía los requisitos exigidos por la legislación belga para disfrutar de un derecho de residencia por más de tres meses, dado que la documentación aportada por este no permitía suponer que tuviera posibilidades reales de ser contratado en territorio belga. En consecuencia, se dispuso que debía abandonar ese territorio en los treinta días siguientes a la notificación de dicha resolución. Recurrida esta decisión por el Sr. G.M.A., el órgano jurisdiccional competente para conocer en primera instancia de los litigios relativos a la legalidad de las resoluciones de la Oficina de Extranjería, desestimó su recurso.

33. “Los subsidios de espera previstos por la normativa belga, que permiten a sus beneficiarios acceder a programas especiales de colocación, tienen como objetivo facilitar a los jóvenes el paso de la enseñanza al mercado laboral. En tal contexto, resulta legítimo que el legislador nacional desee asegurarse de la existencia de un vínculo real entre el solicitante de dichos subsidios y el mercado geográfico laboral correspondiente”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2002, *D’Hoop*, asunto C-224/98 (ECLI:EU:C: 2002:432). “Resulta legítimo que el legislador nacional solo conceda tal prestación tras asegurarse de la existencia de un vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado laboral de este Estado [...]. La existencia de este vínculo podría comprobarse, en especial, mediante la constatación de que la persona de que se trate ha buscado empleo de manera efectiva y real en el Estado miembro en cuestión durante un período razonable [...]. Incumbe a las autoridades nacionales competentes y, en su caso, a los tribunales nacionales no sólo constatar la existencia de un vínculo real con el mercado de trabajo, sino también analizar los elementos constitutivos de dicha prestación, especialmente sus objetivos y los requisitos de su concesión”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, *Vatsouras y Koupatantze*, asuntos acumulados C-22/08 y C-23/08 (ECLI:EU:C:2009:344).

34. “Un ciudadano de la Unión sólo puede reclamar la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado miembro de acogida en virtud del artículo 24, apartado 1, de la Directiva 2004/38 si su estancia en el territorio de dicho Estado cumple los requisitos de esta Directiva [...]. En efecto, admitir que personas que no disfrutaran del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 puedan reclamar un derecho a percibir prestaciones de asistencia social en las mismas condiciones que las aplicables a los propios nacionales iría en contra de un objetivo de dicha Directiva, recogido en su considerando 10, consistente en evitar que los ciudadanos de la Unión nacionales de otros Estados miembros se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida [...]. En consecuencia, para determinar si unas prestaciones de asistencia social, como las prestaciones controvertidas, pueden ser denegadas sobre la base de la excepción del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38, es preciso comprobar previamente si es posible aplicar el principio de igualdad de trato recordado en el artículo 24, apartado 1, de dicha Directiva y, por lo tanto, la legalidad de la estancia del ciudadano de la Unión interesado en el territorio del Estado miembro de acogida”. Sentencia del Tribunal de Justicia de de 25 de febrero de 2016, *García-Nieto*, asunto C299/14 (ECLI:EU:C: 2016:114).

35. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 2020, *G.M.A.*, asunto C-710/19 (ECLI:EU:C:2020:1037).

El Sr. G.M.A. interpuso recurso de casación, alegando, en primer lugar, que del artículo 45 TFUE, interpretado a la luz de la sentencia *Antonissen*, se desprendía que los Estados miembros tienen la obligación de conceder un “plazo razonable” a los solicitantes de empleo procedentes de otro Estado miembro, con objeto de que puedan llegar a conocer las ofertas de empleo que puedan convenirles y adoptar las medidas necesarias para ser contratadas. Dicho plazo no puede, en ningún caso, ser inferior a seis meses, como se desprendía de la lectura conjunta por analogía de los artículos 7, apartado 3, 11 y 16 de la Directiva 2004/38/CE, añadiendo además que durante todo ese plazo, el solicitante de empleo no estaría obligado a demostrar que tiene posibilidades reales de ser contratado.

Por otra parte, el Sr. G.M.A. alegó que, con posterioridad a la adopción de la resolución de la Oficina de Extranjería, había sido seleccionado como becario por el Parlamento Europeo, circunstancia que demostraría que tenía posibilidades reales de ser contratado y que, en consecuencia, podría haber disfrutado de un derecho de residencia por más de tres meses.

A la vista de esto, el órgano jurisdiccional de remisión consideró que la solución del litigio principal dependía de la manera en que el Tribunal de Justicia interpretase el artículo 45 TFUE, los artículos 15 y 31 de la Directiva 2004/38/CE y los artículos 41 y 47 de la Carta, contemplando la posibilidad de que, si esas disposiciones debían ser interpretadas en línea con lo alegado por el Sr. G.M.A., este debería gozar de un derecho de residencia por más de tres meses en territorio belga. Por esta razón, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

La primera de ellas, de triple alcance, relativa a si debía interpretarse el artículo 45 TFUE en el sentido de que el Estado miembro de acogida estaría obligado, en primer lugar, a conceder un plazo razonable a un solicitante de empleo con vistas a que pueda llegar a conocer las ofertas de empleo que puedan convenirle y adoptar las medidas necesarias para ser contratado; en segundo lugar, a reconocer que el plazo para buscar trabajo no puede, en ningún caso, ser inferior a seis meses, y, para concluir, a autorizar la presencia de la persona que busca trabajo en su territorio durante todo ese plazo, sin exigirle que acredite que tiene posibilidades reales de ser contratado.

La segunda de las cuestiones estaba directamente relacionada con el hecho concreto alegado por el Sr. G.M.A. y su selección como becario posterior a la adopción de la resolución de la Oficina de Extranjería resolviendo su expulsión del territorio belga. Sobre esta concreta cuestión, el Tribunal de remisión planteó la cuestión de si debían interpretarse los artículos 15 y 31 de la Directiva 2004/38/CE, los artículos 41 y 47 de la Carta y los principios generales de primacía del Derecho de la Unión en el sentido de que los órganos jurisdiccionales nacionales del Estado miembro de acogida tenían la obligación, al resolver un recurso de anulación contra una resolución que denegaba a un ciudadano de la Unión el reconocimiento de un derecho de residencia de más de tres meses, de tener en cuenta hechos nuevos que se hubieran producido posteriormente a la resolución adoptada por las autoridades nacionales, cuando tales hechos podían originar una modificación de la situación de la persona solicitante y que ya no

permitiría limitar sus derechos de residencia en el Estado miembro de acogida. A esta cuestión el Tribunal no llegó a dar respuesta al inferirse de la dada a la primera.

En su respuesta a la primera de las cuestiones planteadas, reformulada por iniciativa propia, el Tribunal de Justicia comenzó por recurrir a su propia doctrina *Antonissen* para recordar que una interpretación estricta del artículo 45 TFUE, apartado 3, comprometería las oportunidades reales de que el nacional de un Estado miembro que busca empleo lo encuentre en los demás Estados miembros, privando de eficacia a dicha disposición. La eficacia de este artículo queda garantizada en la medida en que la legislación de la Unión o, en defecto de esta, la legislación de un Estado miembro, conceda a los interesados un plazo razonable que les permita llegar a conocer, en el territorio del Estado miembro de acogida, las ofertas de empleo que correspondan a sus calificaciones profesionales y adoptar, en su caso, las medidas necesarias para ser contratados.

Por tanto, el Tribunal reforzó de esta manera lo que ya había establecido previamente en su sentencia *Antonissen* al recordar que el Estado miembro de acogida está obligado a conceder a los solicitantes de empleo un plazo razonable que les permita llegar a conocer, en el territorio de dicho Estado miembro, las ofertas de empleo que se correspondan con su capacitación profesional y adoptar, en su caso, las medidas necesarias para ser contratados.

Para la determinación del mencionado “plazo razonable” y, en especial, el momento en que debe comenzar a computarse, el Tribunal de Justicia vuelve a recurrir a lo ya expresado en su sentencia *Antonissen*, en lectura conjunta con lo dispuesto en los artículos 6 y 14 de la Directiva 2004/38/CE. Al respecto, el Tribunal comienza por recordar que el artículo 6 de la Directiva 2004/38/CE otorga a todos los ciudadanos de la Unión el derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un período de hasta tres meses sin estar sometidos a otra condición o formalidad que la de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos. Durante este plazo no cabe exigir ningún tipo de acción encaminada a la consecución de un empleo, dado que dicha disposición se aplica a todos los ciudadanos de la Unión, con independencia del motivo de entrada en el Estado de acogida. Por tanto, aunque el motivo de llegada al Estado de acogida sea el de buscar un empleo, durante los tres primeros meses su derecho de residencia está ligado a lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 2004/38/CE y, en consecuencia, no condicionado a acción alguna.

Consecuencia de lo anterior, el Tribunal establece que el “plazo razonable” que el Estado debe conceder al demandante de empleo para conocer las ofertas de empleo que se correspondan con su capacitación profesional y adoptar, en su caso, las medidas necesarias para ser contratados debe comenzar a computarse en el momento en el que el demandante se inscribe como solicitante de empleo en el Estado miembro de acogida.

Con respecto a la duración de dicho plazo, al Tribunal no aporta elementos nuevos respecto de lo ya dispuesto en la sentencia *Antonissen*, que vuelve a invocar para establecer que, pese a no establecerse expresamente una duración mínima para dicho plazo, “procede considerar que un plazo de seis meses a partir de la fecha de inscripción no resulta insuficiente, en principio, y no menoscaba la eficacia del artículo 45 TFUE”.

Por tanto, el Tribunal de Justicia refuerza de esta manera el plazo mínimo de seis meses como razonable para que el demandante de empleo pueda conocer las ofertas de empleo que se correspondan con su capacitación profesional y adoptar, en su caso, las medidas necesarias para ser contratados precisando, eso sí, que dicho plazo debe empezar a computarse en el momento en el que el demandante realice su inscripción como demandante de empleo.

Otro elemento esencial para el mantenimiento de la residencia del demandante de empleo sobre el que el Tribunal se pronuncia es el que se refiere a la acreditación de la búsqueda de empleo y las posibilidades reales de ser contratado. Esta condición, con origen en la sentencia *Antonissen* y trasladado posteriormente al artículo 14.4.b) de la Directiva 2004/38/CE, conlleva que el demandante no puede ser expulsado del territorio de un Estado miembro si, una vez agotado el plazo razonable, puede acreditar que continúa buscando empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado.

También sobre esta concreta cuestión el Tribunal ha querido precisar y endurecer, siquiera livianamente, la facultad del Estado miembro de acogida de expulsar de su territorio a quienes no puedan cumplir dichas condiciones. Para ello, el Tribunal recuerda que el interesado no puede ser obligado a abandonar el territorio del Estado miembro de acogida si, una vez transcurrido un plazo razonable, prueba que continúa buscando empleo y que tiene verdaderas oportunidades de ser contratado, tal y como ya se había dispuesto en la sentencia *Antonissen*.

Atendiendo al literal de la disposición, el solicitante de empleo debe “continuar” buscando empleo una vez transcurrido ese plazo razonable, por lo que cabe deducir que el Estado miembro de acogida puede, ya durante dicho plazo, exigir que el solicitante de empleo busque trabajo. No obstante, puntualiza el Tribunal, durante dicho plazo, ese Estado miembro no puede exigir al interesado que demuestre que tiene posibilidades reales de ser contratado sino, únicamente, que está buscando empleo, concluyendo que “solo una vez transcurrido ese mismo plazo razonable el solicitante de empleo estará obligado a demostrar, no solo que sigue buscando empleo, sino también que tiene posibilidades reales de ser contratado”.

Para concluir, tal vez como contrapunto a las limitaciones puestas a los Estados, el Tribunal deriva en ellos la competencia para apreciar las pruebas presentadas por el demandante de empleo. Eso sí, el alcance de esta facultad no es libre e ilimitada, sino que debe estar sometida al análisis conjunto de los elementos de juicio aportados por el demandante, como por ejemplo “el hecho de que el solicitante se haya inscrito en el organismo nacional que se ocupa de los solicitantes de empleo, de que se dirija periódicamente a potenciales empleadores mediante cartas de candidatura o de que acuda a entrevistas de trabajo, para lo cual deben tener en cuenta la situación del mercado de trabajo nacional en el sector que corresponda a las aptitudes personales del solicitante de empleo de que se trate”, no pudiendo tenerse en cuenta, a los efectos de considerar que el demandante no cumple los requisitos establecidos en el artículo 14.4.b) de la Directiva 2004/38/CE, “el hecho de que este haya rechazado ofertas de empleo que no se correspondan con su capacitación profesional”.

III. CONCLUSIONES

La especial configuración de la figura del demandante de empleo en la Unión Europea, a medio camino entre trabajador y ciudadano económicamente inactivo, ha propiciado la aparición de determinadas disposiciones particulares que, si bien suponen una cierta relajación de los estrictos límites que los Estados miembros han impuesto a los ciudadanos inactivos en relación con la residencia y acceso a prestaciones de asistencia social, lo cierto es que este colectivo sigue presentando un derecho a la libre circulación ciertamente limitado.

Pese a la rotunda prohibición de limitar el derecho a la libre circulación por razones económicas, no hay lugar a dudas de que detrás de las distintas restricciones que se han venido produciendo en los últimos años subyacen estas razones. El propio Tribunal de Justicia ha tenido que suavizar su doctrina para admitir determinadas condiciones impuestas por los Estados miembros, tratando de buscar cierto equilibrio entre el derecho a la libre circulación y el sostenimiento de los sistemas de protección social, evitando que esta movilidad no suponga una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida.

Para los demandantes de empleo este derecho está especialmente ligado al mantenimiento de la condición de trabajador y que conlleva una acción de búsqueda de empleo, para cuya labor el demandante de empleo dispone de un plazo de seis meses que el propio Tribunal, en su Sentencia *Antonissen*, ha considerado como razonable. Es en este aspecto donde la Sentencia *G.M.A.* ha venido a flexibilizar y, en cierto modo, reforzar la libre circulación de los demandantes de empleo al precisar aspectos sumamente relevantes para este colectivo. Frente a la interpretación estricta y limitativa con la que los Estados miembros han aplicado el plazo razonable de seis meses instaurado en la Sentencia *Antonissen*, el Tribunal de Justicia ha aclarado, en mi opinión, de manera favorable para los demandantes de empleo, el momento en que empieza a computarse el plazo de seis meses, en qué momento debe acreditarse la búsqueda de empleo, y en qué momento deben acreditarse las posibilidades reales de ser contratados.

Pese a este nuevo espaldarazo del Tribunal de Justicia a la libre circulación de los demandantes de empleo en la Unión Europea, esta continúa sin ser plena, algo que presenta un cuestionado encaje con lo dispuesto en el artículo 45 TFUE.

Bibliografía

- Aussant, J.; Fornasier, R.; Louis, J. V.; Séché, J.C.; Van Raepenbusch, S.: *Commentaire Megret. Libre circulation des personnes, des services et des capitaux*, Editions de L'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1990.
- Cabeza Pereiro, J., “La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 122, 2016.
- Carrascosa Bermejo, D.: “Libre circulación de ciudadanos comunitarios inactivos y protección social, ¿sufre la UE de aporofobia?”, en Miranda Boto, J. M. (dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, Madrid, 2018.

- Carrascosa Bermejo, D.: "Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017.
- Ceinos Suárez, Á.: "Libertad de circulación y limitaciones por razón de seguridad y salud", en García Murcia, J. (dir.): *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea*, Juruá, Lisboa, 2016.
- Durán López, F.: "Las libertades fundamentales en la CEE: La libertad de circulación de trabajadores"; en Peláez Marón, J. M. (coord.): *Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992.
- García Torres, A.: "Libertad de circulación y empleos en la administración pública", en García Murcia, J. (dir.): *Libertades de circulación y derecho de protección social en la Unión Europea*, Juruá, Lisboa, 2016.
- Gómez Muñoz, J. M.: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996.
- Guerrero Padrón, T.: "El derecho de residencia como factor limitativo del acceso a prestaciones de Seguridad Social", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.
- Guerrero Vizueté, E.: "La búsqueda de empleo por los trabajadores migrantes y su protección social", en Gorelli Hernández, J. (coord.): *Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años de la Unión, XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2017.
- Jiménez Blanco, P.: "Los demandantes de empleo en Europa: derecho de residencia y acceso a las prestaciones sociales", *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 2, 2015.
- Landa Zapirain, J. P.: "La noción de empleo público en el Derecho Comunitario Europeo: las excepciones a la libre circulación de personas contenidas en los artículos 48.4 y 55.1 TCE", *Revista Noticias de la Unión Europea*, núm. 147, 1997.
- Lirola Delgado, I.: "La Sentencia Dano: ¿el punto final de los "malabarismos" del TJUE en materia de libre circulación de los ciudadanos de la Unión inactivos económicamente", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 36, 2015.
- Maneiro Vázquez, Y.: "La libre circulación de trabajadores", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 122, 2016.
- Martín Martínez, M. M.: "Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, 2014.
- Martín Vida, M. A.: "La dimensión social de la Comunidad Europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 8, 2007.
- Miranda Boto, J. M.: "La búsqueda de empleo transnacional: cuestiones de actualidad.", en Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F.: (coords.): *Políticas de Empleo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013.
- Miranda Boto, J. M.: "La libre circulación de trabajadores en la Unión Europea", en Cardenal Carro, M. y Pérez Campos. A. I., (dirs.) y Areta Martínez, M. (coord.): *Derecho del Trabajo y protección social en la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2019.
- Pérez van Kappel, A.: "La libre circulación de personas sin motivos económicos tras la adopción de la Directiva 2004/38/CE y a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia CE", en Huelin Martínez de Velasco, J. (dir.): *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- Rodríguez-Rico Roldán, V.: "Las restricciones a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión económicamente inactivos: una revisión jurídico-crítica", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 47, 2018.

- Sánchez-Rodas Navarro, C.: “El derecho a la libre circulación y la supresión de cláusulas de residencia”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.
- Sánchez-Urán Azaña, Y.: “Ciudadanía de la Unión y derechos de protección social. Balance y perspectivas del modelo condicional de solidaridad social comunitaria”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 56, 2015.
- Sánchez-Urán Azaña, Y.: “Derecho Comunitario, libertad de circulación y protección social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 124, 2016.



Recensiones



Recensión de la obra de Josep Moreno Gené: *El estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de seguridad social*, Atelier, Barcelona, 2020*

Óscar Requena Montes

Profesor del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat de València

oscar.requena@uv.es  0000-0001-7910-1426

Recibido: 27.04.2021 | Aceptado: 28.04.2021

Sirviéndose de apenas seis páginas, el profesor Moreno Gené nos “acomoda” en el ámbito de la investigación, destacando desde el primer momento la relevancia de la figura del investigador. Nos “transporta” fugazmente por las distintas fases de su carrera profesional (formación, perfeccionamiento y estabilización) y consigue que “atterricemos” suavemente en el tema abordado en la monografía que tenemos entre manos: el contrato predoctoral, cuyo interés no solo se encontraría en la actualidad del tema como consecuencia de los últimos acontecimientos, pronunciamientos judiciales y cambios legislativos, sino también, en general, porque “es la etapa de formación en la investigación, es decir, aquella consistente en la introducción y formación de titulados recientes en el campo de la investigación, una de las que más condiciona la carrera investigadora y, en última instancia, la propia actividad investigadora desarrollada en nuestro país”.

Siendo el *Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación* el nombre oficial que desde el año 2019 se le ha concedido al “destino” donde disfrutaremos de un intenso y completísimo análisis del contrato predoctoral, el autor nos explica, previamente y con todo lujo de detalles, el “largo, lento y penoso” camino que han debido aguantar sus “habitantes” (el personal investigador en formación) hasta llegar a ser reconocidos como “ciudadanos” (léase trabajadores) mediante la normalización de su contratación laboral.

* Esta contribución se inscribe en el trabajo y resultados del proyecto de investigación denominado “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” (referencia: DER2017-83488-C4-3-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER.

No en vano, no han sido pocas las batallas en las que este colectivo ha tenido que luchar para lograr que se termine reconociendo su condición de trabajadores, dejando atrás definitivamente el tratamiento que la legislación le otorgaba, como meros becarios. Así, mediante la revisión de los distintos modelos de estatuto que han regido la “sociedad predoctoral” resulta sencillo percatarse de los pasos, lentos pero firmes, que los investigadores en etapa formativa han venido dando: desde el *Estatuto del Becario de Investigación* del año 2003 (modelo 4+0), pasando por el modelo 2+2 -esto es, dos años de beca y dos años de contrato de trabajo- propio del *Estatuto del Personal Investigador en Formación* (EPIF) de 2006, hasta llegar al modelo 0+4 que llegó -para quedarse- con la *Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación* (LC, en lo sucesivo).

Sin embargo, la actitud necesariamente combativa de este sector de la población -el predoctoral- no cesa, ya que continúa padeciendo una notable inseguridad -jurídica- en lo que respecta a sus condiciones de vida, donde la precariedad e inestabilidad laboral merman u obstaculizan sus opciones de emancipación y de progreso en la carrera profesional. Esta sensación se hizo todavía más patente cuando, en el año 2015 y sin previo aviso, la Administración de la Seguridad Social decidió modificar unilateralmente los códigos del contrato, pasando a identificarse a efectos administrativos como contratos en prácticas. Independientemente de los efectos jurídicos reales de dicha modificación, lo cierto es que fue la “chispa” que provocó las “airadas quejas de los afectados”, quienes prontamente se organizaron para reivindicar el cumplimiento del mandato legal por el cual debía haberse aprobado un nuevo Estatuto acorde a las reglas previstas en la LC.

Así se llega, tras las debidas manifestaciones y reuniones que mantuvieron las asambleas de colectivos predoctorales con los sindicatos y la Secretaría de Estado de Investigación, al *Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación*. Texto legal que, como se señala en su preámbulo, “tiene por objeto desarrollar el régimen jurídico del contrato predoctoral” al que se refiere el artículo 21 de la LC.

Como se indicaba, es éste el “destino” al que nos conduce el autor de la monografía y donde, pese a la brevedad, sencillez y concisión que se desprende en toda la obra, se permite explayarse algo más. De este modo, ya en el marco del *Estatuto del personal investigador predoctoral en formación*, nos hace un recorrido por las diversas y dispersas fuentes que abastecen a los sujetos del contrato predoctoral de numerosas reglas y, como nos irá revelando a lo largo del viaje, también de alguna que otra controversia; la mayoría de las cuales fruto de la influencia formativa que tradicionalmente ha caracterizado al “pueblo predoctoral”, que en más de una ocasión se emplea como argumento para denegarle la plena “capacidad” -realmente, seguridad o protección- jurídica. Se entiende, por tanto, que el colectivo predoctoral tienda a rehusar de su condición de trabajador en formación y reivindique su capacitación, madurez y autonomía profesional para ser sujetos -trabajadores- “de pleno derecho” -o, mejor dicho, con los mismos derechos que otros trabajadores temporales-.

Con la finalidad de ir conociendo mejor la realidad del escenario que visitamos, Josep Moreno Gené nos explica quiénes son los posibles sujetos de la relación laboral, cuál es el objeto, los requisitos formales, la duración, la retribución, el tiempo de trabajo y demás condiciones a cumplir por quienes suscriben un contrato predoctoral, hasta llegar a la extinción del contrato, donde se extiende al explicar “la principal cuestión litigiosa”; es decir, si cabe o no indemnización ante la llegada a término del contrato temporal. Al respecto, cabe apuntar que en el momento de la redacción de la monografía todavía no se había pronunciado el Tribunal Supremo¹, pero en este epígrafe se da buena cuenta del debate judicial y doctrinal que se dio acerca de la cuestión. Por último, y como recordatorio del tedioso proceso de conquista y reconquistas sociales y laborales protagonizado por los investigadores en formación, el autor expone la progresiva protección que se les ha venido ofreciendo en materia de Seguridad Social, desde su situación originaria de práctica exclusión -más allá de la derivada de su condición de estudiante- hasta su plena equiparación al resto de trabajadores, sin descuidar alguna peculiaridad en lo relativo a la cuota empresarial y al modo de cotizar.

La experiencia que nos ofrece el profesor no está provista de epílogo ni tampoco contiene un epígrafe titulado “conclusiones”, pero sí contiene una “parada” final (denominada “IV. Claroscuros del Estatuto del personal investigador predoctoral en formación”) donde el autor no se limita a recoger las distintas críticas y conclusiones a las que va llegando a lo largo de su estudio, sino que, haciendo gala de su profundo conocimiento del régimen jurídico-laboral aplicable en el ámbito universitario, amplía el foco y enlaza la concreta materia objeto de estudio con el resto de etapas de la carrera investigadora, confirmando la hipótesis recogida en las primeras páginas de la obra, según la cual la normativa laboral, y especialmente la elevadísima temporalidad presente en la contratación de investigadores, han convertido la carrera profesional “en un penoso *via crucis* por el que inexorablemente se debe transitar antes de poder obtener unos razonables niveles de estabilidad laboral”.

En definitiva, la monografía recensionada es, con toda probabilidad, el ensayo más riguroso, completo y actual relativo a las cuestiones jurídico-laborales que envuelven a la figura del investigador predoctoral, lo que le convierte en una obra imprescindible y de referencia. Está escrita de manera impecable (apenas se han advertido tres erratas) y con la sencillez propia del maestro que domina la materia. No en vano, ésta es “una de las líneas de investigación recurrentes del autor, estudiando a lo largo de los años con extraordinaria exhaustividad y acierto la situación del colectivo predoctoral,

1. Resolución que, sin embargo, ha analizado particularmente en: Moreno Gené, J.: “La indemnización por finalización del contrato predoctoral: fin del debate judicial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 903/2020, de 13 de octubre”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, núm. 454, 2021, pp. 154-163. Me permito remitir, asimismo, a Requena Montes, Ó.: “Argumentos en torno a la indemnización por fin de contrato predoctoral. Comentario a la STS, Sala de lo Social, núm. 903/2020, de 13 de octubre”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2021, en prensa.

los avances que se iban sucediendo y las correspondientes propuestas o reformas de mejora”².

Así ha sido desde que en 1998 publicó su primera aproximación a “Los becarios de investigación: docencia *versus* formación” en el número 23 de la revista *Autonomies: Revista Catalana de Dret Públic*, hasta hoy, titulándose algunos de sus últimos trabajos: “El contrato de acceso al sistema de ciencia, tecnología e innovación: la equivalencia retributiva como derecho básico del investigador doctor contratado. A propósito de la STSJ del País Vasco de 22 de octubre de 2019”³ y “Cuestiones controvertidas que suscita el régimen jurídico de los investigadores predoctorales y la solución dispensada a las mismas por los Tribunales”⁴. Ambos constituyen, en mi opinión, el complemento ideal de la obra que ha sido objeto de recensión aquí.

Bibliografía

- Gil Otero, L.: “Recensión de la obra de Josep Moreno Gené: *El estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de seguridad social*, Atelier, 2020”, *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 11, 2020.
- Moreno Gené, J.: “Cuestiones controvertidas que suscita el régimen jurídico de los investigadores predoctorales y la solución dispensada a las mismas por los Tribunales”, blog *Foro de Labos*, disponible en <https://forodelabos.blogspot.com/2021/04/cuestiones-controvertidas-que-suscita.html>.
- Moreno Gené, J.: “El contrato de acceso al sistema de ciencia, tecnología e innovación: la equivalencia retributiva como derecho básico del investigador doctor contratado. A propósito de la STSJ del País Vasco de 22 de octubre de 2019”, *IUSLabor*, núm. 1, 2021.
- Moreno Gené, J.: “La indemnización por finalización del contrato predoctoral: fin del debate judicial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 903/2020, de 13 de octubre”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, núm. 454, 2021.
- Requena Montes, Ó.: “Argumentos en torno a la indemnización por fin de contrato predoctoral. Comentario a la STS, Sala de lo Social, núm. 903/2020, de 13 de octubre”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2021, en prensa.

2. Como expresa Gil Otero, L., en una recensión de esta misma obra publicada en *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 11, 2020, pp. 239-253, quien recoge buena parte de las publicaciones de Moreno Gené al respecto.

3. *IUSLabor*, núm. 1, 2021, pp. 143-163, disponible en <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/> (última consulta: 26.04.2021).

4. Comentario publicado en el potente blog *Foro de Labos*, disponible en <https://forodelabos.blogspot.com/2021/04/cuestiones-controvertidas-que-suscita.html> (última consulta: 26.04.2021).



Recensión de la obra de José Manuel Pazó Argibay: *La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea. Especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, Cinca, Madrid, 2021

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

csrodas@us.es  0000-0001-9780-7860

Recibido: 11.06.2021 | Aceptado: 15.06.2021

Esta obra ofrece un detallado estudio de las disposiciones particulares aplicables a la prestación por desempleo contenidas en los Reglamentos de coordinación, identificando aquellas cuestiones que presentan mayor dificultad y ofreciendo alternativas desde la perspectiva española. Para dicha labor, además del propio texto de los distintos Reglamentos (3/58, 1408/71 y 883/2004), el autor analiza e incorpora todos los pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre esta concreta prestación a lo largo de su historia.

En el capítulo primero, tras un análisis introductorio de las disposiciones relativas a la libre circulación, el autor aborda el estudio del ámbito material y personal de los Reglamentos, con especial atención a la evolución de este último ámbito como consecuencia de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. Como cierre a este capítulo, dada la técnica y los instrumentos empleados en la regulación del desempleo, se abordan los principios rectores de la coordinación con especial atención a aquellos que mayor incidencia tienen sobre esta contingencia.

El capítulo segundo disecciona las reglas de la totalización y el cálculo de la prestación por desempleo. La identificación y valoración de los períodos de seguro, empleo y actividad por cuenta propia susceptibles de totalización, así como su alcance y requisitos para su activación constituyen el contenido de este capítulo. Un capítulo en el que tiene una importante presencia la interpretación que al respecto de estas cuestiones han hecho los órganos judiciales españoles, de manera especial, las referidas al subsidio para mayores de 52 años como consecuencia de las sentencias *Martínez Losada* y *Ferreiro Alvite*.

La exportación de la prestación por desempleo, como concreción del principio de conservación de los derechos adquiridos, da contenido al capítulo tercero. Los severos

requisitos a los que está sometido este derecho, su controvertido acomodo con la libre circulación, lo limitado de su duración o el grado de desconocimiento de este derecho a nivel nacional son los aspectos centrales de análisis en este capítulo. Este capítulo se completa con las imprecisas condiciones para la prórroga de la exportación de la prestación por desempleo de la mano de los requisitos facilitados por la Subdirección General de Prestaciones del SEPE y de la jurisprudencia más reciente. Como cierre a este capítulo, el autor incorpora y analiza los datos de prestaciones exportadas en España, con especial atención a su duración media, las solicitudes de prórroga autorizadas por el SEPE y el grado de éxito en la búsqueda de empleo en otros Estados miembros bajo este mecanismo contemplado en los Reglamentos.

El capítulo cuarto se centra en el estudio de las particularidades del trabajador fronterizo, cuya situación de presencia al mismo tiempo en dos Estados distintos, el de trabajo y el de residencia, han dado lugar a la necesaria configuración de medidas particulares en materia de desempleo. En relación con este colectivo, el autor aborda aspectos como la problemática determinación del lugar de residencia, el control del retorno periódico exigible para su correcta configuración, la determinación de la legislación aplicable en función del tipo de desempleo (parcial o total), así como las principales particularidades en cuanto al cálculo de la prestación, la posibilidad de exportación de la misma, o las particularidades en cuanto a la puesta a disposición ante los servicios de empleo de los distintos Estados intervinientes en este particular colectivo de trabajadores.

El capítulo quinto profundiza en las particularidades aplicables a la prestación por desempleo de los trabajadores que, sin tener la condición de fronterizos, en el momento su último período de empleo o actividad residían en un Estado miembro distinto del competente. La inexistente identificación de este particular colectivo en los propios Reglamentos de coordinación y el estudio de su desarrollo a través de sucesivas Decisiones de la Comisión Administrativa y pronunciamientos del Tribunal de Justicia sirven de punto de partida en el análisis de las particularidades que le son de aplicación en relación con el desempleo.

Como cierre, el autor ofrece una serie de propuestas de mejora de los Reglamentos que se encuentran directamente relacionadas con aquellos aspectos que, fruto del análisis realizado en esta obra, presentan mayores controversias en cuanto a su coordinación. Así, por ejemplo, el autor aboga por el establecimiento de un período previo mínimo de tres meses de seguro, empleo o actividad por cuenta propia ante el último Estado y ante el que se solicita la prestación para que pueda activarse el mecanismo de la totalización; la adaptación de las reglas del cálculo de la prestación en línea con las recientes interpretaciones jurisprudenciales y en el sentido de que si una legislación prevé un período de referencia a efectos de determinar la retribución que servirá de base para el cálculo de la prestación por desempleo, este período de referencia incluya los períodos necesarios acreditados tanto con arreglo a la citada legislación como a la de otros Estados miembros; la posibilidad de exportación de la prestación por desempleo por la duración total reconocida por el Estado competente; una mayor claridad de los criterios para la determinación del Estado de residencia

del trabajador fronterizo; la revisión del sistema de reembolsos previstos; o aspectos técnico-administrativos que dificultan el derecho de puesta a disposición en los Estados de empleo y residencia, entre otras cuestiones.

Finalmente, cabe destacar la incorporación que el autor hace de la visión más autorizada de la doctrina, enriqueciendo cada una de las cuestiones tratadas con el punto de vista de la doctrina más destacada, nacional y extranjera.



Varia



Luisa Carnés y su defensa de los derechos laborales de las mujeres

LUISA CARNÉS AND ITS DEFENCE OF WOMEN'S LABOUR RIGHTS

María Dolores Rubio de Medina

Doctora en Derecho y Licenciada en Antropología Social y Cultural
Investigadora del Grupo PAI SEJ 447: "Coordinación Comunitaria de Regímenes de Seguridad Social y Asistencia Social". Universidad de Sevilla
md.rubio.de.medina@gmail.com 0000-0001-7510-4611

Recibido: 09.05.2021 | Aceptado: 09.05.2021

RESUMEN

La novelista Luisa Carnés por su defensa de los derechos laborales, especialmente de las mujeres, se encuadra en la narrativa social de la preguerra. Su obra muestra las duras condiciones laborales de los trabajadores a lo largo del siglo XX en España y en el exilio mexicano. Sus novelas y relatos nos permiten profundizar en la existencia de una legislación insuficiente para defender a los trabajadores frente a los abusos empresariales.

ABSTRACT

The novelist Luisa Carnés for her defense of labor rights, especially women, fits into the prewar social narrative. Her work shows the harsh working conditions of workers throughout the 20th century in Spain and in Mexican exile. Her novels and stories allow us to delve into the existence of insufficient legislation to defend workers against business abuses.

PALABRAS CLAVE

Narrativa social
Mujeres
Inmigrantes
Derechos laborales

KEYWORDS

Social narrative
Women
Emigrants
Labor rights

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: NOTAS BIOGRÁFICAS
 - II. LA NOVELA «TEA ROOMS»
 - III. EL TRABAJO EN LOS CAMPOS DE CONCENTRACIÓN
 - IV. EL TRABAJO MARGINAL DE LOS EXILIADOS ESPAÑOLES EN MÉXICO.
 - V. CONCLUSIÓN
- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN: NOTAS BIOGRÁFICAS

La relación de Luisa Carnés (Madrid, 1905 - México D.F., 1964) con el mundo laboral, especialmente el de las mujeres que describió de forma magistral en sus artículos periodísticos, cuentos y novelas, fue muy temprana. Sus textos de ficción parten de una realidad, la propia experiencia en el trabajo y su precoz descubrimiento de la conciencia de clase.

Luisa dejó la escuela a los 11 años para entrar como aprendiz en el taller de sombreros de una tía, donde permaneció unos siete años, esta experiencia laboral daría lugar, años después, a la publicación de su novela *Natacha* (1930). Su incursión laboral continuó en el obrador de una pastelería. Esa prematura entrada en el mercado laboral sería el germen de dos rasgos esenciales de su personalidad: su profunda conciencia social y su militancia política, que desarrolló tanto en los medios de comunicación como en los ambientes políticos (se afilió al PCE).

Su falta de estudios no fue limitación para que diera el salto al ambiente intelectual, dejando de lado el trabajo manual. En 1926 entró en la editorial Compañía Iberoamericana de Publicaciones (CIAP), su puerta para realizar colaboraciones periodísticas y publicar sus primeros relatos.

En su incursión narrativa, Luisa opta por describir lo que mejor conoce, el mundo laboral de las mujeres obreras, pobres, desamparadas y excluidas socialmente en el primer tercio del siglo XX, caracterizado por la insuficiente e ineficaz protección del colectivo.

En 1934, mientras continuaba su colaboración con los medios de comunicación (entre otras cabeceras, escribió en los diarios «Estampa» y «Ahora»), publicó una novela, cuya reimpresión la consagró como novelista en España hace unos cinco años, titulada *Tea Rooms (Mujeres obreras)*, donde describe de forma minuciosa las dificultades que sufrieron las mujeres de su época para lograr la inserción social y laboral durante la II República.

La derrota del bando republicano en la Guerra Civil –tiempo en el que trabajó entre otras cabeceras en «Altavoz del frente» y el «Mundo Obrero»–, la obligó a abandonar España por la Junquera (Gerona) el día 26/1/1939. Permaneció en el centro de internamiento Le Pauliguen en La Boule (Lora Inferior) hasta que fue reclamada por Margarita Nelken, a medianos del mes de marzo de 1939, desde donde se trasladó a París, lugar donde reunió los papeles correspondientes para exiliarse a México. En este país continuó implicándose de forma muy activa en la defensa de los derechos

laborales, especialmente los de las mujeres, hasta sus últimos días, pues falleció a la edad de 59 años, el 12/3/1964, a consecuencia de las heridas que le provocó un accidente de automóvil ocurrido cuando volvía de la celebración del Día Internacional del Trabajo, acto en el que había sido redactora del manifiesto por encargo de la Unión de las Mujeres Españolas en México.

Tras este breve perfil biográfico procedo a comentar alguna de sus obras para mostrar su implicación en el mundo laboral, las cuales son de lectura muy recomendable para cualquier estudioso de la historia del Derecho Laboral.

II. LA NOVELA «TEA ROOMS»

Publicada en nuestro país en 1934, *Tea Rooms*, subtitulada *Mujeres obreras*¹, es una novela, al igual que *Natacha*, con tintes autobiográficos. Describe la lucha de una muchacha de familia humilde que se ve obligada a trabajar en penosas condiciones en una pastelería-salón de té. A la largo de la obra se detallan los abusos laborales que, a principios de los años treinta del siglo pasado, soportaba uno de los colectivos con mayores dificultades para acceder y permanecer en el mercado de trabajo: las mujeres. Aunque existe otro colectivo que tiene menores oportunidades laborales y más dificultades laborales (las mujeres discapacitadas), sobre este último no se centra la obra de Luisa Carnés. En opinión de Antonio Plaza Plaza en esta novela «propone la rendición de la mujer a través del trabajo, la cultura y la lucha social (...) [y] es consciente (...) de la diferente situación de las mujeres obreras frente a aquellas que proceden de las capas sociales acomodadas²».

La particularidad es el enfoque que adopta como narradora al desarrollar su historia. Es poco frecuente, en esos años, encontrarnos con una obra escrita por una mujer y que los personajes protagonistas sean, también, mujeres trabajadoras³.

Luisa describe el paso de una mujer tradicional que, en su tránsito por el mercado laboral, trata de redimir su condición de persona minusvalorada sobreponiéndose para tratar de abrirles los ojos a sus compañeras de trabajo, como paso previo para que luchen y exijan mejorar las condiciones laborales a las que se ven sometidas.

En *Tea Rooms* se expone la situación de explotación de un colectivo que no tenía mecanismos sindicalistas ni leyes para luchar contra ese empresariado que estaba amparado por la costumbre, la ausencia de legislación laboral estricta y la falta de inspección laboral para cometer sus abusos y lograr la máxima ganancia que le permitía el sistema. Por si fuera poco, con lectura de la novela descubrimos que los más intransigentes con las necesidades y/o faltas laborales de los trabajadores de las escalas más bajas no eran los capitalistas, sino el colectivo que, años después, se conocería

1. El ejemplar que he utilizado para redactar este texto es la primera edición publicada por la editorial Hoja de Lata, Gijón, 2016, 250 páginas.

2. Plaza Plaza, A. (ed.): *El eslabón perdido*, Renacimiento, Sevilla, 2002, pp. 30-31.

3. Lo habitual es que el mundo laboral de una mujer fuera escrito por hombres. Sirva, por ejemplo, la obra del premio Concourt francés, Maxence Van Der Meersch (1997-1951), del que cito sus novelas *El pecado del mundo*, *Leed en mi corazón*, y *La compañera*.

como los «mandos intermedios» de las empresas. Ese grupo de *jefecillos* o *jefecillas* controlan, exigen e imponen las condiciones laborales a las trabajadoras que están bajo sus órdenes. Control que, como veremos, conllevaba contraprestaciones en especie; por ejemplo, permitía a quien disponía del puesto tener derecho a un plato de comida servida en el propio establecimiento.

En las líneas siguientes menciono algún episodio representativo de las deficientes condiciones laborales en las que vieron inmersas esas trabajadoras «precarias» o sometidas a lo que hoy serían calificados como contratos «orales-basura». La pretensión es hacernos una idea muy realista de las duras condiciones laborales que imperaban en la primera mitad del siglo XX:

1. La trabajadora «(...) no protesta nunca, al menos ante la encargada o el jefe supremo (...) [pero es consciente que] lo eficaz sería elevar a la dirección una protesta colectiva (...) pero tras muchas discusiones no se ha llegado nunca a un acuerdo: el temor de cada dependienta a perder el empleo ha ahogado la protesta»⁴. Ese miedo, como desgraciadamente sabemos, es universal y atemporal, muy invasivo en los períodos de crisis económica, cuando se acrecienta la dificultad para encontrar un nuevo empleo en caso de despido. El temor al despido ahoga las protestas, siendo la puerta de entrada para muchos excesos empresariales. Las trabajadoras, conscientes de esa dificultad, soportan estoicamente rebajas en sus salarios, la pérdida de sus vacaciones o el empobrecimiento de sus condiciones laborales.
2. Luisa describe, de manera certera, la filosofía cotidiana que está por encima de la laboral, puesto que «los problemas de orden 'material' no han adquirido aún lo bastante preponderancia entre el elemento femenino proletario español. La obrera española (...) sigue deleitándose con los versos de Campoamor, cultivando la religión y soñando con lo que ella llama su 'carrera': el marido probable»⁵. La moralidad de la época que infravaloraba a las mujeres provocaba que su acceso al mercado laboral fuera algo transitorio, un mero ritual de paso, solo duraba hasta que la mujer pescaba marido; a partir de ese momento, al hombre le correspondía cubrir las necesidades (comida, bebida, vivienda) que, antes de casarse, se pagaba la propia mujer con su escaso salario. En este rasgo incide la autora en otras de sus obras, por ejemplo en *El eslabón perdido*⁶ donde aparecen varios personajes que desprecian a la mujer que estudia, al considerar que su deber es el de casarse y tener hijos.
3. Muestra de manera ejemplar la discriminación de la mujer casada, pues las empresas no admitían en sus plantillas a mujeres casadas o viudas⁷.

4. Carnés, L.: *Tea Rooms*. Hoja de Lata, Gijón, 2016, p. 42.

5. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 43.

6. Carnés, L.: *El eslabón perdido*, Renacimiento, 2002, 310 páginas.

7. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 44.

4. Expone con toda su crudeza los privilegios de los «mandos intermedios», los cuales tratan que perviva un sistema que los explota a ellos, para que, a su vez, puedan explotar a los que están más abajo. Son privilegios en especie: «un camarero sirve el almuerzo a la encargada, en una de las mesitas del salón»⁸. Este premio despierta nuestro estupor cuando descubrimos que el resto de las empleadas no disfrutaban de este beneficio y que alguna empleada tenía que comer pasteles defectuosos, a escondidas, para no pasar hambre, pues el escaso salario que percibe no es suficiente para mantener a la familia.
5. Muestra un sistema laboral en el que los beneficios que se dan a un trabajador redundan en el empobrecimiento de los derechos laborales de los compañeros. Lo descubrimos cuando leemos que «(...) ha comenzado a disfrutar de sus quince días de vacaciones (...). Por este motivo (...) han sido suspendidas durante dos meses 'las salidas'. Naturalmente, la noticia ha exaltado los ánimos. Se habla de elevar una queja a la Dirección. Probablemente, todo se quedará en palabras»⁹. Las salidas son unas horas de descanso semanal, aunque «(...) les parece mucho descanso cuatro horas a la semana»¹⁰. Lo peor es descubrir cómo se justifican por parte de la dirección la eliminación de «las salidas», aunque se argumenta que se suprimen por exceso de trabajo; la narradora puntualiza que disfrutar de vacaciones estivales no implicaba un aumento de trabajo de los restantes trabajadores porque los clientes que acudían al salón se reducían, al irse, igualmente, de vacaciones. La dirección, la mayoría de las veces, solo se visibiliza como la ilusoria última instancia a la que pueden dirigir sus quejas los trabajadores; aunque en la práctica no se lleva a cabo la denuncia, por ello las trabajadoras temen que por la «(...) pasividad de las empleadas [a elevar una queja] se acabe aumentando la jornada y reduciendo los salarios»¹¹. Se pasa por el aro porque si alguien protesta tenía que enfrentarse a un despido en un momento en que «(...) la crisis de trabajo se agudiza en el mundo entero»¹².
6. Se describe la arbitrariedad de los jefes, que llega a extremos que, en otros contextos, serían cómicos. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una empleada es despedida por haber chillado al descubrir un ratón en el establecimiento. Sus superiores consideraron que, con su comportamiento, había puesto en tela de juicio «(...) el buen crédito de la casa»¹³. Para los superiores el despido entra dentro de lo razonable, estiman que el aprendizaje laboral hay que pagarlo, incluso con «(...) humillación y lágrimas»¹⁴, razón por la que los propios trabajadores

8. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 45.

9. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 55.

10. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 56.

11. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 59.

12. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 60.

13. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., pp. 67-68.

14. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 79.

- se encuentran aculturados en una filosofía que les impide rebelarse contra los comportamientos despóticos de sus jefes.
7. En esta atmósfera laboral tan opresiva, el papel que cumplen los sindicatos defendiendo los derechos de los trabajadores no era el mismo para todos. Aunque excepcionalmente para alguna trabajadora las proclamas sindicales le abrían los ojos, la mayoría los consideran «(...) centros de corrupción (...)» donde se incita a los obreros a la rebelión contra quienes «(...) les dan el pan»¹⁵. La desconfianza en los sindicatos es total por parte de las trabajadoras más beatas, lo que es comprensible cuando recordamos que la resignación ante lo que envía Dios –junto con la esperanza– es una de las características del catolicismo, a diferencia de los protestantes, que ven el trabajo como un elemento necesario para enaltecerse y prosperar.
 8. Esta resignación tiene un límite, solo es tolerable cuando el abuso procede del jefe inmediato. Lo comprobamos cuando leemos: «Una tiene un jefe inmediato (...) y al que hay que soportar gruñidos y chistes idiotas (...) si la dirección choca con el jefe inmediato, éste paga su disgusto con la pobre auxiliar (...). No se está obligada a tolerar otras impenitencias que las del jefe inmediato (...). Se dan casos verdaderamente repugnantes; caso en que los auxiliares se han visto obligados a denunciar al jefe inmediato o a pedir, con un pretexto cualquiera, su traslado a otro departamento de la casa. Eso tratándose del jefe inmediato, que cuando es el director quien origina las cosas, entonces el problema es de fácil solución: no hay más que coger la puerta... Y, a comer moralidad»¹⁶. Los obreros que describe Luisa Carnés se sitúan en la ideología de la izquierda republicana y están convencidos de «(...) que se acerca el fin de los patronos y de los capitalistas y que nosotros, los pobres, dejaremos de pasar hambre y calarnos los pies todos los inviernos»¹⁷.
 9. Aunque no resulta frecuente, la autora también narra alguna situación en la se obtienen beneficios laborales, es el caso de un heladero que inventa un helado italiano que es del gusto de la clientela, por ello «(...) goza de una bonificación de jornal, y de cuatro horas de asueto por cuarenta y ocho de trabajo»¹⁸.
 10. Durante las huelgas son los propios empresarios y sus familiares los que, tras los cierres echados, trabajan en el negocio¹⁹. El comportamiento de los huelguistas ha cambiado poco con respecto a los actuales, pues no respetaban la libertad para trabajar. Los huelguistas «(...) recorren las calles e investigan la identidad de los camareros ocasionales que actúan en cada local, vigilan escrupulosamente para evitar el esquirolaje»²⁰. Consideran a todos aquellos que no son solidarios (es decir, a los que no hacen huelga), esquiroleros. Respecto al

15. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 81.
16. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 88.
17. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 157.
18. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 106.
19. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 143
20. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 143

papel de los empresarios en relación a la huelga, en el salón de té descrito en la novela se les da a los camareros libertad para unirse, o no, al paro laboral, pero si se declaran en huelga «(...) tendrán que atenerse a las consecuencias» y algunos de ellos tienen «(...) mujeres e hijos que mantener»²¹.

A medida que avanzamos en la lectura de *Tea Rooms* asistimos al sutil cambio que comienza a producirse en la mentalidad de la empleada de la pastelería, que cada día es más consciente de los abusos que recaen sobre ella y sus compañeras. Se va transformando en una mujer nueva (en este punto las ideas de Carnés recuerdan a las de la novelista Laura Esquivel). Se convence, bajo una óptica muy sindicalista, de que no existen solo dos caminos para la mujer: la prostitución o el matrimonio, sino que hay una tercera vía que es «(...) la lucha consciente por la emancipación proletaria mundial»²².

En definitiva, el interés de Luisa Carnés por plasmar los excesos laborales y pretender una mejora en las condiciones de los trabajadores es una constante en su vida periodística y literaria; así por ejemplo, vuelve a escribir sobre los obreros más humildes en el cuento «[Olivos]», incluido en el volumen *Trece cuentos (1931-1963)*²³, donde narra la angustiada situación de los aceituneros que tratan de mejorar, sin conseguirlo, sus condiciones laborales en una época en la que se veían sometidos a los terratenientes, los cuales se aprovechaban del hambre del jornalero y su familia, para pagarles sueldos bajísimos. Este relato se contextualiza sobre una relación laboral abusiva en la que se «(...) discutía el jornal, se peleaba horas y días. El contrato comprendía toda la familia, incluso las mujeres y los niños. Se regateaba y, finalmente, se llegaba a un acuerdo».

III. EL TRABAJO EN LOS CAMPOS DE CONCENTRACIÓN

La forzosa salida de España a través de la Junquera, a consecuencia de la Guerra Civil, también tiene una vertiente literaria en Luisa Carnés, que en sus memorias describe este período de su vida, ofreciendo con ello certeras pinceladas sobre las condiciones en que las mujeres prestan su trabajo voluntario en los campos de reclusión en los que los refugiados fueron agrupados en Francia.

Luisa recopiló estas aventuras en, al menos, un par de manuscritos, posteriormente publicados con los títulos de «De Barcelona a la Bretaña Francesa» y «La hora del odio». Los dos textos se publicaron en el año 2016 en un volumen de la colección Biblioteca del Exilio de la editorial Renacimiento, bajo el título *De Barcelona a la Bretaña Francesa. Memorias*. El primer texto está compuesto por 28 episodios con títulos independientes que recogen el avance de los evacuados españoles en su camino hacia el exilio. Muchos de los relatos muestran la implicación y vinculación de Luisa Carnés

21. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 144.

22. Carnés, L.: *Tea Rooms*, ob. cit., p. 200.

23. Carnés, L.: *Trece Cuentos*, Hoja de Lata, Gijón, 2017.

con el trabajo de las mujeres; así por ejemplo, en «Montserrat, heroína catalana»²⁴, describe el drama de las obreras textiles que, a consecuencia de la guerra, perdieron su trabajo y van siendo acopladas en los puestos de trabajo que dejaban vacantes los hombres. La protagonista, Montserrat, trabaja en «el sindicato» y es el reflejo de una sociedad que malvive, en la que «ya hay mujeres en todas partes: en los cuarteles, en la carga y descarga de camiones, para cornetas, para los trabajos de reparación de materiales, en los surtidores de gasolina, en el transporte, en los servicios sanitarios, en los restaurantes, en la Administración del Estado... Y cada una de ellas quisiera ser dos, para el trabajo»²⁵.

En «Una fortificada de Madrid»²⁶ describe la situación de una mujer embarazada que trabaja fortificando para impedir el avance de los alzados porque este (el bebe que espera) «tiene que ser libre». La mujer, desgraciadamente, no logró su sueño: formó parte del grupo de fortificados ametrallado por los italianos en la Diagonal de Barcelona. Son significativos, también, los títulos de otros capítulos: «La vieja patriota y luchadora vasca»²⁷ y «Una madrileña del 7 de noviembre»²⁸. En este último relato la protagonista describe su desilusión en la escala socio-laboral: «yo en mi juventud fui cocinera, en muy buenas casas, y los señores comían en el comedor, todo lujoso, y yo, en la cocina, al lado del fogón, y el ama tenía una riquísima ropa de lino, con bordados de Holanda, o no sé de *ónde*, y yo me arreglaba lo que ella dejaba viejo... Con que ya ve... ¡La igualdad!».

La vinculación del entorno cotidiano de Luisa Carnés con la cultura del trabajo llega, en ocasiones a puntos hilarantes, ocurre en el relato titulado «Monsieryr le Directeur y madame Renoir»²⁹, ambientado en uno de los barracones de los campos de internamiento, lugar al que llega la escasa correspondencia de los familiares y amigos. Las mujeres que se organizan para preparar el desayuno y otras comidas, la limpieza, el lavado de ropa, el cuidado de los niños, etc. fundan un sindicato al que se afilian aquellas que no habían recibido correspondencia, al que llaman «el Sindicato de las Sin Carta». Claro que conforme pasó el tiempo, el sindicato se fue quedando sin afiliados».

IV. EL TRABAJO MARGINAL DE LOS EXILIADOS ESPAÑOLES EN MÉXICO

Aunque en México, la autora, escribe sobre episodios que no ha conocido, vinculados con la defensa del derecho de los derechos de los obreros españoles, como la breve novela titulada *Olor de Santidad*, centrada en las luchas obreras ocurridas durante las

24. Carnés, L.: *De Barcelona a la Bretaña Francesa. Memorias*, Renacimiento, Sevilla, 2016, pp. 77-81.

25. Carnés, L.: *De Barcelona a la Bretaña Francesa. Memorias*, ob. cit., p. 81.

26. Carnés, L.: *De Barcelona a la Bretaña Francesa. Memorias*, ob. cit., pp. 91-101.

27. Carnés, L.: *De Barcelona a la Bretaña Francesa. Memorias*, ob. cit., pp. 115-119.

28. Carnés, L.: *De Barcelona a la Bretaña Francesa. Memorias*, ob. cit., pp. 124-129.

29. Pp. 223-233.

huelgas generales españolas de los años 1916-1917, será su novela *El eslabón perdido*³⁰ la más significativa de este período.

Se trata de una obra generacional que describe como los intelectuales españoles exiliados, especialmente los segundones, sobreviven en México desempeñando ocupaciones mal pagadas, mientras sus hijos, nacidos en España o México, pero educados en la cultura de los héroes de su nuevo país, van abandonado la conciencia social de sus padres y se integran sin dificultad en una cultura con la que sus progenitores tratan de marcar distancias, porque no se fueron para siempre sino que aspiraban a volver algún día.

Estos españoles intelectuales de segunda o tercera categoría se describen como unos inadaptados que malviven trabajando como comerciales, de las ventas a plazos, como agentes de cobro de recibos o publicitarios, inclusive explotando la vena nostálgica de los exiliados a través de la venta de libros –publicados con editoriales que ellos mismos fundaban– o interviniendo en programas de radio. Trabajos mal pagados que realizan mientras luchan para que sus hijos reciban formación en centros fundados por organizaciones españolas de exiliados como mediopensionistas.

Por contraposición, existe otro grupo de exiliados que optan por renunciar a la batalla política y reivindicar su derecho a prosperar en un ámbito laboral emprendedor, integrándose en una escala social superior de su nuevo país, emparentado vía matrimonial con las mejores familias mexicanas, haciendo de México no su patria adoptiva, sino su verdadera patria.

V. CONCLUSIÓN

La capacidad narrativa de Luisa Carnés para describir el entorno laboral (con los abusos y la lucha por combatirlos) ha dado lugar a su encuadramiento dentro de la corriente literaria conocida como la «narrativa social de la preguerra». Esa defensa de los derechos laborales de las mujeres la inició con la publicación de *Natacha* (1930), siguiendo la línea de la literatura del realismo social ruso, representada en las obras de Gogól o Dostoievsky.

La lectura de obra de Luisa nos traslada desde las condiciones laborales españolas a las mexicanas, donde acabamos descubriendo el desencanto que se produjo en un colectivo muy grande de los exiliados, los cuales fueron conscientes de que no retornarían a España, sospecha que se concretó con la firma de los pactos del franquismo con Estados Unidos (1951-1953).

Es de justicia que Luisa Carnés ocupe el lugar que le corresponde por su visión para describir el trabajo de las mujeres, por ello su obra, especialmente la novela *Tea Rooms*, es una lectura muy recomendable para que las personas interesadas en el Derecho laboral de principios del siglo XX puedan salir del campo de la teoría y verse inmersas en situaciones reales, al inspirarse en experiencias autobiográficas.

30. Escrita a partir 1957.

Bibliografía

- Plaza Plaza, A. (ed.): *El eslabón perdido, Renacimiento*, Sevilla, 2002.
Carnés, L.: *Tea Rooms*. Hoja de Lata, Gijón, 2016.
Carnés, L.: *El eslabón perdido*, Renacimiento, 2002.
Carnés, L.: *Trece Cuentos, Hoja de Lata*, Gijón, 2017.
Carnés, L.: *De Barcelona a la Bretaña Francesa. Memorias*, Renacimiento, Sevilla, 2016.



150 Years of the Transatlantic Slave Trade

150 years ago, the transatlantic slave trade was at its peak. Millions of people were taken from their homes and sold into slavery in the Americas.

The transatlantic slave trade was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.

It was a system of forced labor that existed from the 15th to the 19th century.