

JÓVENES LABORALISTAS

3ª y 4ª EDICIÓN

Organiza:
Asociación Profesional de la Magistratura
y Excmo. Colegio Oficial de Graduados
Sociales de Málaga y Melilla



EDITA

Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla.

C/ Compañía ,17 -Bajo · 29005 Málaga · Tel. 952 217 181

PROYECTO

Francisco José Trujillo Calvo

COORDINADOR DEL CERTAMEN

Andrés Cabezas Quero

COORDINADOR EDITORIAL

Eduardo Ruiz Vegas

DISEÑO

Trazart

Depósito Legal: MA 1050-2012

Impreso en Málaga en 2015

© Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla

© Asociación Profesional de la Magistratura

© Enrique Arias García

© Francisco Vigo Serralvo

© M^a del Carmen Macías García

JÓVENES **LABORALISTAS**
MALAGUEÑOS ^{3ª y 4ª} EDICIÓN

PRÓLOGO

El Colegio de Graduados Sociales de Málaga me ha encargado la redacción de un breve texto que sirva de prólogo y presentación a esta publicación donde se recogen los trabajos galardonados en el Tercer y Cuarto Premios para Jóvenes Laboralistas Malagueños. Dichos premios, cuyo jurado tuve el honor de presidir, surgió como consecuencia de la colaboración entre el referido Colegio de Graduados Sociales de Málaga y la Delegación en esta provincia de la Asociación Profesional de la Magistratura, teniendo como finalidad primordial el fomento de los estudios teóricos por parte de jóvenes profesionales en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Reflexionar sobre el momento que vive esta disciplina jurídica en la actual situación de crisis económica generalizada resulta especialmente complejo. El Derecho del Trabajo se enfrenta a importantes desafíos como consecuencia de la persistencia del paro masivo, la irrupción de las nuevas tecnologías de la información, la renovación de las formas de organización industrial y la globalización de la economía. El escenario en el que surgió el Derecho del Trabajo se está transformando y surgen fenómenos nuevos como la segmentación del mercado de trabajo con existencia dentro del mismo ordenamiento jurídico de dos estatutos laborales diferentes, uno con una amplia gama de garantías para los trabajadores fijos con una cierta antigüedad y otro sin apenas garantías para los trabajadores temporales. Asimismo, se produce una huida del Derecho del Trabajo, porque es un Derecho dirigido a la protección de una de las partes del contrato y es lógico que la otra parte del mismo quiera excluir esa protección. Esta huida se manifiesta en dos formas fundamentales: en primer lugar, a través de la desaparición de

la empresa como centro de imputación de responsabilidades en el ámbito laboral, lo que abarcaría a todos los fenómenos de descentralización productiva y, en segundo lugar, a través de la deslaboralización, como intento de descalificar como laboral la relación entre las partes, aplicándole una calificación distinta, sea civil o mercantil.

Estas incidencias en el mercado de trabajo-expansión de la temporalidad y del empleo parcial, frecuencia de los periodos de desempleo a lo largo de la vida laboral- cada vez tienen y tendrán más consecuencias importantes en materia de Seguridad Social. Un sistema de Seguridad Social tan acusadamente contributivo como el nuestro está pensado para situaciones de empleo indefinido, a tiempo completo y relativamente estable. Cuando se generaliza la contratación temporal y la dedicación a tiempo parcial y cuando el desempleo interrumpe y reduce los periodos de cotización aparecen distorsiones muy graves que impiden el acceso a las prestaciones de un gran número de trabajadores e incluso ponen en peligro la viabilidad financiera del sistema a medio plazo.

Resulta evidente, pues, el momento especialmente importante que vive esta disciplina jurídica, como por otra parte ponen de manifiesto la dos trascendentes normas recientemente aprobadas, como son la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la Ley 3/2012 de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, las cuales han supuesto, por un lado, una novedosa y completa regulación del procedimiento laboral, con atribución de nuevas e importantes competencias al orden jurisdiccional social, y, por otro, una reforma sin parangón hasta el momento del mercado laboral, con una distinta regulación de temas tan importantes como la negociación colectiva, los despidos colectivos, la cuantía de las indemnizaciones o los salarios de tramitación.

Precisamente este convulso panorama que atraviesa el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social hace especialmente interesantes iniciativas como la

del Premio de Jóvenes Laboralistas Malagueños, pues todo lo que redunde en fomentar la labor de estudio, investigación y formación en la materia será de especial utilidad en estos tiempos revueltos.

Un tema especialmente interesante ha resultado premiado en esta edición del año 2014 del certamen: el dedicado al estudio de “La modernización del derecho laboral a través de la flexiseguridad. Hacia un nuevo marco de las relaciones laborales”, tema de gran importancia dado el nuevo marco de las relaciones laborales que se ha planteado como consecuencia de la crisis económica generalizada y del proceso de globalización de la economía, trabajo cuyo autor ha sido Francisco Vigo Serralvo, joven y prometedor laboralista al cual desde esta líneas le doy mi más sincera enhorabuena.

Dicho trabajo estudia de una manera pormenorizada y profunda cuestiones tan importantes como la gestación comunitaria de la flexiseguridad, el contenido del concepto y los objetivos, los aspectos teóricos del nuevo modelo de relaciones laborales, el papel de los agentes del mercado de trabajo y de los poderes públicos en el escenario flexiseguro, las consecuencias de la flexiseguridad en los derechos de los trabajadores y los primeros pasos dados a escala europea con el dilema flexiseguridad vs. crisis económica; concluyendo que aunque la flexiseguridad se presentó como un mecanismo para afrontar los cambios producidos por el proceso de globalización y como instrumento para incrementar la competitividad internacional, la realidad es que lo que se está pretendiendo es competir a la baja en garantías laborales con el resto de los países del planeta y ello está produciendo como consecuencia inevitable una disminución en los derechos de los trabajadores.

Asimismo debe reseñarse el trabajo finalista en esta edición del año 2014, el denominado: “Del infarto de miocardio al accidente de trabajo”, cuya autora es la joven laboralista María del Carmen Macías García. Dicho trabajo analiza,

entre otros temas, el concepto de accidente de trabajo, la enfermedad como accidente, el episodio vascular como lesión, el infarto en lugar y tiempo de trabajo y la presunción de laboralidad establecida para estos supuestos en la Ley General de la Seguridad Social, analizando detenidamente si esa presunción se encuentra vigente en los accidentes in itinere, en los supuestos en que el trabajador se encuentra en situación de guardia localizada o en misión; llegando a la conclusión de que debido a la gran diversidad de situaciones en las que puede encontrarse un trabajador y la distinta casuística que eso conlleva resulta muy difícil establecer con carácter general unos criterios en la materia.

Finalmente, debe hacerse también una mención al trabajo premiado en la edición del año 2013, trabajo titulado: “La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la reducción de jornada en un contrato a tiempo completo”, cuyo autor es el joven laboralista Enrique Arias García. Dicho trabajo realiza un completo análisis sobre la doctrina jurisprudencial en materia de contratación a tiempo parcial y más concretamente sobre la conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, analizando si ello es posible de una manera unilateral por parte de la empresa o si siempre va a ser necesaria la voluntad concorde de trabajador y empresario al respecto, tema de indudable actualidad, teniendo en cuenta que el auge del mecanismo de la contratación a tiempo parcial como medio de conciliación de la vida familiar y laboral e instrumento para la reducción de los muy elevados índices de desempleo existentes en nuestro país.

Nada más me queda que añadir, sino felicitar a las instituciones organizadoras del Premio por su iniciativa y desear que el mismo pueda repetirse en sucesivas convocatorias.

Francisco Javier Vela Torres.

*Presidente de la Sala de lo Social en Málaga
del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*

PRÓLOGO

Como en años anteriores, el Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla junto a la Asociación Profesional de la Magistratura ha convocado sendos premios que denominamos **JOVENES LABORALISTAS MALAGUEÑOS**.

Con ellos, ambas instituciones pretenden fomentar , impulsar y divulgar trabajos de investigación de no-veles laboristas malagueños, que motivados por su propio interés sobre las materias del ámbito social puedan encontrar así la excusa perfecta para acometer la ingente tarea de afrontar el estudio, el análisis y sus propias aportaciones científicas sobre aspectos concretos de estas ciencias jurídicas, y un canal, modesto en presupuesto y medios, pero generosísimo en intenciones, que le permita alcanzar los premios, y con ellos - y como parte de ellos - la merecida publicación de sus trabajos.

Es lo que acontece con el libro que hoy presentamos.

Pocas funciones de las que este Colegio Oficial realiza, y son muchas, pueden resultar más gratificantes que la que nos ocupa.

Ayudar a estas jóvenes promesas a producir y difundir su obra, nos llena de orgullo y satisfacción.

En estos trabajos que hoy publicamos, conviven la incipiente actividad investigadora, con el rigor de sus planteamientos; la inseguridad de las primeras experiencias, con la brillantez de sus exposiciones; las dudas acerca de los resultados, con la contundencia de sus conclusiones.

Sin duda ha merecido la pena, nos dejan el sabor del trabajo bien hecho.

¡Enhorabuena!

Andrés Cabezas Quero

Coordinador del certamen y Vicesecretario del Exmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla.

PRÓLOGO

Una vez más, y ya van tres con la presente, la Asociación Profesional de la Magistratura se une con el Excmo. Colegio de Graduados Sociales de Málaga y Melilla en un proyecto ilusionante cual es el estudio, desde una perspectiva práctica, del Derecho y la realidad social.

La aplicación del ordenamiento, en todas sus vertientes, conlleva como paso previo y necesario el análisis de las distintas situaciones a las que se puede enfrentar el operador jurídico en orden a dar una cumplida respuesta a las mismas. Ello no será posible sin una base teórica sólida, arraigada y bien estructurada; lograr esta meta es lo que pretende la presente iniciativa.

En cualquier rama del Derecho lo anteriormente afirmado no admitiría discusión pero en el Ordenamiento del Trabajo se convierte en verdad irrefutable. Y ello porque a nadie escapa la continua adaptación a la realidad social de la materia legislativa que nos ocupa.

“Jóvenes Laboralistas Malagueños” nació con esa idea, la de promocionar la formación e investigación entre los

profesionales noveles y qué mejor manera de hacerlo que galardonar aquellos estudios que, planteándose las preguntas teóricas, ofrecieran soluciones prácticas adecuadas y acordes con el ordenamiento. En definitiva, en eso consiste la aplicación del Derecho.

La Asociación Profesional de la Magistratura no puede más que expresar su satisfacción y orgullo por la participación en este proyecto ya consolidado y anunciar su voluntad de seguir haciéndolo en el futuro.

Sin más, invitamos a los lectores a que disfruten de la calidad de los trabajos premiados y a que, los mismos, abran una puerta a la reflexión y sirvan de estímulo a futuros estudios tan bien estructurados y documentados como los que nos ocupan.

Antonio Valero González

*Magistrado-Juez de Primera Instancia nº 17 de Málaga.
Delegado Provincial de la APM. Málaga*

ACTA JURADO

III Premio “Jóvenes Laboralistas Malagueños”

Reunido en Málaga el Jurado del Tercer Certamen denominado **JOVENES LABORALISTAS MALAGUEÑOS**, organizado conjuntamente por la **ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA “APM”** Y por el Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla dentro de las actividades de **Noviembre Cultural**, y que está integrado por:

D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES. Presidente de la Sala de lo Social de Málaga, del TSJ de Andalucía.

D. FRANCISCO TRUJILLO CALVO. Magistrado del Juzgado de lo social n. 13 de Málaga.

D^a. CARMEN ORTEGA UGENA. Secretaria de la Sala de lo Social de Málaga, del TSJ de Andalucía.

D. SALVADOR RUIZ MENACHO. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga.

D. EDUARDO RUIZ VEGAS. Vicepresidente primero del Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla y coordinador del Noviembre Cultural.

D. ANDRES CABEZAS QUERO. Vicesecretario y responsable de formación, del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla.

Y Actuando de Secretario del Certamen, recoge el siguiente fallo:

Un primer premio de 600,00.- euros, con diploma acreditativo y edición de la obra al autor: **D /D^a ENRIQUE ARIAS GARCIA** por su obra titulada: *“La incidencia de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la reducción de jornada en un contrato a tiempo completo”*.

*Se declara **DESIERTO** el segundo premio.*

Las obra premiada se presentará editada en el mes de Noviembre 2014.

En Málaga a 30 de Octubre de 2013

ACTA JURADO

IV Premio “Jóvenes Laboralistas Malagueños”

Reunido en Málaga el Jurado del **IV PREMIO denominado JOVENES LABORALISTAS MALAGUEÑOS**, organizado conjuntamente por la **ASOCIACION PROFESIONAL DE LA MAGISTRATURA “APM”** Y por el Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla dentro de las actividades de **Noviembre Cultural**, integrado por:

D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES. Presidente de la Sala de lo Social de Málaga, del TSJ de Andalucía.

D. FRANCISCO TRUJILLO CALVO. Magistrado del Juzgado de lo social N° 13 de Málaga.

D^a. CARMEN ORTEGA UGENA. Secretaria del Juzgado de lo Social N° 13 de Málaga.

D. SALVADOR RUIZ MENACHO. Diputado y responsable de la sección laboral del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga.

D. EDUARDO RUIZ VEGAS. Vicepresidente primero del Excmo. Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla y coordinador del Noviembre Cultural.

D. ANDRES CABEZAS QUERO. Vocal y responsable de formación, del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla.

Y Actuando de Secretario del Certamen, recoge el siguiente fallo:

Un primer premio de 600,00.- euros, con diploma acreditativo y edición de la obra al autor: **D /D FRANCISCO VIGO SERRALVO** por su obra titulada: “ *LA MODERNIZACION DEL DERECHO LABORAL A TRAVES DE LA FLEXISEGURIDAD. HACIA UN NUEVO MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES*”.

Un segundo premio de 300.- euros con diploma acreditativo y edición de la obra a la autora: **D^a MARIA DEL CARMEN MACIAS GARCIA**, por su obra titulada: “*DEL INFARTO DE MIOCARDIO AL ACCIDENTE DEL TRABAJO*”.

Las obras premiadas se presentarán editadas en el mes de marzo de 2015

En Málaga a 04 de noviembre de 2014

III CERTAMEN

PRIMER PREMIO

“LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA
REDUCCIÓN DE JORNADA EN UN
CONTRATO A TIEMPO COMPLETO”

Enrique Arias Garcia

INTRODUCCIÓN

La cuestión que pretende resolver el presente trabajo es sencilla y se plasma en su subtítulo: ¿Es posible reducir la jornada de un contrato a tiempo completo a través del procedimiento de modificación de condiciones de trabajo recogido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores¹ (ET)?.

Pese a ser una pregunta sencilla, la respuesta no es en absoluto simple. No hay sesión en el foro de laboristas que organiza periódicamente el Colegio de Graduados Sociales de Málaga en el que, aún obiter dicta, no se trate el tema. Y es que la cuestión no es baladí, puesto que en juego está no sólo la posibilidad de que la ley ampare la posibilidad de que el empresario pueda realizar unilateralmente a través del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo una reducción de la jornada, y correlativamente del salario, del trabajador, sino que dicha modificación de jornada y salario tiene incidencia directa en su base de cotización a la Seguridad Social, de la que dependerán sus presentes² y futuras prestaciones de Seguridad Social.

1. España. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, 29 de marzo de 1995, núm. 75.

2. En virtud del art. 203.3 de la Ley General de Seguridad Social únicamente podrán optar a las prestaciones por desempleo los trabajadores cuya reducción de jornada se haya realizado a través del procedimiento previsto en el art. 47 ET, sin que la reducción de jornada impuesta a través del art. 41 ET pueda dar acceso a dichas prestaciones, tal y como establecía la Sentencia del Tribunal Constitucional 213/2005 de 25 de julio (RTC/2005/213).

Para intentar dar respuesta a la pregunta que planteamos, y dado que la contestación no es ni mucho menos pacífica, diversidad ésta plasmada en los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales de signo contradictorio, realizaremos un estudio de la exégesis legislativa del conflicto, esto es, un análisis desde la importante regulación del trabajo a tiempo parcial recogida en la Directiva 97/81/CE, que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico a través del Real-Decreto Ley 15/1998, hasta el mecanismo previsto en la Ley 35/2010 para la suspensión de los contratos de trabajo, y que el Tribunal Supremo, en reciente jurisprudencia, ha establecido como elemento de juicio para poder responder la pregunta que se plantea en el presente trabajo.

No obstante, el grueso del trabajo estará dedicado a una minuciosa revisión de la jurisprudencia que ha interpretado la posibilidad de reducción de jornada de un trabajador a tiempo completo, con especial incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia, así como a un análisis de las aportaciones de la doctrina científica en la materia.

2. Evolución legislativa: desde la Directiva 97/81/CE hasta la reforma de la suspensión de los contratos de trabajo recogida en la Ley 35/2010

El mercado laboral ha sufrido una evolución vertiginosa durante las últimas décadas fruto de la evolución de los procesos productivo y de las profundas transformaciones económicas que se vienen produciendo en los últimos tiempos³. En el marco de la actual Unión Europea los procesos de producción han ido evolucionando, lo que, a su vez, ha provocado la evolución del contrato de trabajo, tal y como había sido conocido. De este modo, el contrato indefinido a tiempo completo ha sufrido una evolución vertiginosa tanto en su extensión (en la dicotomía contrato indefinido – contrato temporal) como en su intensidad (en la dicotomía contrato a tiempo completo – contrato a tiempo parcial).

Un punto de partida para el estudio de la cuestión que aborda el presente trabajo es la Carta comunitaria de los derechos sociales, citada en la propia Directiva 97/81/CE. El punto 7 de dicha Carta ya establecía un postulado general para la unificación de las diferentes legislaciones en lo relativo a la regulación de la intensidad de los contratos de trabajo, dando pie de este modo a la incorporación en el Derecho de los Estados Miembros de los contratos a tiempo parcial⁴.

3. MERCADER UGUINA, J. R. Derecho del Trabajo, Nuevas Tecnologías y Sociedad de la Información. LEX NOVA, 2002, p. 71.

4. Efectivamente, el punto 7 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores dispone que “la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores de la Comunidad. Este proceso se efectuará mediante la aproximación, por la vía del progreso, de dichas condiciones, en particular en lo que respecta a las formas de trabajo distintas del trabajo de duración determinada, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo interino y el trabajo de temporada”.

Igualmente, las conclusiones del Consejo Europeo de Essen⁵ tenían como finalidad adoptar medidas flexibilizadoras del trabajo como forma de incrementar el nivel de oferta laboral.

Sobre la base de dichos antecedentes, la Directiva 97/81/CE del Consejo⁶, aborda la regulación del trabajo a tiempo parcial, a través del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial adoptado por las organizaciones interprofesionales de carácter general⁷, celebrado el 6 de junio de 1997, documento que se encuentra anexo a la Directiva anteriormente citada⁸.

En la cláusula 2 de dicha Directiva se establece que el ámbito de aplicación de dicho acuerdo se circunscribe a “los trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos colectivos o las prácticas vigentes en cada momento”. Por tanto, congruentemente con la labor de las denominadas Directivas, el acuerdo dejó al Estado miembro la labor de qué debe entenderse por un trabajador a tiempo parcial.

5. CONSEJO EUROPEO - REUNIÓN de 9 y 10 DE DICIEMBRE de 1994 en ESSEN -CONCLUSIONES DE LA PRESIDENCIA. Dicho documento puede consultarse en la página web http://www.europarl.europa.eu/summits/ess1_es.htm [Consulta: 29 de septiembre de 2013].

6. Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 20 de enero de 1998.

7. Dichas organizaciones profesionales fueron la Unión de Confederaciones de la Industria y de las Organizaciones Empresariales de Europa (UNICE), el Centro Europeo de Empresa Pública (CEEP) y la Confederación Europea de Sindicatos (CES).

8. Dicho acuerdo comienza en su preámbulo con una declaración de principios: “El trabajo a tiempo parcial ha tenido un importante impacto en el empleo durante los últimos años”. El mismo preámbulo del acuerdo, en su párrafo segundo, establece que “este acuerdo, al tiempo que reconoce la diversidad de las situaciones en los Estados miembros y que el trabajo a tiempo parcial es característica del empleo en determinados sectores y actividades, enuncia los principios generales y requisitos mínimos relativos al trabajo a tiempo parcial”.

En todo caso, la cláusula 3 de dicho acuerdo, relativa a las definiciones del presente acuerdo, establece que “se entenderá por “trabajador a tiempo parcial” a un trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un periodo de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable”.

Igualmente, para la resolución de la controversia planteada en el presente trabajo, debemos tener en cuenta que el acuerdo establece en la Cláusula 1, relativa al objetivo del Acuerdo marco, que uno de los objetivos de dicho acuerdo es “facilitar el desarrollo a tiempo parcial sobre una base voluntaria y contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo de una manera que tenga en cuenta las necesidades de los empresarios y de los trabajadores”. Asimismo, la cláusula 5, que contiene las posibilidades de trabajo a tiempo parcial establece, en su punto segundo, que “el rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial, o viceversa, no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido, sin perjuicio de la posibilidad de realizar despidos, de conformidad con las legislaciones, convenios colectivos y prácticas nacionales, por otros motivos tales como los que pueden derivarse de las necesidades de funcionamiento del establecimiento considerado”.

La transposición al ordenamiento jurídico español se produjo con anterioridad al plazo fijado por la Directiva 97/81/CE⁹, a través del Real-Decreto Ley 15/1998¹⁰.

9. La cuál establecía en su artículo 2 que el plazo máximo para la adaptación de las medidas establecidas en el acuerdo sobre el trabajo a tiempo parcial debería realizarse con fecha límite de 20 de enero del año 2000. De hecho, España fue el primer país de Europa en adaptar a su ordenamiento jurídico la referida Directiva, tal y como manifestó el ministro ARENAS en la sesión de convalidación del Real Decreto-Ley celebrada el 17 de diciembre de 1998 en el Congreso de los Diputados, la cuál se puede consultar en la página web www.congreso.es

10. España. Real Decreto-Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para las mejoras del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad. Boletín Oficial del Estado, 28 de noviembre de 1998, núm. 285, p. 39188.

En el preámbulo del referido Real-Decreto Ley se establece que uno de los principios básicos de la regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial es “*el principio de voluntariedad en el acceso al trabajo a tiempo parcial*” ¹¹.

Excede del objeto del presente contrato abarcar todas las implicaciones que produjo una nueva redacción del art. 12 ET. No obstante, en aras a la resolución de la pregunta que planteábamos como objeto de este trabajo, sí debemos señalar que el citado art. 12 ET, a diferencia del tratamiento dado por la Directiva 97/81/CE, se refiere a una categoría propia: “contrato a tiempo parcial”. Esta categoría de contrato, el “contrato a tiempo parcial”, difiere de la nominación a la que hace referencia la directiva, la cuál se refiere a “trabajo a tiempo parcial”, sin que quepa deducir de la redacción de esta Directiva que la propia pretende una configuración de un contrato con una categoría jurídica propia¹², optando el legislador de esta manera, tal y como establecía la indicada cláusula 2 del Acuerdo, por otorgar naturaleza jurídica propia a un contrato cuyo elemento diferencial, aunque no único, es la prestación de servicios por un tiempo inferior al del trabajador a tiempo completo comparable.

De este modo, el art. 12.4 ET en su apartado e) quedó redactado tal que: “La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de

11. Es importante destacar que, tal y como hacíamos ad supra, el gobierno justifica en el preámbulo del Real Decreto-Ley 15/1998 la necesidad de dar “nuevas respuestas a las cada vez más diversificadas necesidades de carácter personal, familiar, formativo y profesional de los trabajadores y trabajadoras, además de atender de forma adecuada a las exigencias de adaptabilidad de las empresas”.

12. Estamos, por tanto, ante una diferencia relevante, y que será utilizada posteriormente por el Tribunal Supremo a la hora de estudiar la posibilidad de reducción de jornada en un “contrato a tiempo completo” sin que éste se convierta en un “contrato a tiempo parcial”. De hecho, como comentábamos, la cláusula 2 del acuerdo marco establecía que debían ser los Estados miembros quienes definieran qué debía entenderse como trabajador a tiempo parcial.

condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41. El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”.

Un punto importante en el análisis legislativo de la cuestión es la redacción del art. 47 del Estatuto de los Trabajadores, en relación a la posibilidad de suspender la jornada por causas económicas, técnicas organizativas y de producción. La redacción vigente de este artículo hasta la entrada a vigor del Real-Decreto Ley 10/2010¹³ configuraba la suspensión de contratos por dichas causas como un mecanismo colectivo, al configurar los umbrales del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores como causa para poder implementar dichas suspensiones¹⁴.

Sin embargo, con ocasión del Real Decreto-Ley 10/2010, y la posterior Ley 35/2010¹⁵, la delimitación cuantitativa para aplicar la suspensión de jornada sufrió una modificación significativa, toda vez que se establecía expresamente en la nueva redacción legal, y así continúa vigente, que “el procedimiento será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión”. Ciertamente, ya en la exposición

13. España. Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Boletín Oficial del Estado, 17 de junio de 2010, núm. 147, p. 51662.

14. Efectivamente, el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores establecía con anterioridad al Real Decreto-Ley 10/2010 en su apartado 1 que “El contrato de trabajo podrá ser suspendido, a iniciativa del empresario, por causas económicas técnicas, organizativas o de producción, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51 de esta Ley y en sus normas de desarrollo [...]”.

15. España. Ley 35/2010, de 17 de septiembre de 2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Boletín Oficial del Estado, 18 de septiembre de 2010, núm. 227, p. 79278.

de motivos del Real Decreto-Ley 10/2010, posteriormente traslada a la Ley 35/2010, se señala que se pretende dotar de “flexibilidad” el procedimiento de suspensión de contratos. Flexibilidad que se traduce en la posibilidad de que el empresario inicie este procedimiento cuando afecte tan sólo a uno de sus trabajadores, que, de este modo, complementará la suspensión temporal de su jornada con las prestaciones por desempleo correspondientes.

Por último, y para delimitar el análisis legislativo respecto de la cuestión del presente trabajo, debemos tener en cuenta la redacción del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, que desde la promulgación del Estatuto de los Trabajadores de 1980, y hasta la actualidad, ha establecido que tendrá la condición de modificación sustancial de condiciones de trabajo la que afecte a la jornada, sin más precisión en el enunciado legal que la referencia genérica a la “jornada”.

3. La doctrina judicial: la incidencia de la interpretación del Tribunal Supremo en la reducción del jornada en el contrato a tiempo completo.

Como punto de partida para estudiar la respuesta jurisprudencial a la modificación de jornada en un contrato a tiempo completo, por su importancia, hemos de señalar la Sentencia de la de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2007. No obstante, antes de abordar esta importante Sentencia, piedra angular del presente trabajo, los Tribunales Superiores de Justicia habían tenido ocasión de interpretar la nueva redacción del art. 12.4 ET dada por el Real Decreto-Ley 15/1998.

3.1 La doctrina judicial con anterioridad a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2007

De este modo, la primera Sentencia interpretativa de la nueva redacción del art. 12.4 ET que encontramos es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 15 de junio de 1999¹⁶, a la que siguen la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de junio de 2000¹⁷ y las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de julio de 2001^{18 19}.

16. AS/1999/3922. Esta Sentencia, fundamentando que toda reducción de jornada implica una novación contractual, considera que la reducción de dos horas a una hora y media de la jornada debe ser anulada por no haberse seguido el procedimiento del art. 41 ET, fundamentación que no podemos compartir en el presente trabajo.

17. AS/2000/3242. La trabajadora, a la que el empresario unilateralmente había reducido la jornada de 40 a 20 horas semanales, solicita la extinción indemnizada de su contrato, a la que accede la Sala puesto que, entre otros, “la conducta de la patronal mayor reproche nos merece en cuanto que desconoce la previsión del artículo 12.4 e) del Estatuto de los Trabajadores, según la cual «la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41. El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión...»; y constituye una decisión totalmente arbitraria sin sustento en causa o motivo alguno, originándole a la trabajadora efectos perniciosos tanto desde el punto de vista profesional como desde el económico, y si tales detrimentos prohibidos por la ley se le han producido a la recurrente quien por dos años también ha visto muy mermada su cotización a la Seguridad Social”.

18. JUR/2001/281957. En esta Sentencia se resuelve si la reducción de jornada de 3 a 2 horas y media semanales constituye una novación contractual. En este caso, con una argumentación diferente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana referenciada en la nota al pie número 18, la Sala entiende que este “cambio operado no es asimilable al previsto en el art. 12.4 e) del ET, en el que se dice que la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del art. 41 ET, y no es asimilable porque no contempla el supuesto actual de cambio experimentado dentro un contrato a tiempo parcial por decisión empresarial. Por el contrario, lo que aquí examinamos sí tiene encaje perfecto en el art. 41.1 a) del ET, que otorga la consideración de modificación sustancial de condiciones de trabajo a la que afecta a la jornada de trabajo (en supuesto diferente al contemplado en el antes aludido art. 12.4.e del mismo Estatuto) acordada por la dirección de la empresa aduciendo razones económicas, técnicas, organizativas (como en este caso) o de producción.”.

19. JUR/2001/309399. Con idéntica fundamentación jurídica que la Sentencia precedente.

Igualmente, el Tribunal Supremo, antes de llegar a la Sentencia de 14 de septiembre de 2007, había tenido ocasión de interpretar el art. 12.4 ET bajo el prisma de lo pactado entre la representación de los trabajadores y el empresario²⁰.

De este modo, en Sentencia de 24 de octubre de 2002, examinando la validez de una cláusula de un acuerdo colectivo de trabajo que permitía la reducción temporal de un 30% de la jornada, siempre que se dieran causas “productivas u organizativas” que lo justificasen²¹, entiende perfectamente válida esta

20. El Tribunal Supremo, también había tenido ocasión de estudiar con anterioridad si la reducción de jornada constituía despido parcial, en, entre otras, la Sentencia de 7 de Abril de 2000 (RJ/2000/3287), entendiendo que la reducción de jornada no suponía despido y sí una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

21. RJ/2003/458. Un importante extracto de la Sentencia se encuentra recogida en los Fundamentos de Derecho Quinto y Sexto: “QUINTO [...] En la redacción, entonces, vigente del art. 12 del Estatuto no se contenía un apartado como el hoy existente con la numeración 4-e) siendo de resaltar que, precisamente, la posibilidad, hoy admitida, de conversión de la contratación indefinida en contratación a tiempo parcial y viceversa, en tanto se haga con la voluntad del trabajador –y, hay que entender en caso de la negociación colectiva con la de su representación unitaria y sindical– constituye un argumento favorable a la viabilidad legal de un Acuerdo Colectivo como el hoy impugnado en el presente Convenio, en el que se instauran unas determinadas condiciones en la contratación laboral a fin de conseguir, en la medida de lo posible, la estabilidad en el empleo y reducir la contratación temporal.

SEXTO

Es cierto y esta Sala así lo ha declarado, por mayoría de sus miembros, en su Sentencia de 12 de diciembre de 2001, dictada en Sala General, que no es dable a las partes negociadoras del Convenio el modificar las modalidades de contrato laboral establecidas, con carácter legal e imperativo, en el Estatuto de los Trabajadores, pero no es menos cierto que, en el caso que hoy se enjuicia, se dan una serie de circunstancias que permiten admitir la legalidad de la Cláusula de Acuerdo Colectivo que se combate en el presente recurso. Y es que, como ya se deja dicho, la voluntad de las partes suscriptoras de esa Cláusula convencional no fue otra que la de lograr una consolidación en el empleo que, naturalmente, habría de compaginarse con las necesidades productivas de la empresa. La empresa acepta limitar el ámbito de la contratación temporal, asumiendo un contingente laboral que procede de la misma con el carácter de fijo, pero para compaginar los períodos de descenso productivo en la empresa acuerda con los Sindicatos que, en su mayoría lo aceptan, la posibilidad de reducir la jornada de esos trabajadores temporales convertidos no más allá de un 30% en esos períodos de baja productividad.

Pero aunque, es verdad, que en la Cláusula paccionada en cuestión se reconoce la facultad de la empresa de reducir la jornada y el consiguiente salario y vacación, sin embargo, es lo cierto que esa concesión a la empresa no se hace en términos absolutos, sino que se halla condicionada a unas conversaciones previas durante el período de 15 días con la representación colectiva y sindical y que, de no llegarse a acuerdo en ese trámite de conversaciones, cabe el recurso al Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje respecto a los puntos de desacuerdo.”.

clausula, cuyo trasfondo es la voluntad de la empresa de mantener el nivel de empleo en la plantilla de los trabajadores fijos. En este caso, “la voluntariedad” del trabajador, tal y como propugna el art. 12.4 ET, para aceptar el paso de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial, entiende el Tribunal Supremo, se sustituye por la voluntad de la representación unitaria y sindical plasmada en el acuerdo colectivo. Con posterioridad a dicha Sentencia, y antes de llegar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2007 anteriormente referenciada, la doctrina judicial de los distintos Tribunales Superiores de Justicia continuó con la interpretación del art. 12.4 ET. De este modo, encontramos las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 24 de julio de 2003²², la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de mayo de 2004²³, las Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 16 de diciembre y las de 20 de diciembre de 2004²⁴ o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de enero de 2005²⁵.

22. JUR/2004/55633, JUR/2004/55634 y JUR/2005/7827. La Sala entiende que la comunicación de despido dirigida a los actores en la que se establece que se rescinde su relación laboral de fijo, novándose a una relación laboral de fijo-discontinuo constituye un despido, y no modificación sustancial de condiciones de trabajo. Ciertamente, esta interpretación de la Sala podría contravenir la jurisprudencia del Tribunal Supremo en supuestos similares, tal y como hemos visto en la nota al pie número 22.

23. JUR/2004/237001. Enjuiciando un despido producido por faltas de asistencias, la Sala llega a la conclusión de que la variación ilegítima de la jornada del trabajador tras una subrogación, por contravenir lo dispuesto en el art. 12.4 ET, al aumentar más del doble su jornada, no puede suponer la procedencia del despido si el trabajador no realiza la parte de jornada aumentada, declarando de este modo la improcedencia del despido. No obstante, entendemos que, en este caso, la aplicación del art. 12.4 ET por la Sala es errónea, puesto que en ningún momento el trabajador nova su contrato a tiempo parcial a un contrato en tiempo completo.

24. JUR/2005/66861 y AS/2005/362. En este caso, al igual que sucedía en la nota al pie número 24, la empresa, misma recurrente que en aquél supuesto, había procedido a notificar al trabajador la extinción de su relación laboral de fijo y su novación en relación laboral de fijo-discontinuo. El trabajador, a los 5 meses y medio de recibir esa comunicación comenzó a trabajar en la citada empresa como trabajador fijo-discontinuo. La Sala, como entendía en aquél supuesto, estimó que se trataba de un despido, que declaró improcedente, con las consecuencias inherentes a tal efecto. Posteriormente, el trabajador recibió una nueva notificación por parte de la empresa en la que se le comunicaba que dejara de prestar servicios en la empresa (prestación que venía realizando como trabajador fijo-discontinuo). El trabajador se alza frente a esta nueva comunicación, y la Sala declara que ha existido un nuevo despido, en este caso como fijo-discontinuo, puesto que la empresa, al recibir la anterior Sentencia, optó por indemnizar al trabajador, en lugar de readmitirle en las mismas condiciones de trabajo (esto es, como trabajador fijo).

Un supuesto arquetípico al que se deben enfrentar los operadores del Derecho, en este caso los graduados sociales y los abogados laboristas, es el que se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 4 de mayo de 2006²⁶. En este caso, a la trabajadora, que prestaba servicios en la Biblioteca municipal de un ayuntamiento, se le notifica que su jornada de trabajo se reduce desde la jornada a tiempo completo a una jornada de 20 horas semanales. La fundamentación jurídica contenida en la Sentencia es clara y concisa: *“Así las cosas, se ha de significar que regulándose en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores el contrato de trabajo a tiempo parcial junto al contrato de relevo, en el apartado e) del número 4 de dicho artículo se establecen una serie de reglas sobre la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial, imponiéndose en primer término el carácter voluntario de dicha conversión, ya que ésta «no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41», y no sólo eso puesto que «el trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52 c) de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción».*

De forma que no es posible la conversión del contrato si no media el consentimiento del trabajador, aunque, como excepción, se permite la utilización de las medidas previstas en los antecitados artículos 51 y 52 c) ET, con lo que cabría la conversión unilateral del contrato a través de un expediente de regulación de empleo o, de forma individual, acordar las medidas contempladas en

25. AS/2005/545. Al igual que en la nota 25, y con cita expresa de aquella, en este caso la Sala entiende que existe despido improcedente, ya que las ausencias injustificadas del trabajador, que había sido informado de que tenía que realizar el doble de la jornada que venía realizando, obedecen a una total falta de formalidad por parte de la empresa. No obstante, entiende que el art. 12.4 ET prohíbe dicho comportamiento (en este caso, el aumento de una jornada de 15 a 30 horas semanales), conclusión que, a nuestro parecer, no podía llegar en interpretación del art. 12.4 ET.

26. AS/2006/1979.

el apartado c) del artículo 51, que regula el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, lo que conlleva que en ambos casos (expediente de regulación de empleo o despido individual por dichas causas), habría de seguirse necesariamente el procedimiento legalmente establecido al efecto.

Ahora bien, en el supuesto de autos, debiendo partirse necesariamente del relato fáctico de la sentencia y proyectando el anterior soporte normativo al concreto caso enjuiciado, resulta obligado rechazar también la alegación mencionada, por cuanto ni existió consentimiento de la trabajadora a la conversión del contrato ni se ha seguido el procedimiento que, conforme a lo expuesto, permitiría la conversión unilateral del contrato, acudiendo al correspondiente expediente de regulación de empleo o acordando las medidas procedentes conforme a lo establecido en el artículo 52 c) ET.”

Posteriormente, la doctrina judicial continuó aplicando esta doctrina, especialmente en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de junio de 2006²⁷ y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de septiembre de 2006²⁸

27. AS/2006/3268. Al igual que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la argumentación es clara al exponer: “Si partimos, como lo hacemos, de la existencia de una relación laboral indefinida a tiempo completo, su conversión a tiempo parcial solo puede verificarse de forma voluntaria y de mutuo acuerdo, no por imposición unilateral. El art. 12.4.e) del ET (RCL 1995, 997) regula de forma minuciosa las modalidades de novación contractual, insistiendo en que la conversión tendrá siempre carácter voluntario y en que no se podrá imponer de forma unilateral ni siquiera a través del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, contemplado en el art. 41 del ET.”

28. JUR/2007/95786. En un supuesto en el que el contrato inicial de jornada parcial se recondujo a jornada completa, para posteriormente reconducirse a jornada parcial, la Sala entiende que ésta última decisión es nula. Establece la Sala: “Dicho lo cual, aparentemente no estaríamos ante unas modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que exijan el estudio de las formalidades expresas y por ende su constatación en atención al art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que las partes han reconducido a un procedimiento ordinario, como ya hemos manifestado con anterioridad, la discusión litigiosa. Llegados a este punto, resulta evidente que la trabajadora, con categoría profesional de peón, y a pesar de tener una contratación inicial a tiempo parcial desde el año 2003, vio en su momento modificada tal jornada laboral, en el sentido de ampliación en noviembre de 2004, lo cual supuso el acontecer de la constatación de la prestación de servicios, una consolidación de tal modificación, que a la vez era sustancial en la jornada de trabajo, cuya falta de oposición o impugnación, en modo alguno desmerece su consideración jurídica y judicial, pues el hecho jurídico de falta de impugnación del aumento de la jornada, no impide ahora el que a la inversa, cuando se produce la reducción de la misma, se entienda que hay un voluntarismo tácito y recíproco respecto de las previas actuaciones. Y es que a criterio de la Sala, no ya solo la conversión contractual de tiempo completo a tiempo parcial es voluntaria, sino que la tácita reconducción (sic) que estima la juzgadora de instancia respecto de actos propios en el desempeño o prestación de servicios, firma y cobro de nóminas, de alcance en cómputo de 3 mensualidades, no rezuma consideración jurídica del voluntarismo, ni predica un principio de actos propios, que siguiendo los dictados del Derecho Común, provoquen la conformación de una modificación a que deba obligarse. Muy al contrario, estando en período justificado de reclamación judicial (art. 59 del Estatuto de los Trabajadores), la voluntariedad tácita predicada en la instancia queda colmada y desvirtuada por los actos expuestos que suponen su impugnación, tal es así que la pretensión de la trabajadora demuestra su falta de voluntariedad en la conversión, con reducción de jornada habida, y por ello exige su derecho a ser repuesta en la jornada a tiempo completo.”

3.2 La doctrina del Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de mayo de 2007

Tras las diversas interpretaciones jurisprudenciales que hemos obtenido ocasión de exponer, el Tribunal Supremo se pronunció, expresamente, y por primera vez, sobre la problemática que plantea este trabajo: ¿se puede reducir la jornada de un trabajador a tiempo completo a través del art. 41 ET?

Los hechos sobre los que tiene que decidir el Tribunal Supremo en esta importante Sentencia²⁹ son similares a la mayoría de casos que se le plantean a la doctrina judicial: trabajador a jornada completa que recibe una comunicación de la empresa por la que, con base en el art. 41, se minora su jornada de trabajo. El Tribunal Supremo estudia la existencia de despido, a través de dicho procedimiento, en base a esa disminución de la jornada, llegando a la conclusión, de que la reducción de jornada no supone la extinción del vínculo contractual. Sin embargo, para llegar a esta conclusión, utiliza una fundamentación que debemos comentar.

En primer lugar, establece el Tribunal Supremo que “aunque también se haya mantenido que «todo contrato cuya jornada sea inferior a la habitual es un contrato a tiempo parcial», lo cierto es que la Sala considera -con gran parte de la doctrina- que el contrato de trabajo a tiempo parcial constituye -al menos actualmente- una verdadera modalidad contractual y que no cabe identificarlo como un simple supuesto de reducción de jornada [contrato de trabajo a tiempo completo con jornada reducida] o de utilización reducida del tiempo de trabajo [«jornada parcial»]. Así lo ponen de manifiesto su compleja configuración legal [particularmente la voluntariedad, las específicas reglas de distribución del tiempo, la singularidad del sistema de protección social...], las exigencias

29. RJ/2007/5084.

formales y la posible conversión del contrato de tiempo completo a contrato a tiempo parcial y viceversa. Esta diversidad de naturaleza -en gran medida aceptada- necesariamente comporta, pese al principio de conservación del negocio y al carácter excepcional de la novación extintiva, ambos tan presentes en el Derecho del Trabajo [de ello son manifestación la sustitución de las cláusulas nulas por los preceptos debidos, la variedad de suspensiones de la relación laboral, la subrogación empresarial...], que en los supuestos de la referida conversión no estemos en presencia de una novación modificativa de la relación laboral, sino ante la novación extintiva de la preexistente y su sustitución por la nueva (así ya la había indicado la STCT 22/11/88, para contexto normativo menos concluyente que el actual), habida cuenta de que el fenómeno extintivo no solamente tiene lugar cuando el contrato de trabajo finaliza para dar paso a una relación no laboral, sino también cuando se transforma en modalidad o especie distinta”. Continúa establecido el Tribunal Supremo que “ni que decir tiene que este planteamiento significaría que la hipotética imposición empresarial del cambio de modalidad contractual [tiempo completo/tiempo parcial], en tanto que novación extintiva, justificaría la ejercitada pretensión por despido y supondría que hubiésemos de apreciar que concurre la infracción normativa que la parte recurrente denuncia.”

De esta importante argumentación debemos destacar tres puntos fundamentales, que constituirán la base jurídica de la interpretación del Tribunal Supremo hasta la actualidad:

1. La diferenciación entre contrato a tiempo a parcial y jornada de trabajo a tiempo parcial. De este modo, interpretando sui generis la Directiva 97/81/CE, el Tribunal Supremo establece que no toda jornada a tiempo parcial tiene como consecuencia un contrato a tiempo parcial.

2. La creación del contrato a tiempo parcial como una categoría jurídica propia, con características singulares, más allá de su característica fundamental, esto es, la reducción en la prestación de servicios a través de una menor jornada.

3. La conversión de un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, al ser dos categorías jurídicas diferenciadas, implicaría el despido del trabajador, al tratarse de una novación extintiva del primigenio contrato a tiempo completo.

Sin embargo, continúa la interpretación de Tribunal Supremo: “Ahora bien, para calificar a una relación como contrato de trabajo a tiempo parcial no basta -conforme a lo más arriba indicado- que la reducción del tiempo de trabajo sea inferior a la jornada ordinaria a tiempo completo, en distribución horizontal [reducción de horas al día], vertical [disminución de días al año] o mixta [horas/día y días/año], sino que es preciso que la reducción de jornada sea voluntariamente adoptada [«cuando se haya acordado», dice el art. 12.1 ET (RCL 1995, 997) con sujeción a la concreta modalidad de contrato a tiempo parcial. [...] En esta misma línea, pero con definitiva contundencia en el mandato, el art. 12.4.e) ET dispone que la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial «tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones» «ex» art. 41.1.a) ET. Lo que significa que la imposición unilateral de jornada reducida [con carácter individual o colectivo]

e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/ tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos [contrato a tiempo parcial] únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador.”

Tras la atenta lectura de esta fundamentación jurídica, las conclusiones precedentes se confirman:

1. La novación de un contrato de trabajo a tiempo completo en un contrato de trabajo a tiempo parcial únicamente tiene lugar cuando existe voluntariedad.

2. Por tanto, al reducir la jornada de un contrato a tiempo completo, transformándolo, de facto, en una prestación de servicios a tiempo parcial, no nos encontramos ante una novación contractual, puesto que ésta exige la voluntariedad del trabajador. Subsistirá, por tanto, la categoría jurídica “contrato a tiempo completo” pero la prestación de servicios del trabajador será “a tiempo parcial” (esto es, una jornada inferior a la del trabajador a tiempo completo comparable).

3. En conclusión, nos encontramos con que, a través del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo se puede imponer una transformación “de hecho” del contrato de trabajo a tiempo completo, puesto que la “mera reducción de jornada” no implica, en palabras del Tribunal Supremo, la novación de un contrato de trabajo. Por tanto, al no suponer dicha modificación una novación contractual, no puede existir despido.

3.3 La doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo tras la doctrina del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2007.

Con posterioridad a esta Sentencia, los empresarios vieron un resquicio para aplicar, con una mayor flexibilidad, los instrumentos que el Tribunal Supremo ponía a su alcance para reducir la jornada de un trabajador. En efecto, rodeando la literalidad del art. 12.4 ET, el Tribunal Supremo permitía que la empresa pudiera reducir la jornada de un trabajador, siempre y cuando se mantuviera la categoría jurídica de “contrato a tiempo completo”³⁰.

Un contrapeso importante a esta doctrina del Tribunal Supremo es realizada, quién sabe si obviando la anterior doctrina, o queriendo realizar un contrapunto a la misma, por la misma Sala de lo Social del Tribunal Supremo³¹ (misma Sección 1ª) en la Sentencia de 15 de octubre de 2007.³² Dicha Sentencia analizaba la validez de una cláusula recogida en el Convenio Colectivo del sector de “handling”, que establecía la posibilidad por parte de la empresa de modificar, sin seguir ni siquiera el procedimiento establecido en el art. 41 ET, la jornada de trabajo de los trabajadores con contrato a tiempo completo. El párrafo que interpreta el art. 12.4 ET es relevante: “Además, si admitiésemos que la empresa puede modificar, por autorizarlo el Convenio, la jornada en el contrato indefinido a tiempo parcial más allá del tiempo máximo resultante del contenido en el propio contrato de trabajo, tal y como exige el artículo 12 ET, se estaría haciendo irreconocible esa modalidad contractual, desde el momento en que la

30. La consecuencia de aplicar dicha doctrina proporcionó un instrumento de extrema utilidad para las empresas, puesto que si existía voluntariedad se podría novar el contrato de tiempo completo a tiempo parcial, y si no existía dicha voluntariedad se podría reducir la “mera jornada”, a través del art. 41 ET, manteniendo la naturaleza del contrato.

31. También la misma Sección 1ª, si bien con diferente ponente (en este caso GULLÓN RODRÍGUEZ; en la Sentencia de 14 de mayo DE CASTRO FERNÁNDEZ).

32. RJ/2007/9308.

exigencia prevista en el número 4. a) del precepto podría resultar alterada de manera unilateral por una de las partes en perjuicio de la otra, colocando así el Convenio al empresario en una posición de ejercicio de prerrogativas exorbitantes y desproporcionadas en el cumplimiento de lo previsto en el contrato de trabajo”.

El Tribunal Supremo no lo dice expresamente, pero esta pensando, ciertamente, en que la ampliación de jornada de un contrato a tiempo parcial, que pueda dar lugar a una prestación de servicios, a tiempo completo, haría “irreconocible” lo previsto en el art. 12.4 ET. De lo contrario, si se refiere a la modificación de jornada enmarcada dentro del contrato parcial, sin que constituya una jornada a tiempo completo, no utilizaría como referencia el art. 12. 4 ET, sino que únicamente se referiría a la ulterior vulneración del art. 41.

La doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia continuó con la interpretación del art. 12. 4 ET, ciertamente alejada de la posición del Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de mayo de 2007. De este modo, encontramos la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 25 de mayo de 2007³³, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de junio de 2007³⁴, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de abril de 2008³⁵ o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 23 de abril de 2008³⁶.

Una síntesis sobre la argumentación de los Tribunales Superior de Justicia en esta materia se encuentra en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 17 de julio de 2009³⁷. Dicha Sentencia pone de manifiesto la “confusión” creada por la sentencia del Tribunal Supremo de 2007, que, en palabras de la propia Sentencia, únicamente debe aplicarse al supuesto allí enjuiciado, esto es, la existencia de un despido por reducción de la jornada. La argumentación de dicha Sentencia es significativa por la claridad expositiva: “Hemos

33. AS/2007/2432. En este supuesto, notificada a la actora la reducción de la jornada a 21 horas semanales, desde su contrato a tiempo completo, el Juzgador y la Sala entiende que dicha modificación choca frontalmente con el art. 12.4 ET, anulando la decisión de la empresa, reponiendo a la actora en las anteriores condiciones de trabajo.

34. JUR/2007/327392. Se estudia en el presente supuesto una extinción a instancia del trabajador, al que se le comunica el paso de su jornada parcial a una jornada a tiempo completo. La Sala entiende que dicha operación, que además no se llegó a implantar efectivamente “carece de operatividad por disponerlo así el art. 12.4.e)”, denegando de este modo la extinción indemnizada del contrato, ya que la modificación de jornada se entendía nula.

35. JUR/2008/161773. Al trabajador, que venía realizando un trabajo a jornada completa, se le comunica que tras la subrogación empresarial comenzará a realizar trabajos a jornada parcial. La argumentación de la Sala es clara y contundente: “Prescribe con toda rotundidad el artículo 12.4 e) del Estatuto de los Trabajadores que: “La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41 “, añadiendo, a renglón seguido, que: “(...) El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52 c), de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”. Mayor claridad no cabe pedir, por lo que la decisión frente a la que se alza el recurrente habrá de reputarse en todo caso de ilegal por contravenir normas de derecho necesario absoluto, haciendo, así, imposible que la misma pueda llegar a entenderse justificada como, al cabo, hizo la sentencia recurrida.”

36. JUR/2008/234074. Aplicando la doctrina del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2007 llega a la conclusión diferente. Esto es, la reducción de jornada de un trabajador a tiempo completo es nula por vulnerar el art. 12.4 ET. En este caso, además, la empleadora comunicó a la Seguridad Social la transformación del contrato a tiempo parcial.

37. AS/2009/1941.

de decir que prácticamente la sentencia citada por el Tribunal Supremo se ha convertido en el presente caso en el objeto fundamental del examen jurídico. Según cuál sea la interpretación que le dé cada una de las partes (la propia sentencia se presta a ello), el resultado será uno u otro. Contrariamente a lo interpretado por el Juzgador de instancia y por la representación de la demandante, la empresa utiliza una interpretación que evidentemente favorece sus intereses y no supone una interpretación absurda o ilógica, realizando una auténtica demostración de ingenio para lograr su propósito. [...] Hemos de decir que aun siendo conscientes de la confusión creada por la propia sentencia del Tribunal Supremo, ésta se refiere a un supuesto distinto, a saber, si la reducción de jornada operada era constitutiva de un despido o si se trataba de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, concluyendo que para que se diese lo primero, como entendían los trabajadores, era necesaria la conformidad de éstos para “convertir” el contrato de tiempo completo en a tiempo parcial, lo que llevaría consigo la extinción del primero y la suscripción de otro nuevo y distinto.

La sentencia considera que la sola reducción de jornada no acarrea por sí misma el surgimiento de un nuevo contrato “a tiempo parcial”, sino que subsiste el anterior a tiempo completo aunque con jornada reducida, tratando de salvar de este modo la reducción de jornada por guarda legal o cuidado de familiar o las limitaciones de jornada en trabajos con riesgo especial para la salud. Así, se dice en la sentencia, al no existir conformidad por parte del trabajador, no puede hablarse de despido y conversión en nuevo contrato a tiempo parcial.

En el caso que es objeto de esta litis la empresa impone a la trabajadora unilateralmente, mediante comunicación de fecha 28/07/2008, una reducción de jornada trabajo, de 40 a 20 horas semanales de trabajo, alegando una serie de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción “que dificultan de modo gravísimo el margen de maniobra de la empresa en el mercado”. Según la misma comunicación lo que se pretende única y exclusivamente es “adaptar

la posición de la empresa en el mercado, haciendo el esfuerzo de mantener todos los puestos de trabajo en la empresa”. En el hecho probado Tercero se concreta la situación de la empresa.

CUARTO

La cuestión en torno a la que gira el debate es la de si siendo la reducción de jornada una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, se halla sometida a lo establecido en el artículo 12.4 e) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997). Es evidente que sí son de aplicación los artículos 51 y 52 c) para proceder a la extinción de los contratos siempre que concurren las causas en ellos contenidas, pero lo que está prohibido también expresamente por el precepto es la reducción de la jornada de trabajo que es una parte esencial (o sustancial) del contrato de trabajo, con la equivalente reducción salarial, si no existe conformidad de la trabajadora. Ahí cobra plena aplicación el artículo que estudiamos en su apartado e), bien entendido que no se refiere a “contrato de trabajo” sino a “trabajo”: “La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para la trabajadora y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 41 “. Ello pone, pues, de manifiesto la ilegalidad de la acción empresarial al imponer unilateralmente, sin acuerdo con la trabajadora, una reducción semanal del tiempo de trabajo de 20 horas, lo que equivale al 50% del máximo de jornada que viene realizando la trabajadora, pretendiendo ampararse en una supuesta situación crítica para la empresa, que, por otra parte, ni siquiera justifica, para proceder a tal modificación sustancial expresamente prohibida; pero además, la supuesta cobertura legal que utiliza no es de aplicación, como hemos tenido ocasión de analizar, al trabajo o jornada de trabajo a tiempo completo que venía desarrollando la

trabajadora para reducirle la jornada “parcialmente” o “a tiempo parcial” a la mitad, con la consiguiente reducción del salario.” Como se puede observar, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con cita de Sentencias de otros Tribunales Superiores de Justicia en el mismo sentido, interpreta la Sentencia del Tribunal Supremo en el sentido de que la reducción de jornada de un contrato a tiempo a tiempo completo implica, necesariamente, la transformación de categoría jurídica del contrato de trabajo, algo que prohíbe expresamente el art. 12.4 ET. Asimismo, entiende, que no existe diferenciación entre “contrato” a tiempo completo y “trabajo” a tiempo completo, ni, por tanto, diferenciación entre “contrato” a tiempo parcial y “trabajo” a tiempo parcial, puesto que el trabajo a tiempo parcial implica, por sí mismo, un contrato a tiempo parcial. Igualmente, la censura a la reducción de jornada desde un contrato a tiempo completo se puede encontrar en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 de noviembre de 2009³⁸, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 3 de diciembre de 2009³⁹, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 27 de julio de 2010⁴⁰, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 25 de enero de 2011⁴¹, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife, de 31 de marzo de 2011⁴² y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de septiembre de 2011⁴³.

38. JUR/2010/35635.

39. JUR/2010/86165.

40. JUR/2010/344545.

41. JUR/2011/162873. En dicha Sentencia se impugna la decisión de la empresa de aplicar una reducción de jornada de carácter colectivo. La Sala censura la medida empresarial por vulnerar el art. 12.4 ET, declarándola nula, sin perjuicio de la validez de los pactos que voluntariamente hubieran alcanzado los trabajadores y la empresa para reducir la jornada de trabajo desde un contrato a tiempo completo.

42. AS/2011/1135. Ciertamente, se torna esta Sentencia como contradictoria frente a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2002, puesto que considera esta Sala que la “voluntariedad” para la transformación en el contrato de trabajo es individual, sin que dicha “voluntariedad” para la transformación del contrato pueda corresponder a la representación de los trabajadores.

43. JUR/2011/410508.

3.4 La especial problemática de los profesores de religión. La reducción de jornada con base en necesidades organizativas al comienzo del curso escolar.

El Tribunal Supremo, más allá del problema derivado de la modificación sustancial de jornada y su interpretación conjunta con el art. 12.4 ET, tuvo que hacer frente a un problema de reducción de jornada enmarcado en la especial problemática de los docentes de la asignatura de religión. Son varias las Sentencias del Alto Tribunal que estudian esta problemática⁴⁴, siendo la última que conocemos en este sentido la Sentencia de 9 de octubre de 2012⁴⁵, que pasaremos a comentar.

El problema que se plantea es si la relación de profesor de religión celebrada al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 696/2007⁴⁶ permite que la jornada de trabajo de dichos profesores pueda ser modificada al inicio del curso escolar por razón de planificación educativa. El *quid iuris* de esta Sentencia, así como de las innumerables Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, fue determinar si la prohibición de conversión de contrato a tiempo completo a parcial, y viceversa, que únicamente puede realizarse con la voluntad del trabajador, fue conculcada, al establecer el Real Decreto 696/2007 la posibilidad de modificar la jornada de los profesores de religión por razones de planificación educativa.

44. A título meramente ejemplificativo citaremos las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2011 (RJ/2011/6679), de 16 de diciembre de 2011 (RJ/2012/380), de 19 de diciembre de 2011 (RJ/2012/3498), de 20 de diciembre de 2011 (RJ/2012/391), de 21 de diciembre de 2011 (RJ/2012/1876 y RJ/2012/1881), de 24 de enero de 2012 (RJ/2012/2156), de 25 de enero de 2012 (RJ/2012/2455), de 18 de abril de 2012 (RJ/2012/5723), de 21 de mayo de 2012 (RJ/2012/8147) y de 22 de mayo de 2012 (RJ/2012/8321).

45. RJ/2012/10310.

46. RCL/2007/1120.

El Tribunal Supremo, para este concreto supuesto, admite que el art. 12.4 ET no es de aplicación, toda vez que entra dentro de las facultades de la Administración la posibilidad de modificar, al comienzo del curso escolar, la jornada del trabajador. La fundamentación del Tribunal Supremo es la que sigue: “A la vista de dicha regulación resulta que la relación laboral de los Profesores de Religión se rige por el Estatuto de los Trabajadores, por la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica de Educación (RCL 2006, 910) , por el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales de 3 de enero de 1979, suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede, así como por los acuerdos de cooperación con otras confesiones que tienen arraigo evidente y notorio en la sociedad española y por el Real Decreto 696/2007, de 1 de junio . Aparece, por tanto, una normativa muy específica que regula el régimen jurídico de los profesores de Religión y, si bien, les es aplicable el Estatuto de los Trabajadores, también les resulta de aplicación la restante normativa que, en determinados extremos, como el que ahora nos ocupa, contiene una regulación diferente de la establecida en el Estatuto. Dicha regulación no conculca, en contra de lo que alega la recurrente, el principio de jerarquía normativa, que señala que supone ha de aplicarse la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores -artículos 12.4 e) y 41 - en lugar de la establecida en el RD 696/2007, de 1 de junio -artículo 4.2 -.

A este respecto hay que poner de relieve que la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación , en su último párrafo señala, refiriéndose a la contratación laboral de los profesores de religión:

- 1º- La propuesta para la docencia corresponderá a las entidades religiosas.
- 2º- La propuesta para la docencia se renovará automáticamente cada año.
- 3º- La determinación del contrato a tiempo completo o a tiempo parcial, según lo requieran las necesidades de los centros, corresponderá a las Administraciones competentes.

Del incombustible relato de hechos probados de la sentencia de instancia resulta que “en el mes de septiembre de 2007, la Administración Educativa concertó con los profesores de religión la firma de un contrato indefinido, reduciendo la jornada y el salario de muchos de ellos sin seguir el trámite del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores y afectando por igual a los trabajadores a tiempo completo y parcial” (hecho probado tercero), sin que aparezca en el citado relato, ni haya sido interesada su adición por la parte recurrente, dato alguno que suponga que se ha producido una transformación de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial.

Tal y como resulta de las normas anteriormente transcritas y los concretos hechos de los que se ha de partir para resolver la cuestión debatida, las Administraciones competentes determinan, a la vista de las necesidades de cada centro al inicio del curso escolar, la duración de la jornada. Ello supone que la jornada de los profesores puede no mantenerse inalterable a lo largo de la relación laboral, pues las Administraciones competentes, al inicio de cada curso, teniendo en cuenta las necesidades de los centros, determinan para cada profesor la duración de la jornada para el curso escolar, fijación que se efectúa sin necesidad de acudir a las normas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, puesto que, en realidad, no se trata de una modificación sustancial sino del cumplimiento de una característica de este tipo de contratos, cual es la variabilidad de la jornada, en atención a las necesidades de los centros.

El artículo 4.2 del R.D. 696/2007 de 1 de junio desarrolla lo establecido en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. En efecto, en el citado precepto se reitera el contenido de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, remitiendo a las Administraciones educativas competentes la determinación de la modalidad del contrato, a tiempo completo o parcial, según lo requieran las necesidades de los

centros públicos, añadiendo, “sin perjuicio de las modificaciones que a lo largo de su duración y por razón de la planificación educativa, deban de producirse, respecto de la jornada de trabajo y/o centro reflejados en el contrato”, lo que, como hemos dicho es característica de estos contratos.

Por lo tanto al constituir el RD 696/2007, de 1 de junio el desarrollo reglamentario de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, la regulación que contiene no conculca el principio de jerarquía normativa ni vulnera lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.”

Como se puede observar, la respuesta del Tribunal Supremo es congruente con el elenco de normas jurídicas que regulan la especial relación de los profesores de religión católica, toda vez que por la especial configuración de su relación jurídica, las normas relativas a la modificación en materia de jornada no pueden ser de aplicación a su relación laboral.

Inclusive, un posterior Auto del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2011 que descarta la aclaración de Sentencia de 19 de julio de 2011⁴⁷ (aunque para no estimar la aclaración de Sentencia realiza una amplia interpretación del art. 12.4 ET), con cita en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ad infra comentaremos, dejó claro lo que en el Fundamento Sexto de dicha Sentencia de 19 de julio se establecía (fundamentación concordante en las Sentencias del Tribunal Supremo dictadas relativas a esta problemática de profesores de religión), que “no consta acreditado que se haya procedido a transformar contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial”, toda vez que el Tribunal Supremo parte de su ya referencia doctrina de que no es posible la conversión del tipo de contrato sin consentimiento del trabajador.

47. JUR/2012/58760.

3.5 La reciente doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo: Sentencias de 7 de octubre de 2011, de 26 de abril de 2013 y Auto de 22 de enero de 2013.

Con este prisma, y teniendo en cuenta la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 2007, el Alto Tribunal ha dictado dos Sentencias y un Auto que pueden ofrecernos más claridad a la hora de solucionar el problema que planteábamos en la introducción del presente trabajo.

La Sentencia de 7 de octubre de 2011⁴⁸ no viene sino a confirmar la línea jurisprudencial emanada de la sentencia de 14 de mayo de 2007 sobre la posibilidad de la “mera reducción de jornada” sin que pueda éste hecho ser considerado una novación contractual prohibida por el art. 12.4 ET.

En este caso, se planteaba el problema bajo el prisma de una reducción de jornada “temporal” (aunque lo cierto es que en los hechos probados no se establece ninguna fecha cierta de retorno a la jornada a tiempo completo) de varias trabajadoras a las que se le había reducido la jornada por la importante disminución de la actividad productiva. Como comentábamos, la argumentación del Tribunal Supremo en esta Sentencia sigue la tendencia iniciada en 2007.

“El punto de partida para resolución del problema jurídico planteado ha de ser el artículo 12.4 e) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) , en el que se dice que “La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para la trabajadora y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 41. El trabajador no podrá ser despe-

48. RJ/2011/7340.

dido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52 c) de esta Ley , puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”.

Por otra parte, el artículo 12.1 ET define el contrato a tiempo parcial como aquél que se celebre acordando la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.

No obstante, la doctrina de esta Sala elaborada a propósito de la naturaleza del contrato a tiempo parcial en relación con el contrato a tiempo completo ha sostenido en la STS de 14 de mayo de 2.007 (rcud. 85/2006) (RJ 2007, 5084) que para calificar a una relación como contrato de trabajo a tiempo parcial no basta que la reducción del tiempo de trabajo sea inferior a la jornada ordinaria a tiempo completo, sino que es preciso que la reducción de jornada sea voluntariamente adoptada con sujeción a la concreta modalidad de contrato a tiempo parcial. También se ha abordado la muy especial naturaleza del contrato a tiempo parcial en otras STS como la de 15 de octubre de 2.007 (recurso de casación 47/2006) (RJ 2007, 9308) , aunque referida ésta a un problema de impugnación de Convenio, pero siempre con la convicción de que se trata de una modalidad contractual muy compleja en la que existen elementos, como la regulación de la horas complementarias por ejemplo, que alejan esta figura contractual enormemente de la que se lleva a cabo a tiempo completo, para concluir, como se hace en la primera de las sentencias de esta Sala citadas, que la mera reducción de la jornada hasta situarla en valores inferiores a los que corresponden a la jornada a tiempo completo comparable no basta para calificar, cuando no existe la conformidad del trabajador, la nueva situación resultante de contrato a tiempo parcial.

Por esa razón se argumenta también en la STS de 14 de mayo de 2.007 citada que esa ausencia de consentimiento por parte del trabajador se produce en situaciones de las que, aunque se minore la jornada, no se desprende el resultado de un contrato de trabajo a tiempo parcial, como era la que se derivaba de la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o referidas a fuerza mayor previstas en el artículo 47 ET .

Actualmente, tras la entrada en vigor el día 19 de septiembre de 2.010 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (RCL 2010, 2502) , de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 227/2010, de 18 de septiembre de 2010), norma que no resulta aplicable al caso por evidentes razones temporales, se admite en la nueva redacción del artículo 47.2 ET que la jornada de trabajo se pueda reducir “por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual ...” , regulándose el procedimiento para acceder a esa posibilidad (art. 47.1 ET) a través del expediente que se siga al efecto por el cauce del art. 51 ET , pero con la particularidad, entre otras, de que ese procedimiento habrá de seguirse cualquiera que sea el número de empleados de la empresa o de trabajadores afectados.

En todo caso, la STS de 14 de mayo de 2.007 añade a los argumentos antes reseñados que “... la imposición unilateral de jornada reducida (con carácter individual o colectivo) e incluso la modificación colectiva acordada de consuno con los representantes de los trabajadores, no determinan la mutación del contrato tiempo completo/tiempo parcial, sino la mera reducción de la jornada en contrato a tiempo completo que persiste como tal categoría jurídica, pues la específica modalidad de que tratamos (contrato a tiempo parcial) únicamente puede ser fruto de una conversión contractual que se instrumente por medio de

una novación extintiva, que en todo caso es requirente de la voluntad concorde del trabajador”. De lo que se desprende que la transformación del contrato a tiempo completo en tiempo parcial necesita de la voluntad del trabajador para que se produzca la necesaria novación extintiva del vínculo previo para acceder al nuevo contrato a tiempo parcial.

SEXTO

Aplicando la anterior doctrina al caso que aquí resolvemos y en el único punto discutido, debe decirse que la reducción de la jornada de las cuatro trabajadoras demandantes en un 30,5% de la jornada, decidida unilateralmente por la empresa ante la disminución no discutida de la actividad empresarial, no supuso una vulneración de lo previsto en el artículo 12.4 e) ET (RCL 1995, 997) , desde el momento que esa decisión empresarial y la ausencia de conformidad de las trabajadoras no determinaban la transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, tal y como se afirma en la sentencia recurrida, máxime cuando la media adoptada tenía el carácter de temporal, aunque ciertamente no se identificase el tiempo durante el que habría de producir efectos.”

Tras esta Sentencia, que confirmaba punto por punto la Sentencia del año 2007, con más importancia si cabe toda vez esta Sentencia es dictada en un procedimiento de reconocimiento de Derechos (y no de despido como sucedía en aquélla) la actuación empresarial ha tomado un camino inequívoco guiado por la jurisprudencia del Alto Tribunal: a través del art. 41 ET el empresario puede modificar unilateralmente la jornada de un contrato a tiempo completo, puesto que la “mera reducción de jornada”, sin que se produzca un cambio del tipo de contrato (que a través del art. 41 ET nunca se va a producir), no contraviene el art. 12.4 ET. Las consecuencias jurídicas para el trabajador son demoledoras: ve minorada su jornada y salario, así como, correlativamente, la base de coti-

zación de la Seguridad Social (hasta el límite de la base de cotización a tiempo completo, puesto que dicha categoría de contrato sigue existiendo), de la que dependerán sus prestaciones futuras. Igualmente, se le coloca en la tesitura de aceptar la “mera reducción de jornada”, o extinguir su contrato con la indemnización prevista en el art. 41 ET (indemnización, en su límite máximo, inferior a la establecida en el art. 52 ET para la extinción por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción a la que hace referencia el art. 12.4 ET).

La última de las Sentencias que hasta la fecha ha dictado el Tribunal Supremo sobre la problemática atinente al art. 12.4 ET versa sobre la facultad que este mismo precepto otorga a las empresas para proceder a realizar despidos objetivos en el caso de no existir voluntariedad del trabajador para proceder a la novación de su contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial. En concreto, el relato de hechos probados de la Sentencia del Alto Tribunal de 26 de abril de 2013⁴⁹ nos muestra una situación en la que el empresario ofrece a un trabajador a tiempo completo la posibilidad de, mediante acuerdo, transformar su contrato en un trabajo a tiempo parcial. Frente a la negativa de este trabajador, la empresa opta por rescindir su contrato de trabajo por causas económicas y organizativas con base en el art. 52 ET.

La fundamentación jurídica de dicha Sentencia es la siguiente: “el art. 12.4 e) ET expresamente establece: “La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de los dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41 . El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad

49. JUR/2013/170381.

con lo dispuesto en los artículos 51 y 52 c) de esta Ley , puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”.

La conversión del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial exige la voluntariedad del trabajador, como recordábamos en la STS de 14 de mayo de 2007 (RJ 2007, 5084) (rcud. 85/2006).

En el caso aquí enjuiciado la empresa hizo tal oferta al demandante, buscando así que el acuerdo de voluntades para efectuar esa conversión, lo que no pudo hacerse por negativa del propio trabajador. Por consiguiente, no cabía al empresario utilizar la medida de la modificación sustancial de condiciones del art. 41ET -que, de haber sido legalmente posible, de no ser aceptada por el trabajador, hubiera llevado al mismo efecto de la extinción contractual indemnizada-.”

Las conclusiones que nos deja esta fundamentación jurídicas son diversas:

1. El propio Tribunal Supremo establece que el iter correcto es el que se propugna en el art. 12.4 ET, esto es, el ofrecimiento al trabajador de transformar su contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, para, en caso de negativa, utilizar las medidas oportunas conforme al art. 52 ET⁵⁰.

2. Que “no cabía” que el empresario utilizara el mecanismo previsto en el art. 41 ET tras el ofrecimiento al trabajador para la reducción de la jornada. Esta conclusión del Tribunal Supremo choca frontalmente la conclusión alcanzada en las Sentencias de 2007 y 2011 (si bien allí no se establecía el ofrecimiento a priori a las trabajadoras, tal y como sucede en esta Sentencia), convalidando además la Sentencia de 2011 la decisión de la empresa de reducir la jornada de los trabajadores a tiempo completo a través del art. 41 ET.

3. Que, aún estableciendo que “no cabía” el procedimiento del art. 41 ET, se dice posteriormente sobre ese procedimiento algo tan enigmático como “de haber sido legalmente posible”. Esto es, el propio Tribunal Supremo no ofrece una respuesta cierta, puesto que, si “no cabía”, es obvio que no era “legalmente posible”. Y, “si cabía”, y, por tanto, “hubiera sido legalmente posible”, como parece que establece en las Sentencia de 2007, y sobre todo en la Sentencia de 2011, no se entiende como en la frase anterior se establece claramente que “no cabía” la utilización de dicho procedimiento.

En nuestra opinión, parece que el Tribunal Supremo no quiere ofrecer una respuesta clara sobre la adecuada utilización de este procedimiento, puesto que deja la duda de si dicho procedimiento es o no “legalmente posible” para reducir la jornada. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que los hechos de esta Sentencia se producen, a diferencia de las Sentencias de 2007 y de 2011, con la redacción vigente del art. 47 ET por la que se puede proceder a la suspensión de la jornada de trabajo a cualesquiera fuera el número de trabajadores afectados.

4. Por último, y aunque para el Tribunal Supremo la consecuencia jurídica de la extinción a instancias del trabajador del art. 41 ET y la extinción por causas objetivas del art. 52 ET “hubieran llevado el mismo efecto”, es claro, como comentábamos en párrafos anteriores, que el límite máximo de la indemnización (9 mensualidades en el caso del art. 41 ET; 12 mensualidades en el caso del art. 52), es diferente, y, por tanto, no tiene el “mismo efecto”.

50. Hemos de señalar que, si bien no hay cita de la presente Sentencia en su argumentación, la posterior Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, de 7 de marzo de 2012 (AS/2012/313), utiliza el mismo hilo argumental para convalidar la decisión extintiva tras un ofrecimiento al trabajador para convertir su contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial.

Por último, aunque dictada con anterioridad a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2013, para completar el cuadro jurisprudencial del presente trabajo, debemos tener en cuenta el que, a nuestro modo de ver, es un importante Auto que arroja luz sobre una futura respuesta del Tribunal Supremo teniendo en cuenta la legislación actual y la jurisprudencia dictada hasta el momento.

En el Auto de 22 de enero de 2013⁵¹, se le plantea al Tribunal Supremo el análisis de contradicción entre las Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 22 de marzo de 2012, sentencia recurrida, siendo la Sentencia de contradicción la ya estudiada Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2011.

En síntesis, los hechos de la Sentencia recurrida conforman el presupuesto tan manido de estas demandas: notificación al trabajador de una comunicación por la que se reduce su jornada completa a una jornada parcial (en este caso, de 40 a 15 horas). La sentencia de contraste, como ya hemos visto ad supra, convalida la decisión de la empresa de reducir la jornada a tiempo completo por una jornada a tiempo parcial. El núcleo de contradicción es claro: “la cuestión que ha de resolverse consiste en determinar si una reducción significativa de la jornada de un trabajador que presta servicios a tiempo completo, impuesta por la empresa por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, supone la transformación o novación de aquél contrato en otro a tiempo parcial, prohibido por el artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores si no se lleva a cabo con el consentimiento del trabajador.”

La fundamentación jurídica del Auto del Tribunal Supremo, que rechaza la existencia de contradicción entre ambas Sentencias, es de suma importancia

51. JUR/2013/58799.

para valorar la posibilidad por parte de los operadores jurídicos de operar una reducción de jornada a través de la utilización del mecanismo de modificación sustancial del art. 41.

“Parte del art. 12ET , señalando diversas sentencias de la propia Sala en las que se trata de la naturaleza jurídica del contrato a tiempo parcial, y otras que contemplan el hecho de que la mera reducción de la jornada hasta situarla en valores inferiores a los que corresponden a la jornada a tiempo completo comparable no basta para calificar, cuando no existe la conformidad del trabajador, la nueva situación resultante de contrato a tiempo parcial. Señala también que, actualmente, tras la entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (RCL 2010, 2502), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (aunque no resulta de aplicación por evidentes razones temporales), en la nueva redacción del artículo 47.2ET se admite que la jornada de trabajo se pueda reducir por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior del mismo artículo. Para concluir indicando que, “...aplicando la anterior doctrina al caso que aquí resolvemos y en el único punto discutido, debe decirse que la reducción de la jornada de las cuatro trabajadoras demandantes en un 30,5% de la jornada, decidida unilateralmente por la empresa ante la disminución no discutida de la actividad empresarial, no supuso una vulneración de lo previsto en el artículo 12.4 e) ET , desde el momento que esa decisión empresarial y la ausencia de conformidad de las trabajadoras no determinaban la transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, tal y como se afirma en la sentencia recurrida, máxime cuando la media adoptada tenía el carácter de temporal, aunque ciertamente no se identificase el tiempo durante el que habría de producir efectos.” En consecuencia, de acuerdo con la doctrina antes indicada no puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación al no concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley de la Jurisdicción Social y ello porque, aun-

que en ambos casos se analiza si una reducción unilateral y significativa impuesta por el empresario de la jornada de trabajo que se venía desempeñando a tiempo completo supone la novación o transformación del contrato en uno de naturaleza calificable de “a tiempo parcial” y por ello prohibida por el artículo 12.4 e) ET , las normas aplicables son distintas, así, la medida tomada en la sentencia de contraste (y así consta en la propia resolución), lo fue con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que da una nueva redacción del artículo 47.2ET , por la que se admite que la jornada de trabajo se pueda reducir por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior del mismo artículo; mientras en la sentencia recurrida la medida empresarial se adopta estando ya en vigor el indicado precepto.”

La advertencia del Tribunal Supremo en este Auto, que ya se vislumbraba en la Sentencia de 2011, es clara: si bien nuestra jurisprudencia ha permitido la reducción de jornada a través del art. 41 ET, sin que ello violara el art. 12.4 ET⁵², con la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 47 ET, que permite la suspensión de la jornada por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, puede que nuestra respuesta sea diferente, puesto que desde la entrada en vigor de esa norma, que permite la suspensión de la jornada de trabajo incluso de un único trabajador, el empresario puede optar por esta vía para la suspensión de jornada, que siempre será más beneficiosa para el trabajador. Como decíamos, dicha vía, la utilización del art. 47 ET, no es algo que plantee como novedad el Tribunal Supremo en el presente Auto, puesto que ya en la Sentencia de 7 de octubre de 2011 establecía que con la modificación operada por la Ley 35/2010 el procedimiento, que no podía aplicarse al caso por razones temporales, del art. 47 ET permitía la suspensión de la jornada, independientemente del número de trabajadores afectados.

51. En nuestra opinión, aún desnaturalizando la figura del contrato a tiempo completo.

4. A vueltas con la reducción de jornada en los contratos a tiempo completo. Doctrina científica.

Sin que hasta la fecha hayamos encontrado opinión de la doctrina que tenga en cuenta el Auto del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2013 y la Sentencia de 26 de abril de 2013, la opinión mayoritaria por parte de la doctrina es la de rechazar la reducción de jornada a través del art. 41 ET, y ello incluso teniendo en cuenta las importantes Sentencias del Tribunal Supremo de 2007 y 2011.

De este modo, y antes de adentrarnos en el análisis de la doctrina científica, hemos de señalar que la interpretación de la doctrina del Tribunal Supremo recogida en las Sentencias de 2007 y de 2011 sigue sin ser unánime. Por un lado, continúa la concepción de que la “mera reducción de jornada” no implica conversión del tipo de contrato⁵³. Por otro lado, todavía continúan las interpretaciones por las que la reducción de jornada implica, en todo caso, una transformación del tipo de contrato, y que, por tanto, exigen la voluntariedad del trabajador para su aplicación⁵⁴.

La doctrina científica, tal y como comentábamos, se inclina mayoritariamente por la imposibilidad de que el art. 41 ET puede reducir la jornada de un trabajador a jornada completa. Así, TOSCANI GIMÉNEZ⁵⁵, entiende que “cualquier reducción por debajo de la ordinaria implica la conversión del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial”. LUJÁN ALCARAZ y RODRÍGUEZ ARANO⁵⁶, son claros al afirmar que “no es posible por vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores reducir la jornada de un trabajador a tiempo completo, pasando éste a prestar sus servicios a tiempo parcial, en virtud de lo establecido en el art. 12.4.e), y que requiere necesariamente para

53. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de noviembre de 2012 (JUR/2012/407120).

54. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 10 de mayo de 2012 (AS/2012/2222).

dicha novación contractual el mutuo acuerdo entre empresa y trabajador”. En el mismo sentido se manifiestan **ÁLVAREZ GIMENO**⁵⁷.

SALGUERO MOLINA⁵⁸ realiza un recorrido por la jurisprudencia que interpreta al art. 12.4 ET, propugnando al final de su estudio una interpretación sui generis de la controversia objeto del presente trabajo, a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 26 de noviembre de 2012. Esto es, para el autor, puede que la cuestión para la doctrina judicial sea tan simple como que para alegar la vulneración del art. 12.4 ET se debe proponer, ex ante, la conversión al trabajador. Esta interpretación, no obstante, choca con la interpretación que han venido realizando las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, como hemos visto ad supra, en especial, por su claridad, la argumentación contenida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 17 de julio de 2012.

55. **TOSCANI GIMÉNEZ**, D. “Efectos de la modificación de condiciones de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, **167**, 2012, p.8.

56.

La doctrina de CABEZA PEREIRO⁵⁹ debe ser suscrita punto por punto por el autor del presente trabajo. Bajo el marco de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2011, el autor realiza una exquisita síntesis de la controversia objeto del presente contrato: “El Alto Tribunal considera que esa reducción [de jornada] con carácter definitivo puede realizarse al amparo del art. 41.1 a) , sin que tal medida contradiga el principio de voluntariedad expresado en el art. 12.4 e) ET. Para llegar a tan esotérica conclusión, aduce que la mera reducción de jornada no implica que un trabajador pase de ostentar un contrato a jornada completa a estar vinculado por uno a tiempo parcial, pues tal cambio exigiría un acuerdo de voluntades. Consecuentemente, «la reducción de la jornada de las cuatro trabajadoras demandantes en un 30,5% de la jornada, decidida unilateralmente por la empresa ante la disminución no discutida de la actividad empresarial, no supuso una vulneración de lo previsto en el artículo 12.4 e) ET, desde el momento que esa decisión empresarial y la ausencia de conformidad de las trabajadoras no determinaban la transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, tal y como se afirma en la sentencia recurrida, máxime cuando la media adoptada tenía el carácter de temporal, aunque ciertamente no se identificase el tiempo durante el que habría de producir efectos». Lo malo de esta doctrina, al margen de sus consecuencias tan poco deseables de privar de toda protección -también la de desempleo, y a menos que opte por extinguir totalmente su contrato- a una persona cuya jornada queda fuertemente mutilada por una decisión unilateral de la empresa de modificación sustancial de condiciones de trabajo es que, desde una perspectiva jurídica, parece muy poco compatible con la doctrina del TJU, que en varios pronunciamientos ha optado por un entendimiento amplio del concepto de trabajador a tiempo parcial y del ámbito de aplicación de la Directiva 97/81/CE (LCEur 1998, 124) . Por ejemplo, en el asunto O’Brien, el Tribunal admite que el concepto «trabajador a tiempo parcial» debe ser interpretado con arreglo

59. CABEZA PEREIRO, J. Nuevos interrogantes en torno al contrato a tiempo parcial. Revista Doctrinal Aranzadi Social. ARANZADI. 2012, núm. 2. BIB/2012/658.

al derecho nacional, pero «siempre que respete el efecto útil de esta Directiva y los principios generales del Derecho de la Unión. [Porque] en efecto, los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la

A modo de conclusión final, y como el lector podrá haberse percatado a lo largo de este trabajo, responder indubitadamente a la respuesta que el mismo plantea no es posible. Los planteamientos del Tribunal Supremo sobre la voluntariedad de la conversión del contrato a tiempo completo a parcial y la reducción de jornada por vía del art. 41 ET, la incidencia de la Ley 35/2010 al abrir una nueva vía para la reducción de la jornada de trabajo, e inclusive, como señala la doctrina científica más autorizada, la posibilidad de que la interpretación del Tribunal Supremo vulnere la Directiva 97/81/CE, no permite aventurar una respuesta a la pregunta que nos planteábamos.

A título personal, como adelantábamos ad supra, nuestras conclusiones no pueden si no coincidir plenamente con las del profesor CABEZA PEREIRO, en especial la inadecuación de la interpretación del Tribunal Supremo con la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.

No obstante, lo que humildemente planteamos como necesario es una respuesta clara y contundente, bien del legislador, bien de la jurisprudencia unificadora de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que permita conocer a los operadores del Derecho, sin ningún género de dudas, si la reducción de jornada de un trabajador a tiempo completo puede realizarse, o no, a través de la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

IV CERTAMEN

PRIMER PREMIO

“LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO
LABORAL A TRAVÉS DE LA
FLEXISEGURIDAD. HACIA UN NUEVO
MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES”

Francisco Vigo Serralvo

*A Monroy, un amigo y un ejemplo de superación.
Fuerza y pa'lante Harry.*

“Demostraremos que lo que la historia social ha producido de inédito desde el siglo XIX es la desconexión al menos parcial entre la seguridad y la propiedad, y el sutil acoplamiento de la seguridad y el trabajo. A menos que se piense que estamos más allá del trabajo, y que consistamos en perder la seguridad, lo que tenemos que inventar es una versión nueva de este montaje.”

Robert Castel. La metamorfosis de la cuestión social. Año 1995

INTRODUCCIÓN

El 11 de febrero de 2012 fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 3 de 2012. Bajo la rúbrica de “Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral” se nos presentaba la más profunda reforma laboral de nuestra reciente historia legislativa. La magnitud de los cambios introducidos fue correspondida con una situación de rechazo social también sin precedentes cercanos, – ¿la justificación de esta reforma? – nos es expuesta por el legislador de forma concisa e inconcusa – nos dice la norma en su exposición de motivos – “El objetivo es la flexiseguridad.” – Y punto –. Ningún tipo de circunloquio o aclaración acompaña este rotundo aserto y el peculiar sustantivo que lo preside. No nos especifica el legislador si la mencionada flexiseguridad es una meta o si por el contrario se trata de un método, no aclara si este nuevo objetivo de nuestro Derecho laboral será duradero o si por el contrario tiene naturaleza transitoria – acorde a la urgencia con la que se justificó la norma –, ni siquiera nos aporta nada acerca del significado de esta “flexiseguridad” y mucho menos de su contenido. Tampoco despejaría estas incógnitas nuestro legislador en la posterior convalidación de este Real Decreto mediante la Ley 3/2012 cuya exposición de motivos se expresaría en identidad de términos.

De esta forma fue como apareció en el ordenamiento nacional tan extraño vocablo, el cual había conseguido burlar los férreos filtros que impone nuestra Real Academia y ubicarse en un primer plano legislativo sin haber formado primero parte oficial de

nuestro léxico. Sin embargo, y como descargo parcial a nuestro legislador y su parquedad expositiva, debemos decir que, aunque a la sazón tan singular construcción léxica pudiera parecernos del todo exótica cuando, por vez primera, se nos presentaba en el ámbito nacional incrustada en un texto normativo, la flexiseguridad ya había penetrado en nuestros espacios vitales tiempo atrás, y lo hizo a través de ese ordenamiento jurídico supranacional que cada vez con mayor presencia condiciona nuestras relaciones sociales que llamamos Unión Europea y donde el concepto ya tenía un largo bagaje, lo que había provocado, a su vez, que el fenómeno de la flexiseguridad fuera, de un tiempo a esta parte, cuestión de estudio en nuestros ámbitos doctrinales, con especial atención el iuslaboralista.

Esta especial atención con la que este sector doctrinal contempla el debate europeo de la flexiseguridad no es en absoluto gratuita o arbitraria sino que, al contrario, encuentra justificación de peso. Según las tesis de las instituciones comunitarias la primogénita finalidad de esta flexiseguridad será la modernización del Derecho laboral. A pesar de que, como expondremos reiteradamente en este ensayo, la flexiseguridad posea implicaciones transversales que alcanzan a una multitud de sistemas (sistemas de políticas de activación, protección social durante el desempleo etc.) será sobre el Derecho laboral sobre el que centre su atención y será sobre éste sobre el que el modelo teórico flexiseguro planteará más profundos cambios, llegando incluso a considerarse por los promotores de la flexiseguridad que el Derecho Laboral tradicional está obsoleto, que es propio de tiempos pretéritos pero incompatible con los retos y desafíos del siglo XXI.

Pretendemos en este trabajo resumir los principios de esta balbuceante política de empleo que está llamada a modernizar los ordenamientos laborales europeos para, con esta base, sintetizar las principales derivadas teóricas de esta modernización. Descartando de antemano alcanzar la exhaustividad des-

criptiva de todas las reformas legislativas que en nombre de la flexiseguridad han operado en el escenario europeo sí que quisiéramos reflexionar sobre las cuestiones más teóricas o abstractas de esta modernización, así como poner en relación el debate de la flexiseguridad con otro fenómeno de contornos temporales y geográficos más amplios como es el del proceso de flexibilización laboral derivado de la globalización del que la flexiseguridad, como trataremos de demostrar, supone para el ámbito europeo su más reciente estadio. Por último y para finalizar este artículo abordaremos la flexiseguridad desde una óptica más práctica, analizando, aunque de forma somera, los resultados obtenidos durante los primeros años de promoción de la flexiseguridad, analizando la implantación de las políticas laborales flexiseguras en la Unión Europea.

I GESTACIÓN COMUNITARIA DE LA FLEXISEGURIDAD

1.1 El Advenimiento de la flexiseguridad.

En marzo de 2006, auspiciado por el Consejo de la Unión Europea que se celebraba en Bruselas, hacia su entrada de forma oficial en nuestro acervo comunitario el concepto “flexiguridad”. Mediante este estrambótico giro lingüístico, que desde entonces estaría presente en toda disposición comunitaria en materia de empleo, se nos presentaba como posible la conciliación de dos ideas tradicionalmente antitéticas; de un lado seguridad para el trabajador y de otro flexibilidad del mercado de trabajo, para así –según se lee en las conclusiones del Consejo – “lograr unos mercados laborales más abiertos y con mayor capacidad de respuesta y unos centros de trabajo más productivos”. El Consejo, a pesar de presentar la flexiguridad como “desafío fundamental” para los Estados miembros, es bastante parco en lo que a su definición se refiere, identificando la misma únicamente – y de forma redundante quizás – como un “equilibrio entre flexibilidad y seguridad”. Sin entrar a definir la fórmula por la que estas dos variantes eran conjugables entre sí. Quizás esta laxitud definitiva obedeciera a que, de forma algo paradójica, a pesar de la apuesta decidida que el Consejo realizaba por la flexiguridad, reconocía que la misma era aún un concepto en construcción, instando el Consejo a la Comisión Europea para que, en colaboración con los Estados miembros y los interlocutores sociales de ámbito europeo, procediese a la “elaboración de un conjunto de principios comunes sobre flexiguridad” que dotaran de contenido al concepto (Consejo Europeo 2006, Conclusión 41^a).

Este inicio de colaboración llegaría en noviembre de 2006 de la mano del Libro Verde de la Comisión Europea “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI” (en adelante Libro Verde de 2006). De nuevo, y a pesar del trascendental destino que aquí se le está reservando a la flexiguridad – ve-

nía nada menos que para “modernizar” el Derecho del Trabajo –, no aparece en este documento acompañada de ningún tipo de definición que arroja algo de luz a la incertidumbre en la que nos dejó el Consejo sobre la noción de flexiguridad “que la Comisión da por sabida” en este libro verde (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, 2007, Pág. 4) a pesar de que dicho concepto no se encontrará todavía mayoritariamente extendido (GHK 2012 Pág.44).

Aquí la Comisión se limita (de forma coherente con su formato de libro verde y la finalidad que tradicionalmente este tipo de documentos tiene atribuida en el funcionamiento de la UE debemos añadir) a presentar una serie de reflexiones y propuestas de carácter muy genérico y “plantear un debate público en la UE sobre cómo modernizar el Derecho laboral para sostener el objetivo de la Estrategia de Lisboa de crecer de manera sostenible”. Modernización que, aunque ya anuncia que de forma necesaria deberá pasar por la promoción de la flexiseguridad a través del Derecho Laboral, pospone el mayor esclarecimiento del concepto a junio del año siguiente cuando, tras las aportaciones de los Estados miembros al debate que aquí se proponía, “se presentará una comunicación de la Comisión sobre flexiseguridad [...]: este texto buscará definir los argumentos a favor de la flexiseguridad, así como una serie de principios comunes de aquí a finales de 2007 para ayudar a los Estados miembros a incrementar los esfuerzos en materia de reformas”. Resulta en cierto modo ilustrativo que la Comisión anunciase que se limitaría a definir “los argumentos a favor de la flexiseguridad”, omitiendo los posibles argumentos en contra que del debate pudieran haberse derivado sobre la conveniencia de dirigir nuestros ordenamientos laborales por la senda de la flexiseguridad, omisión que ya adelantamos no es anecdótica pues este libro verde, junto al Consejo de Bruselas de 2006, supone un auténtico punto de no retorno en la política de empleo comunitaria y desde la aparición de la noción de flexiseguridad, la misma se nos presentará en todos los textos oficiales de la Unión como solución apodéctica a la situación laboral europea, quedando el posible disenso recluido a los ám-

bitos doctrinales o políticos de los Estados miembros. Será ya en la anunciada comunicación de la Comisión del año 2007 donde, bajo la rúbrica “Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”, se empezaría a despejar el crítico mensaje que tanto el Consejo Europeo como el Libro Verde de 2006 estaban empezando a generar. En esta comunicación comienzan a perfilarse los aspectos consustanciales de esta nueva orientación de la política de empleo. Bajo los epígrafes interrogantes “¿Qué es la flexiseguridad?” o “¿Cómo funciona la flexiseguridad?” encontramos en este texto la primera definición explícita del término realizada desde las instituciones europeas así como un acercamiento a su contenido y a los objetivos que persigue. Desde entonces el concepto “puede definirse como una estrategia integrada para potenciar, a un tiempo, la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral” y cuyo contenido comenzaba ya aquí a tener cuerpo y que exponemos en el siguiente de nuestros bloques temáticos.

De añadidura y a fuer de rigor expositivo debemos decir que, aunque sea a la labor de las instituciones comunitarias a la que le debemos atribuir la omnipresencia del vocablo en nuestros ámbitos, político, económico, legislativo e incluso judicial¹, no son a ellas a las que les debemos reconocer el mérito de la acuñación del concepto pues parece unánime la doctrina que de una manera u otra se ha empleado en la semblanza del concepto flexiseguridad cuando ha reconocido su autoría a un miembro del Consejo Científico Holandés de Política Gubernamental, el Profesor Hans Adriaansens en unos ciclos de conferencias que desarrollaría a mediados de los 90 (Por todos Tangian 2008 o Valdés Dal-Ré y Lahera Forteza 2010). Reconocimiento que más recientemente le ha llegado de forma oficial desde la propia Comisión Europea (2013 Pág. 13).

1. V.gr. Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 1107/2014, Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 964/2014, Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Canarias 55/2014, Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Navarra 41/2014, Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Canarias 3751/2013, Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 7027/2013

1.2 Un binomio de larga tradición europea.

Sin embargo, punto y aparte del artificio gramatical que pudiera parecernos la aparición del término flexiguridad, y a pesar del adanismo con el que en 2006 el Consejo Europeo nos presentaba la fórmula de combinar flexibilidad y seguridad laboral, esta idea no es ni muchos menos novedosa en la literatura comunitaria, en la que ya se venía fraguando tiempo atrás la compatibilización de estos dos elementos como fórmula idónea para superar los retos a los que se enfrentaba el mercado de trabajo de la Europa contemporánea. Será en concreto a partir del año 1997 y con mayor ímpetu, como algún autor ha señalado, con la aparición de la nueva Estrategia Europea de Empleo (en adelante EEE) que inicia su recorrido en el Consejo de Luxemburgo de 1997 cuando de forma rotunda “se dejará constancia de cuál ha de constituir uno de los objetivos básicos de las políticas de empleo a nivel tanto europeo como nacional: la conciliación entre flexibilidad y seguridad” (Valdés Dal-Ré. y Lahera Forteza 2010, Pág. 20). Desde entonces la receta de combinar flexibilidad y seguridad en el mercado de trabajo se convertirá en una especie de mantra comunitario en la que ambos conceptos, sin mezclarse aún en el plano gramatical, aparecerán de forma reiterada en un sinnúmero de documentos institucionales. Así, a modo de ejemplo y sin ningún ánimo de exhaustividad podemos citar:

El Libro Verde “Partnership for a New Organization of Work”, publicado el mismo año 1997 pero con anterioridad a la puesta en marcha la nueva EEE de Luxemburgo y que ya propugnaba, con anterioridad al Libro Verde 2006, una necesidad de transformación del Derecho Laboral ante las nuevas formas de organización del trabajo que, según este libro verde, hacían temblar sus cimientos. Entre sus propuestas para dicha transformación sería cuestión nuclear tanto para trabajadores, empresarios, agentes sociales como para responsables políticos, colaborar en la consecución de un “justo equilibrio” (right balance) entre flexibilidad y seguridad (Comisión Europea 1997, Pág. 14), si bien aquí

la flexibilidad está mayormente referida a su faceta interna para acomodar la organización del trabajo dentro de la empresa a las nuevas formas de producción. También en las primeras directrices dictadas en materia de empleo por la UE, que van desde 1997 a 2002, aparece de forma constante la apuesta por la flexibilidad laboral ligada estrechamente a la seguridad en el empleo como medio para modernizar la organización del trabajo y aumentar la empleabilidad, invitándose a los interlocutores sociales a “alcanzar el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad” (Consejo Europeo, 2002, apartado 13), obteniendo acuerdos que incidían especialmente en la flexibilización de la organización del trabajo en aras de conseguir empresas más productivas, competitivas y adaptables a los cambios de su entorno. Esta invitación a los interlocutores sociales sería de inmediata aceptación en el caso español que en los sucesivos Acuerdos para la Negociación Colectiva (posteriormente denominados Acuerdos para la Negociación Colectiva y el Empleo) incorporaron referencias explícitas a la necesidad de alcanzar el equilibrio entre flexibilidad y seguridad.

Especial relevancia deberíamos dar – por la importancia que el propio Libro Verde 2006 le da – al informe intitulado “Jobs, Jobs, Jobs Creating more employment in Europe” más conocido como informe Kok, elaborado por el Grupo Europeo de Empleo² (presidido por quien fuera primer ministro neerlandés Wim Kok) que, a instancias del Consejo, es invitado a elaborar una serie de propuestas prácticas a los Estados miembros de cara a una mejor implantación de la EEE. El informe concluye con la preocupación por las diferencias que existen, en lo que a garantías laborales se refiere, en nuestro actual panorama de empleo entre los trabajadores vinculados por el denominado contrato “clásico”

2. El Grupo Europeo de Empleo se creó de conformidad con las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de marzo de 2003 para llevar a cabo un examen independiente de la situación del mercado del empleo e identificar las reformas prácticas necesarias para remediar la «enorme distancia» que separa a Europa de los objetivos fijados en el Consejo Europeo de Lisboa (EEE). http://europa.eu/legislation_summaries/other/c11321_es.htm

de trabajo (trabajadores integrados o “insiders” en la terminología del informe) caracterizado por la permanencia, y aquellos que sufren el desempleo o la precariedad laboral (excluidos u “outsiders”). Como solución a estas diferencias y al igual que el libro verde Partnership for a New Organization of Work propone un justo equilibrio (“right balance”) entre flexibilidad y seguridad. Esta última idea se verá reforzada por otro informe, esta vez de alcance no circunscrito exclusivamente al empleo, elaborado por otro grupo de expertos (aunque también presidido por el señor Kok) y titulado “Hacer frente al desafío. La estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo”³. En él se recogen una serie de propuestas multidisciplinarias para alcanzar los objetivos de la Estrategia del año 2000 de Lisboa. Más en concreto, en lo tocante a nuestro objeto de análisis, elabora como recomendación para alcanzar el objetivo propuesto en la Agenda de Lisboa en materia de empleo, a saber, “crecimiento económico sostenible, con más y mejores empleos”, nuevamente la fórmula “hallar el equilibrio entre flexibilidad y seguridad” (Doc.cit Pág.38). Por último citaremos la Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005 relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros. 23 directrices dirigidas entre otras materias a la consecución del pleno empleo. Estas directrices serían fruto de la preocupación por el desajuste entre los objetivos de la Agenda de Lisboa y la realidad Europea puesta en evidencia por el Informe Kok y que tuvo por derivada lo que pasó a denominarse como el “Relanzamiento de la Estrategia de Lisboa”⁴. En concreto la directriz nº 21 plantearía “Promover la flexibilidad combinada con la seguridad del empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo”, para ello indica unas pautas que, grosso modo, coinciden con lo que después se nos anunciaría será el contenido de la flexiseguridad.

3. De este informe, a diferencia del anterior, si encontramos versión en castellano, eso sí, ofrecida por el propio Gobierno de España. <http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/1D896EAE-B43B-494F-956B-352C2EF6C842/74752/InformeKOKNov2004.pdf>

4. Comunicación del Presidente Barroso de común acuerdo con el Vicepresidente Verheugen Comunicación al Consejo Europeo de primavera de 2 de febrero de 2005 “Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo - Relanzamiento de la estrategia de Lisboa.”

Esperamos con estos ejemplos haber ilustrado al lector sobre cuál sería la línea política en materia de empleo de la Unión Europea, al cual debemos advertir que solo refleja una pequeña selección – bajo nuestro criterio la más representativa posible – de la infinidad de documentos oficiales que, tautológicamente, inciden de forma explícita en la opción de combinar flexibilidad y seguridad en el mercado de trabajo que, como decíamos, desde el año 1997 es la letanía constante de la EEE y que más tarde desembocaría, en una práctica que podría denominarse de marketing legislativo – si se nos permite tal expresión –, en la fusión gramatical de estas dos palabras y en la adopción del neologismo “flexiguridad” (o flexiseguridad que será el término que adoptaría nuestro legislador y el más empleado por los autores nacionales a pesar de que las traducciones oficiales al castellano de la UE se hayan decantado por la traducción flexiguridad del original “flexicurity”), sin que el contenido sustantivo de las políticas se viera en ningún caso replanteado con tal acuñación respecto de lo que ya se venía promoviendo.

1.3 Primeros antecedentes

Sin embargo, si bien lo hasta ahora expuesto puede identificarse con la introducción explícita o semántica del modelo (al menos en nuestro ámbito comunitario pues extramuros del mismo el concepto flexiseguridad ya fue utilizado en algunos países como Holanda y Dinamarca), ya sea presentando los términos flexibilidad y seguridad gramaticalmente unidos o como binomio, encontramos ciertos precedentes en la actividad comunitaria que, entendemos, contribuyeron de alguna manera u otra a la gestación material de lo que hoy se conoce por flexiseguridad y que consideramos dignos de mención para concluir esta etapa propedéutica de nuestro trabajo. Más en concreto nos estamos refiriendo a tres hitos en materia de empleo anteriores a 1997 y por consiguiente al arranque de la EEE pero que, en cierto sentido, contribuyeron a su

aparición y definieron el contenido de la misma.

Nos referiremos en primer lugar a un documento que no suele ser citado por la doctrina al referirse al fenómeno de la flexiseguridad pero que empero nosotros vemos ciertos aspectos que, a nuestro criterio, delataban desde temprano la intención comunitaria de iniciar el camino de la flexiseguridad. Se trata del Libro Verde “European Social Policy. Options for the Union” del año 1993. Un extensísimo documento consultivo donde se planteaba una serie de propuestas multidisciplinarias sobre la base de la necesidad – inevitable la califica el documento – de discutir el modelo de Estado de bienestar europeo y los roles que este debería asumir ante el aumento insostenible del gasto público y las nuevas presiones a las que se enfrentaba. Entre estas presiones, y en lo referente al tema que venimos tratando, se encontraba la evolución del mercado de trabajo y, en concreto, el riesgo por el desempleo (Comisión Europea 1993a, Pág. 18). Planteaba respecto a este particular la necesidad de redefinir la adaptabilidad de los mercados laborales ante los cambios estructurales y tecnológicos a los que estos se habían sometido. Estos cambios nos dice el documento – de forma muy sugestiva para el objeto de este artículo – “requieren una nueva y socialmente aceptable definición de flexibilidad” (Ibíd. Pág. 41) que la distanciara de las connotaciones negativas que la expresión flexibilidad había creado en la población asalariada.

Reconociendo en primer lugar que sería inaceptable por los agentes sociales en las circunstancias del momento un recorte en los salarios, lo que se planteaba era un nuevo modelo de mercado laboral caracterizado por el incremento de la formación continua del trabajador, formándolo para una mejor adaptabilidad entre puestos de trabajos, el aumento de su movilidad y nuevas formas contractuales que se movieran dentro de unos estándares aceptables de seguridad así como un sistema de protección del desempleo adecuado a la transición y el reingreso en el mercado de trabajo (Ibíd. Pág.44). Expresaba además el libro

verde, con un decenio de antelación al Informe Kok, una preocupación por la segmentación o dualización del mercado trabajo que las políticas de flexibilización laboral trajeron consigo entre trabajadores permanentes o “fuerza de trabajo núcleo” (core workforce o insiders luego en la terminología del informe Kok) y los que se encuentran en la fuerza de trabajo contingente que se necesita para ajustar la producción cuando la demanda cae (contingent labour force u outsiders), especialmente por la inseguridad que para estos últimos estaba provocando la flexibilización del Derecho Laboral (Ibíd. Pág.31).

Por lo que vemos ya en el año 1993, a pesar de que los vocablos flexibilidad y seguridad no se mentaran de forma explícita, una autentica apuesta por los pilares en los que en un futuro se asentaría el modelo de flexiseguridad, y quién sabe si la adopción de tan pintoresca construcción léxica no es tributaria de aquella intención del año 1993 de edulcorar la noción de flexibilidad a fin de hacerla más digestiva para los agentes del mercado de trabajo.

También en el año 1993, en el mes de diciembre, aparecería un libro, esta vez blanco, intitulado “Crecimiento, competitividad, empleo -Retos y pistas para entrar en el siglo XXI” (más conocido como Libro Blanco de Delors II) y que iba a insistir en la necesidad de ofrecer una respuesta coordinada a nivel europeo en materia de empleo por parte de los Estados miembros y que, hasta entonces, “no iba más allá de la colaboración habitual entre gobiernos o en el seno de organizaciones internacionales como la OCDE y la OIT” (De Pablos y Martínez 2011, Pág.106). Esta necesidad sería la que más adelante inspiraría la EEE que iniciaba su andadura en la Cumbre de Luxemburgo. Entre las “prioridades de acción al servicio del empleo” se definían como claves cuestiones muy similares a las que años después aglutinaría la Comisión bajo el concepto de flexiseguridad (Comisión Europea 1993b, Pág.3):

- Apostar por la educación y la formación a lo largo de toda la vida.
- Aumentar la flexibilidad externa e interna.
- Confiar más en la descentralización.
- Renovar profundamente las políticas de empleo.
- Ir al encuentro de las nuevas necesidades.

Finalmente, y culminando con el proceso que iniciaba el libro blanco de Delors II, encontramos las decisiones del Consejo de Corfu y, posteriormente, con mayor importancia, las del Consejo de Essen, con las que se produciría finalmente el giro trascendental en la política comunitaria de empleo. Estos dos consejos supondrían el impulso definitivo a la acción conjunta de los Estados y la apuesta decidida por lo que sería una política comunitaria de empleo, posibilidad esta, que aunque ya fue planteada en la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Económica y Monetaria del año 92, donde “tuvo lugar un debate sobre la conveniencia de incluir el empleo entre los criterios de convergencia que los Estados miembros debían respetar para poder participar en la moneda única”, sin embargo en aquella ocasión “la mayoría de los Gobiernos rechazaron esa idea, ya que deseaban conservar sus prerrogativas en materia de política de empleo”⁵. Con este giro en la política comunitaria acaecido tras el Consejo de Essen se establecería una “estrategia coordinada” de empleo (antecesora de la EEE) que tendría como derivadas principales el establecimiento de una serie de medidas de promoción y seguimiento de las actuaciones en materia de empleo por parte de los Estados miembros y las instituciones comunitarias y la creación para tal fin del Comité de Empleo y del Mercado de Trabajo (a partir del año 2000 Comité de Empleo) mediante la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 1996. Las conclusiones de estos Consejos además definirían el empleo como la prioridad de la política de la Unión Europea y serían clave para incluir el objetivo del empleo por primera vez en los Tratados tras la mo-

5. www.europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/amsterdam_treaty/a13000_es

dificación de los mismos que tuvo lugar en la cumbre de Ámsterdam, elevando así este objetivo a la categoría de procura existencial de la Unión Europea, recogida desde entonces en su más alta disposición normativa. Los cauces por los que según las conclusiones del Consejo de Essen el objetivo del pleno empleo se debería alcanzar son en síntesis idénticas, salvo variaciones gramaticales, a las expuestas en el Libro Blanco de Delors II y que supra ya transcribimos. Desde entonces se dibujaría un escenario totalmente nuevo en nuestra historia comunitaria. Una Europa con la preocupación por el empleo entre sus prioridades principales y elevada a su más alto grado normativo, la búsqueda de alternativas a un modelo basado solo en la flexibilización laboral, la cooperación de los Estados miembros con la UE en la elaboración de políticas convergentes así como la dotación de mecanismos para conseguirla constituyeron, a nuestro entender, el caldo de cultivo necesario para que germinara una flexiseguridad cuyo contenido, como hemos expuesto, ya comenzaba a perfilarse desde principios de la década de los noventa. Quizás estos tempranos antecedentes sean una muestra para sostener la tesis de que el modelo flexiseguro de la Unión Europea es más el perfeccionamiento de un modelo propio gestado a lo largo de los años que una mimetización del modelo Danés u Holandés desarrollados a mediados de la década de los noventa como algunos han defendido.

II: CONTENIDO DEL CONCEPTO Y OBJETIVOS

Con lo dicho hasta ahora hemos comprobado que desde la Unión Europea no se han escatimado esfuerzos a la hora de proclamar urbi et orbi la receta flexiseguridad como modelo ideal en el que enmarcar nuestros sistemas de relaciones

flexiseguridad, son subsumibles toda una amalgama de prácticas de muy variada índole sin que encontremos un criterio discriminador sólido. Esta incuria definitoria, empero, entendemos puede estar justificada si atendemos a que la totalidad de alusiones a las políticas de flexiseguridad en la Unión Europea aparecen en documentos realizados a través de esa peculiar técnica pseudo-legislativa tan de actualidad en los ordenamientos jurídicos supranacionales e internacionales que denominamos *soft law*. De esta manera, se deja por tanto al arbitrio de los diferentes Estados miembros la determinación y formas de desarrollo de las políticas flexiseguras, y si vamos más allá – hablando en términos estrictamente jurídicos, que no políticos – , dejando también a su arbitrio la misma aceptación o repudia del modelo flexiseguro de empleo. Y es que en este sentido las políticas de empleo, más en concreto las políticas sobre flexiseguridad, representan la auténtica excepción dentro de la conducta integracionista europea. En palabras del profesor italiano Gianni Loy (2007, Pág. 48) el “libro verde [en referencia al de 2006 ya aludido] representa una verdadera y propia inversión de tendencia más que un retroceso” supone “la rendición, la renuncia, tanto en relación al diseño de armonización que ha caracterizado el proceso de construcción de la Europa social como al propósito de individualizar un corpus de derechos fundamentales y comunes para todos los trabajadores de la Unión”. Esta restitución de la soberanía nacional de los Estados miembros en relación al Derecho del Trabajo que preconizaba el libro verde, pero que ya decimos era práctica consolidada de la EEE y de su Método Abierto de Coordinación, es la que permite que existan en la actualidad tantos modelos de flexiseguridad – algunos más flexiseguros que otros – como Estados conforman la Unión Europea. Esta dispersión es la que hace harto difícil la consecución de una definición unívoca del concepto. Como la propia Comisión reconociera, “la flexiseguridad debería adaptarse a las circunstancias, los mercados de trabajo y las relaciones laborales específicos de los Estados miembros. La flexiseguridad no gira en torno a un único modelo de mercado laboral ni a una única estrategia de actuación” (2007, Pág. 10).

Sin embargo, esta discrecionalidad de la que se ha dotado a los Estados miembros para la adecuación o modernización de los sistemas de relaciones laborales a través de la flexiseguridad no es del todo absoluta sino que las propias instituciones europeas han definido unos perfiles del concepto de flexiguridad que, aunque bastante abstractos, permiten una aproximación a su significado y contribuye a que pueda ser posible un mínimo de coordinación y convergencia entre las políticas de los diferentes Estados miembros⁶.

2.1 Aspectos generales.

Quizás la idea nuclear que contiene la noción de flexiseguridad, la cual debemos tener presente en primer lugar cuando estudiemos la flexiseguridad para despejar el escepticismo que puede rodear a priori al concepto, sea la redefinición de la idea de seguridad tradicional en el ámbito de las relaciones laborales que la flexiseguridad lleva implícita. El paso desde una conceptualización típica de la seguridad como permanencia en el mismo puesto de trabajo - garantizada por una normativa laboral que, coactivamente, trataba de garantizar la universalidad de la relación de trabajo con vocación de permanencia - a una acepción de la seguridad identificada ahora con la permanencia en el empleo o, en cualquier caso, con la seguridad en la obtención de ingresos. Esto es, aunque un trabajador no permanezca en un mismo puesto de trabajo, el sistema debe procurar su rápida de empleabilidad para que su situación de desempleo sea lo más breve posible o, en cualquier caso, garantizar una protección por desempleo fuerte que impida que la caída en la desocupación suponga un perjuicio vital significativo para el trabajador.

6. Tengamos presente sobre este particular que solo “las medidas que entran en el ámbito de aplicación de las Directrices de Empleo (incluidas, por tanto, las políticas de flexiguridad) pueden optar a la financiación del Fondo Social Europeo (FSE)”. Por lo que se hace imprescindible contar con algunos criterios para comprobar tal adecuación. C.Fr Comisión Europea 2007, apartado relativo a “La financiación de las políticas de flexiguridad”

Esta mutación de lo que el concepto seguridad venía significando en el ámbito de las relaciones laborales es el que permite explicarnos el casamiento de ideas que, como decíamos al principio de este pliego, se nos presentaban tradicionalmente antagónicas, seguridad y flexibilidad, evitando así que flexiseguridad se convirtiera en una especie de oxímoron (figura retórica con la que muchos autores, especialmente los más críticos, han comparado la flexiseguridad⁷). Desde este nuevo prisma flexibilidad y seguridad, nos dicen los teóricos de la flexiseguridad, no solo no deben verse como contradictorias, sino que deben prestarse apoyo mutuo (Wilthagen 2007, Pág.11).

De esta manera el concepto seguridad a partir de ahora dejará de identificarse exclusivamente con garantías iuslaborales de permanencia en el puesto de trabajo y que, según la teoría flexisegura, provocan la rigidez del sistema, para acoger en su seno, además, políticas activas de empleo, fomento de la movilidad y demás medidas dirigidas al aumento de la empleabilidad del trabajador así como unos sistemas de protección social “fuertes” que garanticen unos ingresos adecuados para el caso de pérdida de empleo, facilitando así las transiciones entre un empleo y otro (Ibíd.), tratando de eliminar de esta forma la incertidumbre del ámbito del trabajador. En definitiva, y como la definieran tempranamente Wilthagen y Rogowski, la flexibilidad es “una estrategia política que persigue, sincrónica y deliberadamente, mejorar por un lado la flexibilidad de los mercados de trabajo, la organización del trabajo y las relaciones laborales, y por otro la seguridad del empleo y los ingresos, especialmente para los grupos más débiles dentro y fuera del mercado de trabajo” (2007, Pág. 233 visto en Gonzalez Vázquez I. 2011, Pág. 566). Se crea de esta manera un nuevo sistema híbrido que combinaría los aspectos del mercado de trabajo liberal con políticas sociales socialdemócratas (Madsen 2003, Págs. 107-169 Pássim.).

7. A modo de ejemplo Fernández Avilés (2011 Págs. 2 y 3) o Gorelli Hernández (2012, Pág. 196).

Por otro lado, en aras de homogenizar la actividad de los distintos Estados miembros en materia de flexiseguridad, se nos presentó un abstracto decálogo que dibujaría los perfiles del modelo. Así, el desarrollo de dicha estrategia pasa en la política comunitaria por desarrollar los denominados cuatro componentes o ejes de actuación a través de los cuales debería operar la flexiseguridad y que nacieron fruto del consenso entre la Comisión y los Estados miembros basándose en los datos y experiencias recogidas desde que el Libro Verde de 2006 abriera el debate y que luego serían expuestos en la Comunicación de 2007. Estos cuatro ejes son:

1º.- “*Disposiciones contractuales flexibles y fiables* (desde la perspectiva del empleador y del empleado, y de «los que están dentro» y «los que están fuera») gracias a una legislación laboral, convenios colectivos y una organización del trabajo modernos”.

El primero de los ejes, que necesariamente operará a través del Derecho Laboral, lo que hace es delimitar la idea de flexibilidad a su concepción más amplia posible. La flexibilidad que pretende la flexiseguridad no debe identificarse únicamente con su concepción más popular, esta es la flexibilidad externa o cuantitativa – que también – sino que además promueve toda una suerte de acciones para fomentar la movilidad interna y toda esas medidas de adecuación del trabajo que permitan la conciliación de la vida familiar y profesional. Por otro lado, mediante la utilización del término “fiable” parece querer hacerse referencia al establecimiento de contratos estándar que reduzcan la diversidad contractual existente, garantizando así la homogenización de las regulaciones entre los trabajadores estándar o con contratos de duración indeterminada y aquellos que se encuentran fuera de este grupo. En este sentido, este primer eje, aisladamente considerado, no difiere en gran medida del recorrido que la legislación laboral venía recorriendo en las últimas décadas, en el que el leitmotiv

de todas las reformas laborales ha sido la flexibilización de la misma como ut infra tendremos ocasión de abundar.

2º.– *Estrategias globales de aprendizaje permanente* a fin de garantizar la adaptabilidad y empleabilidad continuas de los trabajadores, en particular de los más vulnerables;

Este segundo componente de la flexiseguridad junto con el tercero...

3ª– *Políticas activas del mercado laboral eficaces* que ayuden a las personas a afrontar cambios rápidos, reduzcan los períodos de desempleo y faciliten las transiciones a nuevos puestos de trabajo;

pueden ser tratados conjuntamente. Aunque de por sí son bastante explícitos, diremos que se refieren al fomento de la formación del trabajador en aras de incrementar su empleabilidad y su adaptabilidad. Se pretende un modelo de trabajador capacitado para afrontar cambios en su vida laboral a la vez que cualificado de forma que incremente la productividad y competitividad, tanto del propio trabajador como de su empleador. En palabras de la Comisión “es un factor que cobra cada vez más importancia tanto para la competitividad de las empresas como para la empleabilidad de los trabajadores a largo plazo” (2007, Pág. 7). Pero no solo se centran en la formación. Bajo el más amplio concepto de “políticas activas del mercado laboral eficaces” será subsumible también cualquier otra medida destinada a reducir los periodos de desempleo como pudieran ser los incentivos a la contratación que cada vez ganan más terreno a las tradicionales políticas activas formativas.

4º– *Sistemas de seguridad social modernos* que ofrezcan un apoyo a la renta adecuado, fomenten el empleo y faciliten la movilidad en el mercado laboral; Este último eje tiene su mayor incidencia en la normativa de seguridad social y

principalmente en la regulación de la protección por desempleo. Aquí, bajo el indeterminado concepto de “moderno” se incluiría una amplia serie de medidas de protección social cuyo principal fin será buscar la máxima indemnidad posible del trabajador durante el tiempo que permanezca sin empleo. Se trata por tanto, según la Comisión, de poner a disposición de los trabajadores en paro una cantidad de ingresos “adecuada” –concepto también indeterminado donde los haya– que les permita pasar por el periodo de transición que supone el desempleo de la forma menos brusca posible, en aras de una menor incertidumbre sobre su futuro económico, ahora bien, siempre y cuando “fomenten el empleo”, es decir, las prestaciones no pueden ser tales que provoquen el desaliento del trabajador en la búsqueda de un nuevo empleo. Esto se consigue a través del establecimiento adecuado de la duración de la prestación y la combinación con el requisito de la participación en medidas de activación como condicionante para tener acceso a los subsidios, buscando así la eficiencia de estas políticas activas que también propugna la flexiseguridad. Además irían incluidas en este último componente todas aquellas medidas destinadas a proteger al trabajador en situaciones en las que su capacidad de trabajo se vea mermada. Este último eje es la contrapartida necesaria para, una vez minoradas las tutelas que proporcionaba el Derecho del Trabajo, seguir cumpliendo el primogénito objetivo del Estado de bienestar de garantizar al trabajador una seguridad vital independientemente de los azares del mercado de trabajo. De esta forma, y a modo de resumen, mientras el primero de los ejes abarcaría el contenido “flexi” el último se identificaría con la faceta “seguridad”. A mitad de camino entre la faceta flexi y seguridad ubicaríamos los dos ejes intermedios. Mientras el primero de ellos operaría necesariamente a través del Derecho Laboral y el contrato de trabajo los tres restantes encontrarían en el Derecho de la protección social y en las políticas activas de empleo su campo de actuación, en palabras del profesor Cabeza Pereiro “la flexibilidad le corresponde al contrato de trabajo y, por lo tanto, al sinalagma entre empresario y trabajador, con una redistribución de poderes y posiciones jurídicas entre ambos que refuerza la posición jurídica del

primero. Y la seguridad se ubica a extramuros del contrato, fundamentalmente en el sistema de tutela contra la falta de ocupación y, en general, de la red de protección social” (Cabeza Pereiro 2007, visto en Salas Porras 2010, Pág.66).

2.2 Los objetivos de la flexiseguridad

Con lo hasta ahora expuesto en estos dos primeros bloques temáticos esperamos haber aportado base suficiente para que el lector haya podido formarse – si es que acaso no leía este trabajo con ella ya formada – una idea acerca de en qué consiste la flexiseguridad así como el cuándo y cómo se fue gestando dicho proyecto en el seno de la Unión Europea. Para terminar de completar este segundo bloque temático deberíamos acabar resolviendo una última cuestión que no por quedar postergada al último lugar es acaso más baladí. Esta última cuestión sería el ¿Por qué?, ¿Cuál es la razón que impulsa este drástico giro ontológico de nuestra normativa sociolaboral?

Esta pregunta se responde sin mucha dificultad si acudimos a prácticamente cualquier texto comunitario sobre la materia. En estos encontraremos la estrecha relación que guarda la flexiseguridad con los cambios derivados de la globalización y la necesidad de hacer frente a los mismos. La propia Comisión definió tempranamente la flexiseguridad como la respuesta para afrontar los “desafíos y las oportunidades de la globalización y el cambio” (2007, apartado 1). Como indicaron los profesores Monereo Pérez y Fernández Avilés (2008, Pág. 222) cuando se nos presentó la flexiseguridad, “la Comisión en primer lugar constata las transformaciones operadas en el proceso de globalización”, para luego presentarnos la fórmula flexiseguridad como respuesta idónea para estas transformaciones. Así, será este proceso de mundialización y los cambios por él operados los que exijan la introducción de la flexiseguridad en nuestros sistemas, y conseguir así la adaptación a dicho proceso globalizante que,

según la Comisión, “requiere un mercado laboral más flexible acompañado de niveles de seguridad que permitan abordar simultáneamente las nuevas necesidades de empleadores y empleados” (2007, Pág. 3).

La Comisión reconoce que “Europa no se está adaptando como debería a las sacudidas que soporta su economía, lo que puede agravar la inquietud que despiertan la externalización y la deslocalización” (Ibíd.). La existencia de espacios geográficos donde la cuestión social aún no ha terminado de germinar y donde las empresas encuentran costes laborales mucho más reducidos a los que deben hacer frente en el espacio europeo requiere incrementar la competitividad de nuestras empresas en esta nueva economía mundializada como mecanismo para evitar dicha deslocalización. Mayor competitividad que en el mundo de las relaciones laborales se ha convertido en las últimas décadas en sinónimo de flexibilización laboral. Como complemento a esta flexibilización, y como aspecto más novedoso que incorpora la flexiseguridad, encontramos un compromiso por garantizar la seguridad de los trabajadores, tratando de solventar los perjuicios que sobre la población asalariada estaba ocasionando un proceso basado solo en la devaluación de las garantías iuslaborales. Como bien expusiera Tangian (2008, Pág.105), lo que “las políticas de flexiguridad buscan es aumentar la competencia de las economías europeas mediante una mayor liberalización, obteniendo un compromiso entre los empresarios, que buscan la desregulación de los mercados laborales, y los trabajadores, que desean proteger sus derechos”.

De la anterior afirmación y de las demás disposiciones comunitarias sobre flexiseguridad podemos extraer, dentro del objetivo general de hacer frente a la globalización, dos objetivos o subobjetivos diferenciados: En primer lugar uno de corte economicista y que se mantiene en línea de continuidad con la política de empleo que la precede como es el incremento de la competitividad empresarial a través de la flexibilización del Derecho Laboral. Y un segundo

objetivo que hace que la flexiseguridad tenga visos de innovación y justifica las esperanzas que algunos han depositado en ella como es la protección del trabajador y sus derechos sociales a través de los sistemas de protección social en aras de alcanzar el consenso social.

a) Respecto al primero de estos subobjetivos, el que define la flexiseguridad como mecanismo para incrementar la competitividad internacional, no es un objetivo propio de la flexiseguridad sino más bien del conjunto de la UE manifestada en la propia Estrategia de Lisboa. Esta búsqueda de la competitividad a través de la desregularización de los mercados de trabajo, como decíamos, no supone ningún giro drástico en relación con los objetivos de la legislación de empleo, de tal suerte que desde finales de la década de los setenta podemos afirmar que la búsqueda de la competitividad a través de la desregularización laboral ha estado entre las prioridades, no solo de la propia UE, que por aquel entonces aún no contaba con un discurso sólido en materia de empleo, sino también y especialmente de los distintos Estados miembros. Como apuntábamos, la existencia de espacios geográficos donde las empresas encuentran costes laborales mucho más reducidos a los europeos requiere incrementar la competitividad de nuestras empresas en esta nueva economía mundializada como mecanismo para evitar el riesgo a la deslocalización que advertía la Comisión. Y es que este proceso globalizante, de cuyo desarrollo aún somos testigos, ha procurado al conjunto empresarial una libertad de movimientos y una capacidad decisoria cada vez más pronunciada. Como apuntara Beck (1999, Pág 43) “las distancias geográficas, en cuanto límites de competencias naturales entre lugares de producción, pierden así importancia. En el espacios sin distancias de una proximidad posibilitada por las tecnologías de la información a partir de ahora todos competimos potencialmente los unos con los otros para atraer un capital inversor cada vez más retraído y una mano de obra plenamente disponible y barata”. En este estado de cosas, la competitividad que persigue la flexiseguridad puede definirse como un intento de hacer “frente a la globa-

lización y la fuga de empleos hacia otros países” (Comité Económico y Social Europeo, 2006) convirtiendo en atractivo el espacio europeo para este capital inversor por el que –siguiendo a Beck– compiten los Estados del planeta para atraer con este la demanda de empleo, procurándoles a las empresas, entre otras cosas, una reducción de costes laborales, una mayor capacidad decisoria y la puesta a disposición de una mano de obra compuesta por trabajadores más “productivos y adaptables, aumentando así su capacidad de innovación y su competitividad” (Comisión, 2007, Pág 6).

Esta adecuación normativa a las necesidades empresariales en aras de fomentar su competitividad (y a pesar de la ingente producción científica del ámbito de la gestión de recursos humanos que trata de demostrar lo beneficioso de una relación laboral estable y de calidad para la competitividad empresarial) ha pasado por un proceso de flexibilización o precarización (ambos términos son perfectamente intercambiables para los efectos que los estamos usando⁸) de las relaciones laborales como mecanismo para incrementar el poder de decisión empresarial y por ende su capacidad de adaptación a un entorno cambiante. Proceso de flexibilización el cual se inició en las postrimerías del siglo XX y del que la flexiseguridad supone en el ámbito europeo su más reciente estadio.

b) Por el contrario, como decíamos, si que apreciamos visos de innovación en el segundo de los objetivos, el cual abarcaría la faceta “seguridad” y que surge precisamente de la constatación de los poderes públicos del menoscabo que esta búsqueda de la competitividad, llevada a cabo a través de la precarización laboral, estaba teniendo en la integridad o protección de los trabajadores y que fue denunciada desde temprano en el propio seno de la UE (Comisión Europea 1993a Pág 31). Esta búsqueda de la protección de los trabajadores para intentar dar satisfacción así al total de los intereses en liza tiene por objeto corregir las

8. Según R.A.E Precario = adj. De poca estabilidad o duración.

consecuencias de la degradación de las condiciones laborales que el proceso de flexibilización estaba ocasionando e intentar buscar garantías para los trabajadores que no fueran obstáculo al crecimiento competitivo de las empresas. Para ello, la flexiseguridad propone un descargo de las obligaciones contractuales que recaían sobre el empleador por imperativo legal y que serán sustituidas en el modelo flexiseguro por un Estado más paternalista, que procurará la sustitución de esas garantías para el trabajador a través de nuevos o reformados mecanismos de tutela (verbigracia, altos subsidios por desempleo o políticas destinada a incrementar la adaptabilidad de los trabajadores a los cambios que se producirán a lo largo de su vida laboral y que reduzcan los periodos de desempleo).

c) Por último, para cerrar este subepigrafe referente a los objetivos de la flexiseguridad, existe, en puridad, un tercer objetivo perseguido por la flexiseguridad como es el de eliminar la dualidad del mercado de trabajo. La constatación de una población asalariada dualizada en dos grupos de trabajadores, los denominados en el informe Kok como insiders y outsiders, sometidos los primeros a un régimen de protección mucho más amplio que los segundos, fue otra de las realidades con las que se nos justificó la aparición de la flexiseguridad. Aunque en realidad no estamos del todo seguros de que éste constituya un tercer objetivo autónomo y diferente de los anteriores pues perfectamente puede ser encuadrable en el primero, como búsqueda de competitividad, o en el segundo, como aumento de la protección. Si la igualdad que se pretende es como algunos autores han señalado, una homogenización a la baja de las condiciones laborales (Moreno Pérez y Fernández Avilés 2008, Pag.134 y ss), desarticulando las garantías que los llamados insiders venían disfrutando, bien podremos incardinar este objetivo en el más amplio de la competitividad internacional. Si por el contrario entendemos que esta igualdad pasará por una lucha contra la precariedad laboral, elevando la condición de los trabajadores outsiders entenderemos que es encuadrable en el segundo de los objetivos. Y si

por último lo que se intentara fuera alcanzar un punto de equilibrio entre trabajadores estables y temporales podríamos decir, ahora sí, que se trata de un objetivo autónomo y consensuado que persigue la armonización de los intereses obreros y patronales buscando el equilibrio entre competitividad y protección social. Sin embargo aunque esta última sea la fórmula con la que desde la UE se nos dice que se buscará esta igualdad, la realidad práctica, al menos hasta al momento, parece evidenciar una predisposición a la igualdad a la baja por parte de los diferentes Estados (Quintana Hernández 2012, Pág. 135)

III: ASPECTOS TEÓRICOS DEL NUEVO MODELO DE RELACIONES LABORALES

Este cambio de objetivos de nuestro modelo laboral pero, principalmente, la forma en la que pretenden alcanzarse, si observamos el debate con cierta distancia, implica la instauración de un nuevo paradigma en nuestro modelo de relaciones laborales. Un cambio de rumbo sustancial de éste con profundas implicaciones teóricas. “El modelo tradicional de relaciones laborales ha quedado obsoleto por estar excesivamente protegido” (CES, 2007). Con tan categórico aserto resumió la Confederación Europea de Sindicatos el mensaje que la Comisión Europea introdujera en el Libro Verde 2006. Y aunque la autoría del mismo no sea la más aséptica posible por ser parte interesada – y mucho – en el proceso de flexiseguridad, entendemos sin embargo fue bastante acertada y resume a la perfección el anuncio que en aquella ocasión lanzara la Comisión de forma codificada por multitud de eufemismos. Sin atisbo de modestia alguna se nos anunció que la flexiseguridad venía a sustituir el modelo que fue construido a lo largo del último siglo en torno a lo que denomina Derecho Laboral tradicional, caracterizado por su excesiva rigidez y que es incompatible con los nuevos retos propios del siglo XXI y por tanto requiere ser modernizado. Pero ¿en que se basa este nuevo paradigma? ¿Cuáles son las profundas implicaciones que lo diferencian del anterior? ¿En qué consiste esta modernización?

La dificultad de estas preguntas radica en el grado de abstracción con el que, intencionadamente, se ha presentado el concepto flexiseguridad, que impide recoger en este artículo las concretas implicaciones que el modelo tiene o tendrá en el desarrollo político-legislativo de los distintos Estados miembros. Este amplio grado de libertad que se ha concedido a los Estados miembros para el diseño e implantación de las políticas de flexiseguridad lo hace un concepto altamente maleable en función de las realidades económicas o políticas de cada Estado. Sin embargo sí que podríamos introducir unas líneas de carácter exclusivamente teórico que, de ser realizadas con el mismo grado de abstracción con el que se ha definido la flexiseguridad, quizás nos ayuden a resolver estas cuestiones y así comprender que nuevas implicaciones supone este aún desconocido modelo con respecto al anterior.

2.1 La flexiseguridad y la “modernización” del Derecho del Trabajo. Réquiem en diferido por el Derecho Laboral “tradicional”.

Como decíamos en nuestro epígrafe introductorio, si encontramos algún sector especialmente conturbado por la aparición de la flexiseguridad en nuestros sistemas de relaciones laborales es, sin lugar a dudas, la doctrina especializada en el Derecho del Trabajo. Esta afirmación se justifica de forma automática si atendemos a la finalidad con la que se nos presentaba la flexiseguridad, recordemos, modernizar el Derecho Laboral. Y es que resulta significativo que la flexiseguridad, aunque en su concepción teórica posea implicaciones transversales que alcanzan a una multitud de sistemas como son los regímenes de protección social o las medidas de activación laboral, estos quedan en un segundo plano frente a la principal pretensión de la flexiseguridad definida por la Comisión, “modernizar el derecho laboral”. No encontraremos entre la extensa literatura de la Comisión sobre flexiseguridad ningún libro – ni verde ni blanco – titulado modernizar las prestaciones por desempleo o modernizar los siste-

mas de activación para afrontar los retos del siglo XXI, como si ocurriera sin embargo con el Derecho Laboral en el Libro Verde de 2006. La explicación de esta focalización sobre esta disciplina entendemos aquí es bien sencilla. Mientras que en los sistemas de protección por desempleo y de activación la flexiseguridad, ciertamente, está promoviendo cambios, estos cambios no afectan a la naturaleza teórica de los mismos, en todo caso plantea cambios en cuanto a su funcionamiento y su efectividad. Por el contrario en el Derecho Laboral que – siguiendo la estela marcada por la Comisión – vamos a denominar tradicional, la flexiseguridad encontró un importante obstáculo para desplegar su línea programática que requería, de forma inevitable, una mutación ontológica de aquel para que la flexiseguridad pudiera operar sin constricciones y caminar hacia los objetivos europeos de empleo. Mutación que, en el eufemístico lenguaje comunitario, ha pasado a denominarse *modernización*⁹ y que ha derivado en una preocupación generalizada de la doctrina jurídico laboral hacia lo que la flexiseguridad representa. Quizás una somera exegesis del Libro Verde de 2006 nos permita conocer el mensaje del mismo y comprender la conmoción doctrinal provocada.

El Libro Verde de 2006 (recordemos, titulado “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”), comienza con unos breves prolegómenos en los que se definen los objetivos de dicho documento. Acto seguido efectúa una fugaz recapitulación sobre la evolución del Derecho Laboral, tanto a nivel nacional por los Estados miembros, como a nivel comunitario. Este apartado comienza con un mensaje no poco desconcertante: “La finalidad inicial del Derecho laboral era paliar las desigualdades económicas y sociales inherentes a la relación laboral”, y decimos inquietante porque el uso de la forma verbal pretérita, de no ser arbitrario -todo parece apuntar a que no lo

9. Seguimos en este sentido al catedrático Gorelli Hernández quien afirmara que el uso del término modernización “no es más que una fórmula para evitar reconocer expresamente que estamos ante la flexibilización del ordenamiento laboral” (2013, Pág. 57).

es-, indicaría que ésta no es, en nuestros días, la finalidad del Derecho Laboral, desmoronando así, en gran medida, la concepción de Derecho Laboral formada por el que suscribe durante su etapa de estudiante de Relaciones Laborales.

Los principios de ese Derecho Laboral tradicional preocupado por paliar las desigualdades inherentes a la relación de trabajo son sintetizados en el documento en tres, a saber: I) un empleo permanente a tiempo completo; II) unas relaciones laborales regidas por el Derecho laboral, en torno al contrato de trabajo; y III) la existencia de un empleador único y responsable del respeto de las obligaciones correspondientes a los empleadores. Sin embargo este modelo de relación laboral, nos sigue diciendo la Comisión en este libro verde, “puede no ser el adecuado para afrontar el reto de adaptar los cambios y aprovechar las oportunidades que ofrece la mundialización” además de ser contrario al objetivo de pleno empleo toda vez que – según la Comisión – “unas cláusulas y condiciones demasiado protectoras pueden desanimar a los empleadores a contratar durante los períodos de bonanza económica”.

En este estado de cosas, la modernización que se persigue es una subversión del ordenamiento jurídico laboral que lo conjugue con la nueva sociedad económicamente mundializada y que no sea contrario a la consecución de ciertos niveles de empleo en Europa, un Derecho del Trabajo modernizado que no persiga el mantenimiento del puesto de trabajo sino la empleabilidad o el pleno empleo, como se lee en el libro verde; “la adopción de un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida que preste menor importancia a la protección de los empleos particulares y se otorgue mayor importancia a un marco de apoyo que garantice la seguridad del empleo”

Como decíamos, las reacciones de la Doctrina laboral a este desconcertante mensaje y al cambio de objetivos de nuestro Derecho Laboral que se propugnaba en el Libro Verde 2006 no se hicieron esperar. En este sentido resultó

significativo ver cómo, transcurridos pocos meses desde que se nos presentara este documento, aparecía un artículo del magistrado Falguera i Baró (2007) en el que, a pesar de reconocer que se desconocía aún la solidez de la propuesta del libro verde¹⁰ cuando – nos dice el autor – “la historia de la unión está plagada de libros verdes que no han acabado en nada”, ya levantaba la voz de alarma y se escandalizaba de la poca atención, tanto doctrinal como sindical, que en nuestro ámbito nacional se había prestado a la propuesta del libro verde, en claro contraste con las críticas feroces con las que en países como Italia se había recibido ésta. Esta “falta de tensión doctrinal es alarmante”, – nos sigue diciendo el autor y estamos nosotros plenamente de acuerdo – “cuando esa lógica de abordar el Derecho Laboral en clave de empleo determina una ruptura de nuestra ontología conformadora, en tanto que se somete a criterios simplemente economicistas o de evolución de mercado aquello que son derechos sociales constitucionalmente consagrados”. Sin embargo, esta parsimonia doctrinal frente a la flexiseguridad y su intención de modernizar el Derecho Laboral será corta y los tiempos que siguieron a la publicación de este artículo fueron testigos de la aparición de un ingente número de obras doctrinales -de mayor o menor calado y volumen- dedicadas al análisis de la flexiseguridad , algunas de las cuales nos sirven de referencia en este artículo¹¹.

10. El artículo referido es publicado con antelación a la presentación por parte de la Comisión de su Comunicación de 2007 en la que la idea la flexiseguridad empezó a tomar cierta entidad.

11. Así, en los pocos meses posteriores, en el mismo año 2007, aparecería una obra ya de mayor enjundia titulada “Aportaciones al debate comunitario sobre Flexiseguridad” en la que, coordinados por el ilustrísimo Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, algunos de los más excelsos autores de la doctrina científica italiana y española exponían sus preocupaciones por el nuevo debate que acontecía dentro de la UE. Posteriormente aparecieron varios trabajos críticos con la propuesta suscritos por los catedráticos Valdes Dal-Re, Gorelli Hernández o Monereo Pérez, cuyas principales ideas son seguidamente trascritas, amén de otros muchos artículos jurídico laborales de menor cuya enumeración se nos presenta ociosa.

Esta ruptura de la “ontología conformadora” del Derecho Laboral a la que aludía el magistrado Falguera i Baró lo encontramos en el cambio de objetivos de éste que la flexiseguridad lleva implícito, sustituyendo el bien jurídico protegido tradicionalmente por esta rama del ordenamiento, esto es, la protección del operario en su puesto de trabajo, por una protección de su situación de empleo o incentivo de su empleabilidad – en palabras del Parlamento Europeo (2007, Considerando V.8) –, un Derecho laboral centrado “en el afianzamiento del empleo a lo largo de la vida del trabajador más que en la protección de determinados puestos de trabajo”, lo que supone, a grandes rasgos, el tránsito desde un Derecho del Trabajo hacia lo que podemos denominar un derecho al trabajo o derecho al empleo. Esto, a su vez supone, en el plano más genuinamente teórico, desplazar del centro de protección del Derecho Laboral al elemento trabajador y las características humanas o antropológicas que lo definen que ahora es sustituido por una variable cuantitativa como es el nivel de empleo y las características, ahora macroeconómicas, que lo constituyen. Se pasa así de tutelar los intereses individualmente considerados del trabajador en su relación laboral, de la que constituye la parte débil, a tutelar sus intereses pluralmente considerados en la evolución del mercado laboral. En palabras del catedrático Gorelli Hernández (2013, Pág.55), mientras que “el objetivo del Derecho del Trabajo es conseguir una situación de equilibrio de intereses entre empresario y trabajador” [...] la flexiseguridad busca un equilibrio diferente al que siempre ha perseguido el Derecho del Trabajo: no se trata de un equilibrio de intereses contractuales, sino de modelos de gestión del mercado de trabajo”.

Asimismo la propuesta teórica de la flexiseguridad pretende presentar al Derecho Laboral tradicional como obstáculo a la competitividad y por ende a la creación de puestos de trabajo. Ello – nos sigue diciendo Gorelli Hernández (2013, Pág.64) – “supone entender que el Derecho del Trabajo es antagonista del derecho al trabajo, lo cual no es una situación en absoluto aceptable desde el punto de vista de nuestro ordenamiento”, sobre todo cuando esa afirmación

se realiza con escaso rigor científico. Y es que la Comisión introduce como ciertos razonamientos que nos presenta huérfanos de soportes empíricos tales como que “unas cláusulas y condiciones demasiado protectoras pueden desanimar a los empleadores a contratar durante los períodos de bonanza económica” (Comisión Europea, 2006 Pág. 5) o que “al decidir la conveniencia o no de contratar a nuevos trabajadores, las empresas tienen en cuenta la probabilidad de incurrir en altos costes por despido en el futuro” (Comisión Europea, 2007 Pág. 6). Sin embargo estas afirmaciones contrastan con un gran número de estudios que no son pacíficos en la materia tal y como manifestara posteriormente el propio Parlamento Europeo cuando afirmaba que “no hay pruebas para la afirmación según la cual la reducción de la protección contra el despido y el debilitamiento de los contratos laborales estándar facilitan el crecimiento del empleo” (2007, Considerando “O”), así mismo contrasta con las fuentes que hemos utilizado en este artículo que indican para el caso español solo uno de cada tres empleadores atiende a los costes de despido a la hora de contratar (Agencia Hays, 2014). Sin embargo, a pesar de lo dicho, la Comisión logró que se interiorizara un discurso en el seno de la UE “que parece culpabilizar al Derecho del Trabajo clásico de la incapacidad del sistema económico para generar empleo suficiente y de calidad” (Monereo Pérez y Fernández Avilés, 2008, Pág.176) y que, por tanto, requiere ser modernizado en aras de “lograr unos mercados laborales más abiertos y con mayor capacidad de respuesta y unos lugares de trabajo más productivos” (Comisión Europea, 2006 Pág. 4). Modernización que, aunque haya sido presentada por la Comisión con tintes revolucionarios se nos aparece a nosotros más bien con un contenido reaccionario, en cuanto no somos capaces de advertir en este trabajo el punto de inflexión que supone la propuesta flexisegura en la línea que venía recorriendo en las últimas décadas nuestro Derecho Laboral, que ya venía sustituyendo tiempo atrás “la regulación tradicional de las condiciones y el contrato de trabajo para centrarse en la obtención de empleo a cualquier precio” (Diéguez Cuervo, 2012 Pág. 27).

Vamos a sostener por tanto en este ensayo, que si bien la flexiseguridad tiene ciertamente aspectos innovadores, estos no son predicables en la faceta flexi de la misma que viene operando en nuestra normativa laboral de forma incesante durante los últimos treinta años en un proceso que comenzó cuando los legisladores occidentales quisieron dar cumplimiento al compromiso por el pleno empleo consagrado en sus Constituciones a través de la disminución de tutelas que el Derecho del Trabajo garantiza, produciéndose la subversión de éste que pasó a tener naturaleza de lo que estamos denominado derecho al empleo. “Para corroborar esta conclusión de manera irrefutable” según nos dicen los catedráticos Valdes Dal-Re y Lahera Forteza (2010, Pág 28) “bastan rudimentarios empirismos; basta, en efecto, rememorar los ya inabarcables catálogos de leyes aprobadas y de acuerdos sociales y convenios colectivos negociados en el curso del último cuarto de siglo con la expresa finalidad de facilitar la organización del trabajo a los cambiantes requerimientos del mercado”. Y cuando se refieren a “rudimentarios empirismos” no lo hacen sin razón pues como apuntara en este mismo sentido el catedrático Diéguez Cuervo sobre las reformas laborales de los últimos 35 años, “sus simples títulos resultan suficientemente elocuentes de la finalidad común de lucha contra el paro”¹².

12. Así, a modo de ejemplo y ordenadas de forma cronológica encontramos :1)1981, RD de contratación temporal como medida de fomento del empleo; 2) 1982, RD sobre “medidas de fomento del empleo”; 3) 1984 RD sobre contratos a tiempo parcial, y de relevo y jubilación parcial; 4) 1985, RD sobre “anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo”; 5), 1986 RD sobre “medidas urgentes laborales”; 6) 1994, ley de “medidas urgentes de fomento de la ocupación”, junto con la desaparición de la presunción de indefinición del contrato de trabajo, en vigor desde LRL de 1976, y la habilitación de “empresas de trabajo temporal” (=ETT); 7) 1995, Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, que habla ya de la reforma laboral o del mercado de trabajo y amplía las modificaciones o suspensiones de contratos, y el despido por la necesidad de amortizar puestos de trabajo, a supuestos colectivos; 8) 1997, leyes de “mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida”; 9) 2001, ley de medidas urgentes de reforma de mercado de trabajo, el incremento del empleo y la mejora de su calidad; 10) 2003, ley de empleo, sustitutiva de la Ley Básica de Empleo; 11) 2006, Ley de mejora del crecimiento y del empleo; 12) 2008, RD sobre “medidas urgentes (...) en materia de empleo; 13) 2009, ley de medidas urgentes para el mantenimiento y fomento del empleo; 14) 2010 RD-ley de “medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”; y 15) 2011, RsDs de “medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes” (Vid. Diéguez Cuervo 2012 Págs 26 y 27)

Así los tintes innovadores que la Comisión pretende introducir con la adopción del término modernización utilizado en el libro verde de 2006 parecen quedar en entre dicho si apreciamos que el derecho al empleo ha sido la opción legislativa de las últimas décadas, en detrimento de un ya anacrónico Derecho del Trabajo, es por esto que quizás el mensaje introducido por el Libro Verde de 2006 suponga más bien el obituario demorado por un Derecho del Trabajo finado tiempo atrás, un réquiem en diferido por aquella rama del ordenamiento jurídico nacida en los albores del siglo XX pero que degeneró tiempo atrás su naturaleza teórica.

Empero, aunque por lo dicho pudiera parecernos en gran medida declamatorio el anuncio de modernización del Derecho Laboral efectuado por la Comisión, que se limitaría a la constatación formal de una realidad materialmente acaecida tiempo atrás como es la mutación de esta rama del ordenamiento jurídico, no lo es tanto y a pesar de su formalidad entendemos aquí está justificada la atención doctrinal hacia el mismo. Y es que aunque los efectos reales o prácticos de este nuevo derecho al empleo ya lo veníamos padeciendo tiempo atrás, en el plano teórico este cambio ontológico o transformación del bien jurídico tutelado por este sector normativo tiene importantes derivadas, entre ellas la posibilidad de introducir nuevas y mayores dosis de flexibilidad de forma legítima, es decir, sin necesidad de acudir ya a artificiosos enmascaramientos como el carácter urgente o coyuntural con el que se nos presentaron muchas de las reformas de la normativa laboral que luego adquirieron carácter definitivo así como constituirse en punto de no retorno en el proceso de mutación de nuestro Derecho Laboral, que ya definitivamente, no con carácter esporádico, abandona su primogénito objetivo de proteger al trabajador en su puesto de trabajo para convertirse en una legislación al servicio del empleo y maleable por las fluctuaciones que definen las tasas de ocupación.

2.2 El papel de los agentes del mercado de trabajo en el escenario flexiseguro. Hacia el pacto flexiseguriano.

La Comisión, como mecanismo para legitimar la modernización del Derecho del Trabajo y la consecuente disminución de tutelas propias del desfasado Derecho Laboral tradicional, ofreció, a modo de resumen, una serie de datos recogidos en los eurobarómetros tales como que “los ciudadanos europeos aceptan la necesidad de adaptación y cambio. De ellos, un 76 % admite que los empleos de por vida con un mismo empleador son cosa del pasado;” además “un 72 % afirma que se deberían flexibilizar los contratos de trabajo para fomentar la creación de empleo”(Comisión Europea, 2007). Con la debida cautela que estos datos deben ser tomados en consideración¹³ contrastan con la respuesta que los trabajadores ofrecen a la pregunta sobre la forma de contratación que prefieren. Pregunta que no recogen estos eurobarómetros y de la que se desprende que la contratación estable o indefinida es la forma de elección del trabajador “un 65% de los trabajadores prefieren un contrato indefinido o a largo plazo, un 25% prefieren un contrato a tiempo parcial y un 10% prefieren un contrato a tiempo completo”. (Comisión Europea, 2007). En el mismo sentido, el estudio de la Comisión Europea sobre el mercado de trabajo en Europa (2007) muestra que el 72% de los trabajadores prefieren un contrato indefinido, el 25% un contrato a tiempo parcial y el 3% un contrato a tiempo completo. En el mismo sentido, el estudio de la Comisión Europea sobre el mercado de trabajo en Europa (2007) muestra que el 72% de los trabajadores prefieren un contrato indefinido, el 25% un contrato a tiempo parcial y el 3% un contrato a tiempo completo.

Es por esto que, para justificar esta contradicción entre la aquiescencia de la ciudadanía laboral con estas medidas de flexibilización reflejada en los eurobarómetros y lo que realmente aquella prefiere para sus proyectos vitales, nos resultó sumamente sugestiva la expresión con la que algún autor ha identificado estas nuevas políticas de flexiguridad; como “una suerte de nuevo pacto keynesiano devaluado acorde a las circunstancias actuales” (Quintana Hernández , 2012 Pág. 156) – o pacto flexiseguriano si se nos permite tal acuñación -. Y es que realmente consideramos que, a grandes rasgos y con la debida cautela, estas dos situaciones son ciertamente comparables.

Si otrora tras el pacto keynesiano los agentes implicados se comprometieron de forma tacita a la asunción de unos determinados roles y unas determinadas obligaciones – de hacer o no hacer – , logrando un equilibrio o consenso que se ha mantenido hasta tiempos recientes y que fue el soporte sobre el que muchos autores justificaron la existencia de nuestro Estado de bienestar, ahora esta situación de equilibrio está rota. Las diferencias de poder entre los agentes variaron de tal forma en las últimas décadas que se hace necesario conseguir nuevos equilibrios. Si antaño se definió como impulsor del pacto keynesiano el miedo rojo, es decir, el temor a la propagación de los ideales comunistas triunfantes en la extinta URSS y que permitió el empoderamiento de la población asalariada en la negociación; hogaño podemos definir como impulsor de esta actualización el miedo al desempleo, este mal endémico que azota a los países industrializados desde la década de los setenta que, junto a las posibilidades que le brinda la globalización, ha provocado el empoderamiento del capital en esta reformulación. Será esta preocupación por el desempleo y no otro factor el que permita obtener el consentimiento de la ciudadanía laboral para con la disminución de tutelas que la amparaban y que está operando a través de la proliferación de estas nuevas directrices de empleo pues, en puridad, nos es difícil imaginarnos que la reducción de prácticas proteccionistas que la flexiseguridad conlleva como pueden ser las garantías por despido, o el poder de

resistencia a la movilidad interna, fueran consentidas en el utópico marco de un pleno empleo constantemente garantizado.

Con todo, y como búsqueda del equilibrio de los intereses en liza, este nuevo pacto no podía presentarnos solo la flexibilización de las relaciones laborales. Como ya concluyera la Comisión Europea en el año 1993, la flexibilidad había adquirido ciertas connotaciones sociales por las cuales no podía presentarse tal cual y por tanto necesitaba formulaciones que fueran más aceptables socialmente (Vid. Supra epígrafe 1.3). Es por esto que lo que plantea la flexiseguridad sea ahora “un sistema de intercambio o compensaciones: debilitar la tutela del puesto de trabajo y aumentar el riesgo de extinción que sufren los trabajadores, que estarán más expuestos al despido a cambio de mejoras en la protección por desempleo y en las políticas activas que les ayude a encontrar empleo” (Gorelli Hernández, 2013, Pág. 55), un “canje «seguridad en el trabajo» por «seguridad en el mercado»”(Monereo Pérez y Fernández Avilés, 2008, Pág. 197). La pregunta que nace a partir de este razonamiento puede ser la siguiente ¿por qué hemos aceptado entonces la calificación de esta reformulación de las condiciones sociolaborales como “nuevo pacto keynesiano devaluado”? ¿Es que acaso la flexiseguridad no se compromete a obtener un nuevo consenso entre los agentes implicados? ¿Por qué entonces presentamos esta situación de equilibrio devaluada respecto a la anterior?

Respecto a la segunda de las interrogantes, entendemos que sí, que al menos la propuesta teórica de la flexiseguridad pretende equilibrar la balanza – la realidad práctica se nos antoja diferente –. Sin embargo, y de aquí nacen las reservas con las que observamos el fenómeno de la flexiseguridad, este equilibrio no será tal, al menos no se asemejará al equilibrio que hasta ahora venía imperando en nuestro sistema de relaciones laborales. En su lugar aparece un pacto casi leonino que dibuja un nuevo escenario donde existen grandes beneficiados sí, pero a costa de grandes perjudicados que, para motivar más nuestro

recelo hacia este nuevo paradigma de empleo, en este caso son los que tradicionalmente se habían considerado parte más débil de las implicadas y por tanto merecedora de especial tutela; los trabajadores.

2.2.1 El papel de los empleadores en la teoría flexisegura. El empoderamiento empresarial.

Si existe algún sector que podamos afirmar se ha visto beneficiado con la llegada de la flexiseguridad y del nuevo marco normativo laboral que ésta propone, con certeza de no equivocarnos ni de despertar ningún tipo de disenso, este es el tejido empresarial, los empleadores o, si se prefiere, el capital. Éste ha sido de forma indiscutible el gran beneficiado por esta reformulación del gran pacto social, lo cual se explica por los propios objetivos de la flexiseguridad, entre ellos el incremento de la competitividad internacional y la forma en la que definimos ésta *ut supra*. Y es que para apoyar esta afirmación debemos añadir que, al menos en este ensayo, no hemos sido capaces de identificar en la propuesta teórica flexisegura ningún postulado que implique obligación o compromiso alguno por parte de los empleadores. Si bien otrora el pacto keynesiano se perfiló como de naturaleza sinalagmática, en tanto del mismo emanaban obligaciones recíprocas para todos sus signatarios (ya fuesen de hacer por parte de los poderes públicos y el capital ya fuesen de no hacer como en el caso de la clase obrera), no corre su actualización la misma suerte pues no se exige a los empleadores la obtención de resultado o diligencia alguna, ni tan si quiera en la obtención de ciertos niveles de empleo. Más al contrario, si imaginamos la hipótesis de que los niveles de desempleo en la eurozona aumentan a pesar de las medidas flexiseguras (y no es un ejercicio de imaginación exorbitado pues desde el 2006 que se comenzara la promoción de la flexiseguridad efectivamente así ha ocurrido), todo parece apuntar que no será a los empleadores a los que se les impute la culpabilidad del mismo, más bien será sobre el propio Estado

que ha asumido la posición de garante del pleno empleo en las constituciones contemporáneas o sobre las todavía excesivas rigideces del Derecho Laboral que disfrutaban algunos trabajadores¹⁴ sobre las que se cargue la responsabilidad por la falta de demanda de mano de obra o incluso – y de forma más preocupante como vamos a ver seguidamente cuando nos refiramos al paradigma de la activación – sobre los propios asalariados que de un tiempo a esta parte se han convertido en responsables de su propia empleabilidad, “siendo las empresas las grandes ausentes en esta lucha contra la exclusión social” (Serrano Pascual, Crespo Suarez y Revilla Castro, 2009, Pág. 97).

Así entendida, “esta modernización no tendría coste o sacrificio alguno para los empleadores que pasarían a ser meros observadores y sujetos beneficiados de una reducción de tutela” (Monereo Pérez y Fernández Avilés 2008, Pág 189), incrementándose con ésta de forma considerable su libertad o su capacidad decisoria sin ningún tipo de contraprestación. Es por esto que puede explicarse sin esfuerzos el júbilo con que el tejido patronal europeo recibió el advenimiento de la flexiseguridad. En este sentido podemos observar como anteriormente a que el Consejo de 2006 la introdujera de forma oficial en el debate europeo ya nos decían que la “flexiguridad debe ser la piedra angular para el desarrollo económico”(UEAPME, 2006), y como una vez iniciado este debate daban la “bienvenida a la oportuna puesta en marcha del debate sobre la flexiguridad” y reclamaban la “modernización del derecho laboral” UEAPME (2007a) o como definían la Comunicación de la Comisión de 2007 como “un buen punto de partida para la acción de los Estados miembros” (UEAPME 2007b). Esta calurosa bienvenida de los empresarios europeos – cabría apun-

14. Este planteamiento teórico de culpabilizar del desempleo a las garantías laborales de las que son titulares los trabajadores insiders en palabras de Monereo Pérez “no puede ser más perverso. En realidad, lo que esconde es la transmutación del conflicto social entre empleadores y trabajadores en un inducido conflicto social «intraclase» que enfrentaría a los propios asalariados en el reparto de unos derechos que evolucionarían a la baja”. Monereo Pérez y Fernández Avilés 2008, Pág. 189.

tar a efectos comparativos – contrasta sobremanera con la cautela con la que los sindicatos observaban el debate sobre la flexiseguridad en tanto entendían que Europa ya contaba con dosis suficientes de flexibilidad para hacer frente a los cambios, y consideraba alarmante la agenda de la flexiguridad que, según ellos, amenazaba “con dañar a los trabajadores más vulnerables, socavando las condiciones laborales y la seguridad” (ETUC, 2007).

Este proceso de acomodación de nuestros marcos normativos a las necesidades de los empresarios, sin embargo, no podemos circunscribirlo a Europa ni atribuir su causa a la flexiseguridad, sino que, como dijimos, es consecuencia de un proceso de contornos temporales y geográficos más amplios como es el proceso de globalización del que la flexiseguridad es solo una más de sus manifestaciones. En efecto, como apuntara Beck, ha sido la globalización económica la que ha provocado “que se desplacen y se agudicen las relaciones de poder entre trabajo y capital” (2007, Pág 43), ya que siguiendo a este mismo autor “la búsqueda a ultranza del objetivo del pleno empleo en un mundo cada vez más globalizado donde los grandes empleadores cuentan con cada vez más opciones de retirada, de escapar de la gobernanza de los poderes territoriales ubican a los empleadores en una posición de negociación privilegiada que les permite exigir sin ser exigidos” (2002, Pág.42). En definitiva “se trata de un imperialismo de lo económico bajo el cual las empresas exigen las condiciones básicas con las que poder optimizar sus recursos” (Beck, 2008 Pág. 32). Imperialismo de lo económico introducido en el modelo de empleo europeo a través del objetivo de la competitividad internacional y que, entendemos aquí, será el principal motor de la reformulación del pacto social y la justificación de que los empleadores sean los grandes beneficiados por la propuesta flexisegura.

2.2.2 Los poderes públicos. Hacia una socialización de costes.

Si algo hace que califiquemos a este nuevo pacto social como casi, y no como totalmente leonino para los trabajadores, es que las tutelas que proporcionaba el antiguo Derecho del Trabajo no se han volatilizado, no han sido simplemente eliminadas sino que podemos decir que las mismas han cambiado, tanto en su contenido como en su garante. En el intento de conseguir la osmosis de los intereses obreros y patronales, aquellas tutelas que nacían contractualmente y de las que se hacía cargo el empresario por imperativo legal, en lugar de ser erradicadas pretenden ser desplazadas ahora hacia el sector público, el cual tendrá la misión de, a la vez que descarga a las empresas de costes que merman su competitividad, compensar los intereses obreros e intentar de esta manera alcanzar el nuevo consenso. Esto en definitiva “supone «externalizar» o trasladar el riesgo empresarial hacia los instrumentos de protección social, que asumirán el coste «social» derivado de una gestión flexible de la mano de obra que otorgue ventajas competitivas en el marco de la economía globalizada” (Monereo Pérez y Fernández Aviles 2008, Pág. 197). En este mismo sentido critica el catedrático Gorelli Hernández que lo que encierra la propuesta flexisegura es, en definitiva, una “escandalosa reducción del riesgo empresarial, que es trasladado, por arte de magia, al ámbito del poder público, que es quien asume los costes sociales de la flexibilidad” (2013, Pág. 80). Así, costes como pudieran ser la indemnización por despido que tradicionalmente se habían considerados inherentes al riesgo derivado de la actividad empresarial y, por ende, atribuidos al empleador, pasarían a ser asumidos ahora por la colectividad a través de la dispensa de elevadas prestaciones por desempleo proporcionadas por los servicios públicos, que aspiran a dejar al trabajador en idéntica situación de inmunidad a la que se encontraba anteriormente por las garantías que asumía el empleador para con éste. Otra función que el sector público deberá asumir en el escenario flexiseguro – aunque en buena medida ya la venía realizando – y que tiene no pocas implicaciones teóricas, es la de proporcionar la activación

a los trabajadores en aras de prepararlos para los retos y continuos cambios que deberán afrontar en su carrera profesional. Esta función (que resultaría discutible si se integra más la faceta en seguridad en cuanto trata de incrementar las facultades del trabajador para su participación en el mercado de trabajo o, por el contrario, sería más encuadrable en la faz flexi, en tanto proporciona a las empresas mano de obra cualificada más adecuada a sus necesidades como mecanismo para incrementar su competitividad) representan un giro del paradigma de intervención social y la política social y de empleo contemporánea: “de los principios keynesianos de intervención, hacia un Estado de bienestar activo” (Martínez López, 2008, Pág.77). “De un Estado social dirigido a una distribución equitativa del bienestar (resultados), nos estamos dirigiendo a un Estado social que busca una distribución justa de las oportunidades (garantizar un mismo punto de partida) en función de un principio meritocrático. Su objetivo no sería tanto la promoción del trabajo, como la provisión de la empleabilidad (promoción de competencias técnicas, metodológicas y éticas) y de la flexibilidad (movilidad, polivalencia)” (Serrano Pascual, Crespo Suarez y Revilla Castro, 2009, Pág. 92).

La cuestión que sin embargo no han resuelto las instituciones europeas es sobre los mecanismos o medios por los que estas nuevas funciones del Estado en el escenario flexiseguro van a ser sufragadas (Gorelli Hernández, 2013, Pág. 81). La sostenibilidad económica de este modelo público de actuación no ha sido aclarada por las instituciones europeas. Más bien arrojan incertidumbres al respecto, sobre todo cuando nos dicen que “su aplicación debería contribuir también a políticas presupuestarias sólidas y sostenibles desde el punto de vista financiero” (Comisión Europea, 2007, Pág. 11). Además estas mismas instituciones que promueven el diseño e implantación de este costoso modelo son las mismas que imponen, semicoactivamente, la reducción del gasto público mediante austeros objetivos de déficits. Según la Comisión nos propusiera, los gastos derivados de la implantación de la flexiseguridad deberían sufragarse

a través de “una distribución justa de los costes y los beneficios, en particular entre las empresas, los particulares y los presupuestos públicos” (Ibíd.). Sin embargo, esta “distribución justa de los costes” puede ponerse bajo sospecha si entendemos, de un lado, que los presupuestos públicos a los que alude, provendrán, de un modo u otro, del contribuyente, esto es, empresarios y trabajadores, y de otro lado si entendemos que la flexiseguridad, por propia definición lógica, no podrá imponer al capital excesivas cargas pues, en ese caso, el objetivo de incrementar la competitividad que persigue la flexiseguridad estaría abocado al mayor de los fracasos si a los empresarios, a los que se les reducen costes eventuales como pueden ser los costes de despido, se les aumentan costes fijos como pueden ser los derivados de un incremento de las cotizaciones o un aumento de la presión fiscal sobre estos. Siguiendo este razonamiento pues, encontramos que la mayor perjudicada por esta “justa distribución de los costes” será la clase obrera que, de forma algo paradójica, serán los principales encargados de financiar su proceso de precarización laboral¹⁵.

2.2.3 El trabajador en el entorno flexiseguro. Breve excursus sobre las consecuencias sociológicas de la flexibilización de la relación laboral.

Por último, pero con mayor detenimiento, vamos a ocuparnos del lugar en que quedará el trabajador en el escenario flexiseguro. Y decimos mayor detenimiento en tanto que será este último colectivo el que más dedicación nos ocupe y no sin razón. La modernización del Derecho Laboral, como desiderátum primero de la flexiseguridad, se caracteriza por ubicar en su centro de protección la magnitud “empleo”, trasladando del mismo la figura del trabajador como parte débil de la relación laboral necesitada de tutela que era quien lo ocupaba en el llamado Derecho Laboral tradicional. De esta conclusión, a pesar del

15. En este mismo sentido Tangian (2008, Pág. 120).

grado de simpleza con el que se formula, se desprende que quizás convendría reflexionar de forma más pausada en la situación en la que quedarían estos una vez redefinido este nuevo escenario de la relación laboral.

2.2.3 a) Sobre la degradación de la condición salarial y la limitada aceptación de seguridad.

Podría pensarse, en un primera lectura de lo hasta ahora expuesto, que el papel de los trabajadores en esta redistribución de roles ha sido mínima. Que con la sustitución a través de políticas públicas de lo que antes eran garantías contractuales se consigue colocar al trabajador en una situación de indemnidad que, independientemente de la naturaleza pública o privada de su garante, seguirá encontrando un nivel de protección similar al que venía disfrutando. Sin embargo, y de forma desafortunada, estas deducciones se alejan en demasía de la realidad. Principalmente porque, como brillantemente apuntaron los profesores Monereo Pérez y Fernández Avilés (2008, Pág196), “estamos ante una compensación entre elementos no homogéneos ni fungibles: niveles de garantía iuslaborales con elementos de seguridad atinentes en el mercado de trabajo.”

Y es que, entre las carencias que en este trabajo se han encontrado a la propuesta teórica flexisegura, queremos destacar de forma principal la que será motivo de nuestras reservas hacia este nuevo modelo de empleo y que es precisamente la aceptación tan limitada de seguridad sobre la que se ha construido el mismo. Una seguridad, como hemos visto, limitada a la permanencia como acreedor de rentas, ora, y de forma preferente, a través del trabajo, ora a través de subsidios públicos. Sin embargo esta aceptación de seguridad, aun en el caso de una aplicación idílica de la flexiseguridad, aunque este nuevo modelo despliegue todas las virtudes que sus voceros le atribuyen, es bastante pobre en comparación con lo que la relación estable de empleo significaba en las sociedades

contemporáneas, en las que la condición laboral no proporcionaba una sola seguridad sino un conjunto de “seguridades” (Beck, 2008, Pág. 132). Y es que la relación de trabajo en las sociedades llamadas postmodernas dejó tiempo atrás de identificarse únicamente con una relación de intercambio económico para convertirse en “característica primordial de la identidad social, de la posición social de las personas” (Holm-Detlev y Martín Artiles, 2007, Pág 304), un vehículo sociointegrador de gran relevancia para la mayoría de la población de este tipo de sociedades para las cuales los elementos integradores axiomáticos de épocas pasadas como la familia y la religión habían perdido tiempo atrás su eficacia. La esencia humana o antropológica del trabajador que motivó la aparición del Derecho Laboral, y que es fuente de las especiales características que singularizan el mercado laboral respecto al resto de mercados de bienes y servicios, queda con esta noción de seguridad reducida a su más mínima expresión cuando al trabajador, al que se le garantiza la disponibilidad de rentas, se le apesadumbra con una inseguridad sobre el espacio geográfico en el que desempeñara su trabajo, el tiempo durante el que lo hará, las funciones que realizará, los compañeros con los que trabajará, la manera y cuantía en que se le retribuirá en sus distintos empleos... En definitiva una formulación de seguridad que parece plantear una regresión desde el homo sociologicus a la visión del trabajador conforme a la simplona racionalidad del homo economicus tan característica de la economía clásica y que parecía ya desterrada de los enfoques metodológicos de las ciencias sociales.

Esta amputación al trabajo de su capacidad sociointegradora obsta decir que no podemos atribuírsela a la flexiseguridad si no que, como expusimos cuando hablamos de la modernización del Derecho Laboral, es corolario de un “proceso de degradación de la condición salarial observable desde la década de 1970 consecuencia directa de la aceptación sin mediaciones de la hegemonía del mercado” (Castel, 1997, Pág. 441) a raíz de la irrupción de las nuevas formas de organización del trabajo que surgieron con el desarrollo tecnológico y la

evolución del proyecto globalizante y cuyas repercusiones para el trabajador fueron objeto de especial atención por los más dechados autores de nuestra sociología contemporánea, quienes se preocuparon por el rol del trabajador en este nuevo escenario globalizado que Beck denominó “sociedad del riesgo” o que Sennet bautizó como “capitalismo flexible”. Surge con esta flexibilización un nuevo panorama socio-económico que tuvo para el trabajador no pocas consecuencias que no se limitaban únicamente a la incertidumbre de ingresos, sino que afectaban al plano más íntimo o humano de los trabajadores. Incertidumbres para las que la noción de seguridad tan limitada empleada por la flexiseguridad no ofrece respuesta alguna y que pueden sintetizarse – sin pretender alcanzar la exhaustividad – como sigue (Beck y Sennett, visto en Holm-Detlev y Martín Artiles, 2007, Pág. 278-288):

-“El trabajo por cuenta ajena ya no puede identificarse con la concepción de trabajo fraguada durante la sociedad del pleno empleo keynesiana en el que alguien aprende una profesión, que tal vez ejerce con uno o dos cambios a lo largo de toda su vida” “Una acumulación fragmentaria de experiencias laborales sin propiciar un perfil profesional claro y por tanto carente de identidad profesional”.

-“En el plano de la biografía, esta flexibilización contractual, geográfica y temporal del trabajo supone una agudización de la individualización, que acaba fortaleciendo la tendencia ya existente de la atomización”.

-“Una nueva concepción del trabajo que minusvalora la antigüedad como experiencia y el conocimiento profesional como potencial obstáculo para la ductibilidad de la mano de obra, para plegarse a los designios de la flexibilidad”.

-La pérdida de “un entorno social estructurado y tiempo para desarrollar relaciones sociales con contenido a largo plazo necesario para narración vital

coherente y el desarrollo de los fundamentos de la personalidad” así como para la consecución de “una sociedad cohesionada e integradora”.

- “Disuelve los vínculos de confianza y compromiso y separa la voluntad del comportamiento” una situación de “riesgo constante” que aumenta la sensación de ansiedad en la clase trabajadora y la sensación de estancamiento personal.

Frente a este proceso de “degradación de la condición asalariada” el sociólogo Robert Castel (1997, Pág. 441-462) señaló cuatro diferentes alternativas de actuación, a saber; 1) la primera posibilidad consistiría en “que se continúe acentuando la degradación de la condición asalariada observable desde la década de 1970” , 2) una segunda eventualidad que consistiría esta vez en “tratar de conservar aproximadamente la situación actual, multiplicando los esfuerzos para estabilizarla” ; 3) una tercera opción posible, de corte más rupturista, donde se “reconoce que el trabajo ha perdido su posición central, que el salariado se ha degradado, y trata de encontrarle escapatorias, compensaciones o alternativas” .En esta tercera alternativa se ubicaría el pensamiento de muchos autores que también vaticinaron el fin de la sociedad del trabajo; 4) y por último la cuarta opción consistente en “procurar una redistribución de los recursos escasos generados por el trabajo socialmente útil”, esto es, reducir el número de horas de trabajo al mismo tiempo que se trata de conseguir un reparto más equitativo de los beneficios derivados del aumento de la productividad, (el camino de los gobiernos europeos, cabría apuntar, parece ir a la inversa de esta medida cuando los planteamientos actuales se centran en el aumento de la jornada laboral y el aumento de la edad de jubilación).

De entre estas alternativas posibles, la intencionalidad teórica de la flexiseguridad parece ser la de ubicarse en la segunda de ellas, en cuanto pretende progresar en el proceso de flexibilización de la relación laboral en aras de incrementar los niveles de competitividad de la UE pero compensando – y he aquí la ruptura

con el modelo anterior – con la faceta seguridad para así mantener el statu quo de la situación obrera y no proseguir en su proceso de degradación, y todo ello sin implicar cambios radicales en el funcionamiento de la relación laboral. Sin embargo nosotros aquí no lo vamos a entender así. Y precisamente por la noción tan limitada de seguridad de la que parte, que hace que los trabajadores – ni aun en el supuesto de que la teoría flexisegura fuera llevada a la práctica en su forma más pura y genuina – encontrarían en este nuevo modelo su proyección vital plena, al menos no de la forma en la que esta plenitud podía alcanzarse a través de la relación de trabajo con vocación de permanencia. Con la flexiseguridad la población asalariada no consigue solventar muchas de las carencias que le trajo el proceso de flexibilización y que grosso modo han sido aquí expuestas, antes al contrario agrava las mismas en tanto continúa con este proyecto de flexibilización, solventando solo, y de forma parcial, el problema de la inseguridad de rentas derivada del desempleo. Es por esto que vamos a defender aquí la flexiseguridad como una modalidad del primer tipo de las alternativas propuestas por Castel, que si bien con loables intentos de situarse entre las segundas, continúa el procedimiento de postergación de la población asalariada.

2.2.3 b) Nuevos mecanismos de intervención social . Sobre las consecuencias psicosociológicas del paradigma de la activación.

Por paradigma de la activación o doctrinas psicologizantes nos estamos refiriendo a un debate que desde hace años se está produciendo en la sociología y psicología social del trabajo y que, siguiendo a los profesores Tovar Martínez y Revilla Castro (2012, Pág. 235), “debe ser puesto en relación con el concepto flexiseguridad en cuanto esta supone un paso más en la tendencia generalizada hacia la individualización de las políticas de empleo europeas y de los discursos gerenciales más recientes, descargando sobre el individuo toda la responsabilidad de su devenir laboral”.

Se trata de un nuevo paradigma consistente principalmente en un cambio de discurso en el tratamiento del desempleo marcado por la “difusión de conceptos, como son los de empleabilidad, activación, y más recientemente flexibilidad” (Serrano Pascual, Crespo Suarez y Revilla Castro, 2009, Pág. 97) y que representan un giro del modelo de intervención social y la política social y de empleo contemporánea: “de los principios keynesianos de intervención, hacia un Estado de bienestar activo, donde la responsabilidad por la integración social tiende a descargarse progresivamente de las instancias públicas hacia el ámbito de los propios individuos y la sociedad civil” (Martínez López 2008, Pág 83) y donde el Estado deja de ser únicamente un protector “frente a las leyes asimétricas del mercado” para ser además un dispensador de empleabilidad que mejore las posibilidades de participación del sujeto en el propio mercado, “retrocediendo en su rol proteccionista y garantista para pasar a ser mero avalista de las transiciones de los individuos, es decir ha pasado de ser un Estado del bienestar a un Estado de la productividad en busca del máximo rendimiento mercantil” (Tovar Martínez y Revilla Castro 2012, Pág. 241).

Lo preocupante de este cambio de paradigma – hablando desde la órbita del papel teórico del trabajador en el nuevo escenario social, tema que nos ocupa en este epígrafe – descansa principalmente en que siendo como es, y cómo hemos apuntado supra, el desempleo una variable estructural de los sistemas capitalistas contemporáneos, resultado de un desajuste – que ya se nos antoja perenne – entre la oferta y demanda de trabajo, los “fallos del mercado no se combaten aplicando medidas correctivas del propio sistema para tratar de solucionarlo sino que se ha generado un discurso, ampliamente interiorizado por la población, en el que, en gran medida, se hace recaer la responsabilidad de este fracaso en los propios trabajadores y desempleados que, en algún momento de sus vidas tomaron una decisión incorrecta” (Montero Soler y Espejo Aguirre, 2011), produciéndose el efecto de “culapabilización del individuo de su situación de desempleo o pobreza” (Pérez Eransus 2005, Pág. 119) .

Mediante el traslado de la responsabilidad desde las instituciones hacia las personas se “vulnerabiliza al trabajador pues se le impone moverse y construir su biografía de forma aislada y sin referentes axiológicos claros y determinados. Se hace responsables a los sujetos de reinventarse permanentemente a sí mismos y responder a unas demandas sociales que son, con frecuencia, contradictorias” (Serrano Pascual, Crespo Suarez y Revilla Castro, 2009, Pág. 93) a través de nuevos discursos que “actúan como una instancia naturalizante de tipo psicológico, de modo que los problemas sociales son transformados en problemas personales” (Ibíd. Pág 82).

2.2.3 c) Incógnitas sobre la todavía non nata regulación del trabajo por cuenta ajena.

A todo lo dicho hasta aquí sobre la posición del trabajador en el marco flexiseguro habría que añadir el empobrecimiento jurídico, en cuanto a la titularidad y el ejercicio de los derechos laborales se refiere, que supone el nuevo paradigma de empleo si este no es acompañado de una subversión total de nuestro actual marco normativo laboral. Y es que sobre este aspecto, como indicara el profesor Toscani Giménez (2009, Pág.9), “hay disfuncionalidades que, por otro lado, son inevitables si no se adoptan medidas correctoras, en un sistema diseñado alrededor de una relación laboral estable e indefinida”. En efecto, el tránsito de un modelo relaciones laborales cimentado sobre el prototipo de relación de trabajo estable hacia uno marcado por la fragmentación laboral deja en el aire muchas cuestiones acerca del funcionamiento de este modelo en cuanto a ejercicio de derechos se refiere, cuestiones que ya son observables a consecuencia del proceso de flexibilización laboral y para las cuales la flexiseguridad todavía no ha ofrecido respuesta. “Así, por ejemplo, la imposibilidad práctica de ejercer la mayoría de los denominados derechos colectivos, que requieren del principio de estabilidad en el empleo, supuestos de excedencias

de larga duración o algo tan simple como las vacaciones anuales [...] Por no mencionar las excesivas dificultades para poder acceder a una protección social digna” (Ibid.), son algunas de las incógnitas que acrecientan la incertidumbre que rodea al modelo europeo de empleo.

IV. IMPLANTACIÓN PRÁCTICA DE LA FLEXISEGURIDAD

3.1 Primeros pasos a escala Europea. Flexiseguridad vs. crisis económica.

Como tuvimos ocasión de analizar en el epígrafe 2.1, desde las instituciones europeas se intentó una delimitación sobre el concepto flexiseguridad, sin embargo, como dijimos, esta delimitación estuvo caracterizada por el grado de abstracción con el que se realizó, otorgando un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros, afirmando que no existe un modelo único, que “la flexiseguridad debería adaptarse a las circunstancias, los mercados de trabajo y las relaciones laborales específicos de los Estados miembros” (Comisión Europea 2007, Pág. 10). Esto bien podría interpretarse como una patente de corso para los distintos Estados miembros a la hora de la adaptación de sus normativas a los postulados flexiseguros preconizados desde Europa, como efectivamente ha ocurrido. Y es que, en efecto, la acomodación del modelo flexiseguro en los distintos escenarios nacionales ha sido llevada a cabo de forma individualizada y con resultados dispares como ahondaremos seguidamente. Esto nos llevaría por tanto a tener que profundizar en las concretas reformas legislativas operadas en cada uno de los Estados miembros si queremos formarnos una opinión consolidada del grado de implementación de las directrices de empleo en el conjunto de la UE, lo que se nos antoja inabarcable en un pliego de esta naturaleza, ni aun dedicando todo el contenido del mismo a tal empresa.

Es por esto que, como herramienta para omitir el análisis pormenorizado de los distintos regímenes nacionales, nos pueden resultar sumamente útiles dos informes ofrecidos por la Comisión (aunque el primero de ellos elaborado por la consultoría externa GHK) publicados el primero en 2012, titulado *Evaluation of flexicurity 2007-2010*, y el segundo en 2013, intitulado simplemente *Flexicurity in Europe*. Sendos informes tenían por fin fiscalizar la efectiva implantación de la flexiseguridad durante sus primeros años de desarrollo, analizando la evolución y estado actual de los cuatro ejes con los que se nos identificó el contenido del concepto. Los datos aquí arrojados, complementados si acaso con otros intentos de fiscalización extraoficiales como los que elaborara Tangian¹⁶ – estos últimos de una complejidad tal que solo describir su formulación nos obligaría a dedicar un artículo al completo para ello – y que también adquirieron cierta relevancia investigativa, nos permitirá extraer unas conclusiones que, aunque muy fugaces, nos ayudarán formarnos una opinión general de lo que han sido los primeros pasos de la flexiseguridad en el espacio europeo, no sin dejar de recomendar a su vez efusivamente la lectura de los mentados informes a aquellos que deseen abundar en los datos individualizados por ellos ofrecidos – no sin advertir de su extensión (417 y 82 páginas respectivamente) y que, de forma reprochable, no se nos ofrece versión castellanizada de los mismo – ya que ofrecen una cantidad de indicadores tal que se nos hace inabarcable e inoportuno pormenorizar sobre los mismos en este artículo y que van desde aspectos consustanciales a los 4 ejes referidos o las perspectivas macroeconómicas de cada Estado miembro hasta el grado de conocimientos informáticos de los trabajadores de cada país de la UE.

16. Tangian A. Op.Cit Conviene apuntar que los indicadores aquí propuestos por Tangian, y que ofrecían una visión muy negativa de la flexiseguridad y de sus resultados en materia de empleo fueron censurados por la Comisión en *Flexicurity in Europe Administrative Agreement* Pág 13 quién sabe si por criterios técnicos o por ser fiel a la línea marcada en 2007 según la cual solo se recogerían en el debate aquellos argumentos a favor de la flexiseguridad. (Vid et supra pág 3 y 4)

El primero de los datos que recogen los informes y que merecerá nuestra mención será el que indica que, al menos en el plano formal, sí que ha existido una predisposición generalizada por parte de los Estados miembros al acogimiento de los nuevos dogmas de empleo. De hecho en 2010 la práctica totalidad de los Estados que conformaban la Unión, en las reformas operadas desde 2007, habían hecho alusión explícita a la flexiseguridad, con las únicas excepciones de Luxemburgo y España que, como dijimos, postergó la introducción formal del concepto hasta 2013¹⁷. Este dato, sin embargo, muestra una realidad limitada. En efecto muestra que las últimas reformas aplicadas en los Estados miembros se han realizado en nombre y al amparo de la flexiseguridad. Pero lo que cabría preguntarse es si en el plano real este masivo acogimiento formal se ha visto acompasado por la realización práctica de lo que el modelo flexiseguridad supone. Es decir si punto y aparte de las menciones explícitas a la flexiseguridad la aplicación del modelo ha trascendido más allá del plano semántico y, efectivamente, el contenido de las reformas caminaron hacia lo que es el contenido real de la flexiseguridad. Será esta segunda cuestión la que no arroje una visión tan optimista para los partidarios de la flexiseguridad.

Y es que sendos informes, tras una ingente cantidad de graficas, guarismos y porcentajes de muy variada índole, incorporan un mensaje claro y contundente como es que la flexiseguridad no está recibiendo una implantación acorde a los objetivos teóricos de la misma, eventualidad cuya responsabilidad atribuyen a la actual crisis económica que “ha obligado a introducir cambios en la agenda de la flexiseguridad” (GHK 2012 , Pág. 17), generando una implantación imperfecta que ha incidido principalmente en la faceta flexi de la misma, dando al traste con las esperanzadoras promesas de seguridad anunciadas. En este

17. Empero debemos apuntar que los autores del informe de 2012 reconocieron que, aunque en la reforma laboral española de 2010 se omitiera cualquier alusión explícita a la flexiseguridad, su contenido bien podría incardinarse dentro de los parámetros de la misma. GHK (2012 , Págs. 172 y ss.)

sentido concluyeron los expertos de la Comisión que “la flexibilidad adicional obtenida durante la crisis no parece ser compensada por un aumento sustancial de la seguridad” (Comisión Europea 2013 pág. 36 y en el mismo sentido GHK 2012 , Pág.18). Coinciden aquí estos expertos con el diagnóstico más prematuro que paralelamente realizara Tangian (2008, Pág. 99) según el cual “la investigación empírica muestra que, al contrario de lo que predicen las promesas políticas y las consideraciones teóricas, la desregulación de los mercados laborales europeos está predominando de manera absoluta”. Esta conclusión se extrae sin dificultad del análisis conjunto de los índices que incorporan los mencionados informes sobre la evolución de los ejes de la flexiseguridad y que, de forma resumida, muestran el siguiente panorama:

a) En primer lugar, haciendo mención al primero de los ejes de la flexiseguridad, el referido a la flexibilidad del mercado laboral, podemos decir de este que ha sido el más reforzado por el conjunto de Estados miembros. La relajación de la legislación de protección del empleo ha sido sin lugar a dudas el aspecto de la flexiseguridad en el que podemos observar un efectivo compromiso por parte de las naciones europeas. Si acudimos a los índices de la OCDE¹⁸ – que ha sido el referente que se ha utilizado para la realización de los informes – aunque estos datos no muestren todos los Estados de la UE (faltarían Bulgaria, Chipre, Malta, Lituania y Rumania), sí que recoge muestras suficientes para observar la tendencia general desde 2007 hasta nuestros días. Esta tendencia ha sido por parte de algunos países, y de forma minoritaria, la inmutabilidad de su legislación laboral, que ha mantenido niveles de protección idénticos a los que presentaba antes de que el Consejo Europeo comenzara la promoción de la flexiseguridad, pero principalmente la senda mayoritariamente seguida por

18. Estos índices son elaborados atendiendo a todas las variantes que inciden en el proceso de despido, tales como plazos de preaviso, requisitos formales, cuantía de la indemnización, periodo medio de resolución judicial etc. Para una descripción detallada de este índice véase OCDE, Employment Outlook 1999, Capítulo 2, Anexo 2.B.

los países europeos ha sido la flexibilización de estas legislaciones, salvedad hecha de Irlanda y Dinamarca, donde sí que han visto, de forma opuesta a la tendencia general, reforzadas sus medidas de protección del empleo (Vid tabla 1). De forma coherente con los objetivos de la flexiseguridad, en concreto el que se refiere a la eliminación de la dualización laboral, esta tendencia a la flexibilización la han soportado principalmente los trabajadores fijos o estándar, mientras que se aprecia más reducidamente en la regulación de los contratos temporales que, grosso modo, han mantenido en términos similares los niveles de protección que presentaban antes de 2007 o incluso, aunque de forma débil, se ha reforzado su protección en algunos países (Estonia, República Checa, Alemania Hungría y Eslovaquia), siendo España, Portugal y Grecia los únicos Estados de la UE donde el proceso de flexibilización se ha extendido también a la regulación de los contratos temporales (Vid. Tabla 2).

Tabla 1: Severidad de la protección del empleo - despidos individuales y colectivos (contratos fijos) Años 2007-2013

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Alemania	2,869047642	2,869047642	2,869047642	2,869047642	2,869047642	2,869047642	2,869047642
Austria	2,369047642	2,369047642	2,369047642	2,369047642	2,369047642	2,369047642	2,369047642
Bélgica	1,809523821	1,809523821	1,809523821	2	2	1,809523821	1,809523821
Dinamarca	2,134920597	2,134920597	2,134920597	2,134920597	2,198412657	2,198412657	2,198412657
Eslovenia	..	2,650793552	2,650793552	2,650793552	2,603174686	2,603174686	2,603174686
España	2,357142925	2,357142925	2,357142925	2,357142925	2,214285612	2,214285612	2,047619104
Estonia	..	2,742063522	2,742063522	1,809523821	1,809523821	1,809523821	1,809523821
Finlandia	2,166666746	2,166666746	2,166666746	2,166666746	2,166666746	2,166666746	2,166666746
Francia	2,468254089	2,468254089	2,384920597	2,384920597	2,384920597	2,384920597	2,384920597
Grecia	2,801587343	2,801587343	2,801587343	2,801587343	2,166666746	2,166666746	2,119047642
Holanda	2,884920597	2,884920597	2,821428537	2,821428537	2,821428537	2,821428537	2,821428537
Hungría	2,003968239	2,003968239	2,003968239	2,003968239	2,003968239	2,003968239	1,587301612
Irlanda	1,269841313	1,269841313	1,269841313	1,269841313	1,269841313	1,396825433	1,396825433
Italia	2,761904716	2,761904716	2,761904716	2,761904716	2,761904716	2,761904716	2,511904716
Letonia	2,68650794	2,68650794
Luxemburgo	..	2,246031761	2,246031761	2,246031761	2,246031761	2,246031761	2,246031761
Polonia	2,230158806	2,230158806	2,230158806	2,230158806	2,230158806	2,230158806	2,230158806
Portugal	4,416666508	4,416666508	4,416666508	4,130952358	4,130952358	3,559523821	3,184523821
Reino Unido	1,198412657	1,198412657	1,198412657	1,198412657	1,198412657	1,198412657	1,03174603
República Checa	3,051587343	3,051587343	3,051587343	3,051587343	3,051587343	2,924603224	2,924603224
República Eslovaca	2,222222328	2,222222328	2,222222328	2,222222328	2,222222328	1,714285731	1,841269851
Suecia	2,607142925	2,607142925	2,607142925	2,607142925	2,607142925	2,607142925	2,607142925

Fuente: Elaboración propia a través de datos de la OCDE.

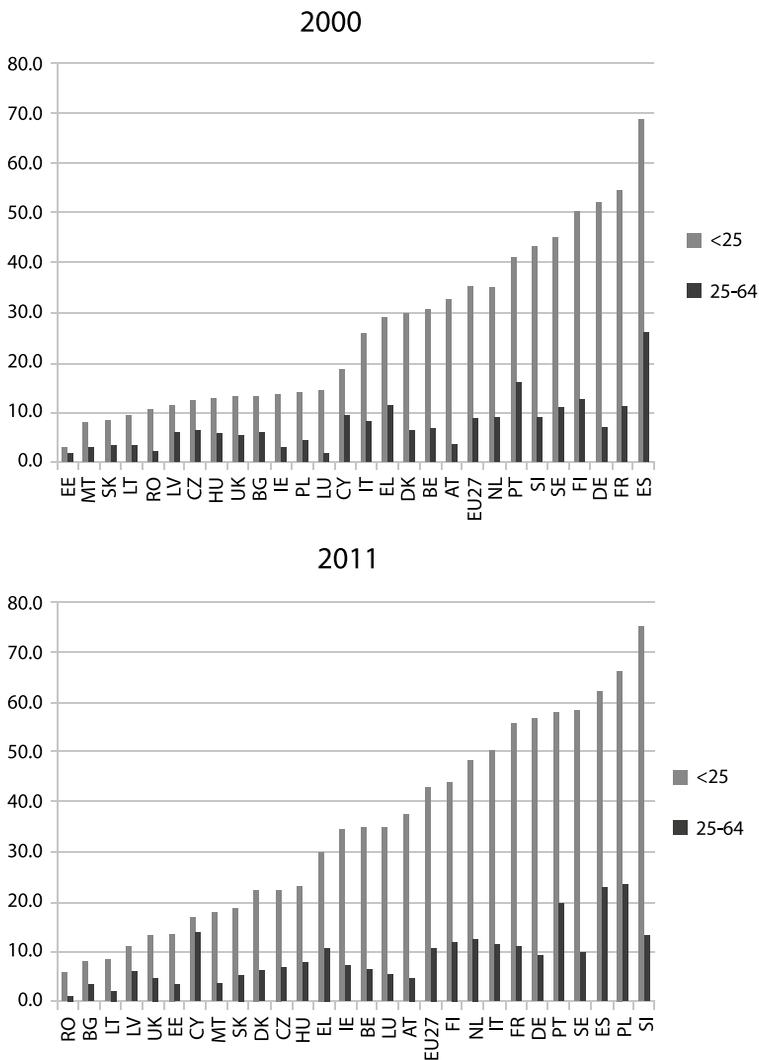
Tabla 2 Severidad de la protección del empleo - despidos individuales y colectivos (contratos temporales) Años 2007-2013

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Alemania	1	1	1	1	1	1	1,125
Austria	1,3125	1,3125	1,3125	1,3125	1,3125	1,3125	1,3125
Bélgica	2,375	2,375	2,375	2,375	2,375	2,375	2,375
Dinamarca	1,375	1,375	1,375	1,375	1,375	1,375	1,375
Eslovenia	..	1,8125	1,8125	1,8125	1,8125	1,8125	1,8125
España	3	3	3	3	2,5625	2,6875	2,5625
Estonia	..	1,875	1,875	1,875	1,875	1,875	3
Finlandia	1,5625	1,5625	1,5625	1,5625	1,5625	1,5625	1,5625
Francia	3,625	3,625	3,625	3,625	3,625	3,625	3,625
Grecia	2,75	2,75	2,75	2,75	2,5	2,25	2,25
Holanda	0,9375	0,9375	0,9375	0,9375	0,9375	0,9375	0,9375
Hungría	1,125	1,125	1,125	1,125	1,125	1,25	1,25
Irlanda	0,625	0,625	0,625	0,625	0,625	0,625	0,625
Islandia	..	0,625	0,625	0,625	0,625	0,625	0,625
Italia	2	2	2	2	2	2	2
Letonia	0,875	0,875
Luxemburgo	..	3,75	3,75	3,75	3,75	3,75	3,75
Polonia	1,75	1,75	1,75	1,75	1,75	1,75	1,75
Portugal	2,5625	1,9375	1,9375	1,9375	1,9375	1,9375	1,8125
Reino unido	0,375	0,375	0,375	0,375	0,375	0,375	0,375
República Checa	1,125	1,125	1,125	1,3125	1,3125	1,4375	1,4375
República Eslovaca	0,625	1,625	1,625	1,625	1,75	1,625	1,75
Suecia	1,4375	0,8125	0,8125	0,8125	0,8125	0,8125	0,8125

Fuente: Elaboración propia a través de datos de la OCDE.

Esta relajación en la protección de los trabajadores estables, aunque ciertamente ha logrado el incremento de las transiciones de contratos temporales a fijos en algunos países (Comisión Europea 2013, pág.41), no ha reducido las tasas de temporalidad a nivel europeo. Al contrario, según nos dice la Comisión (2013 pág. 68) ,“la proporción de empleo temporal se ha incrementado desde 2007 a 2010, en todos los grupos excepto el grupo de Europa del Este”, tendencia que se prolonga al menos hasta 2012 si completamos con los datos de la OCDE al respecto. Este incremento de la temporalidad además se ha focalizado en determinados colectivos, especialmente los jóvenes que son los principales destinatarios de este tipo de contratación precaria (Vid Gráfico 1). Observamos de esta forma que, a pesar de los notables recortes a los que se ha sometido el régimen de protección de los trabajadores estándar, no se aprecian resultados en la dirección de acabar con la dualización del mercado laboral, de hecho “en 2011 el porcentaje de trabajadores de 15-64 años en la UE-27 que no pudo encontrar un trabajo permanente y aceptó trabajar de forma temporal era alrededor del 60%”(Comisión Europea 2013, Pág. 28).

Gráfico 1: Empleo temporal (%) Según grupos de edad

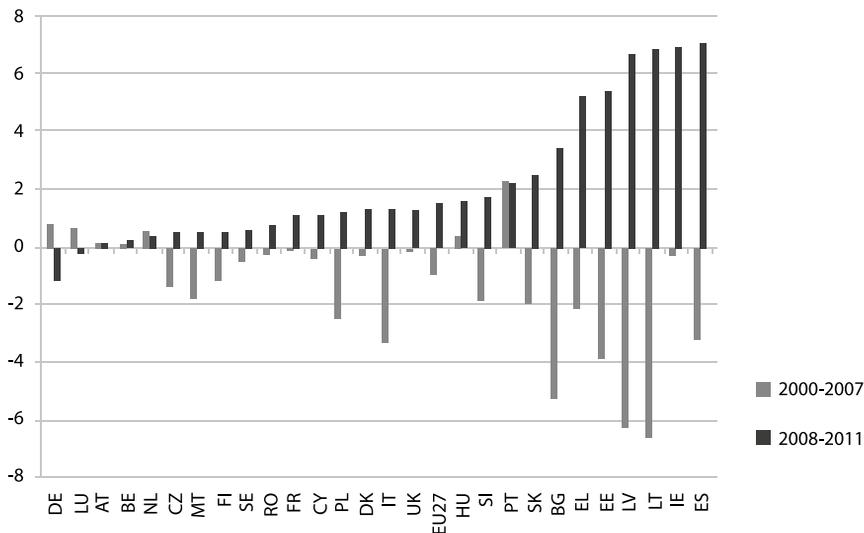


Fuente: EUROSTAT. (Visto en Comisión Europea 2013, Pág.27)

b) Sin embargo, en palabras de la Comisión (2013 pág. 29), este incremento de la flexibilidad no fue resultado de un diseño integral de la flexiseguridad que incremente por igual los niveles de seguridad, sino más bien como una respuesta improvisada por parte de los Estados miembros a las consecuencias de la crisis económica. Y es que en el lado opuesto al aumento de la flexibilidad encontraríamos el pilar de la protección durante el desempleo, pilar que junto con las políticas activas de empleo conformarían la faceta seguridad y cuya evolución se aleja bastante del camino que la flexiseguridad en teoría marcaba. Todo ello a pesar de que el gasto en el total de políticas pasivas de empleo se haya incrementado de forma notable en casi todos los países de la UE (GHK 2012, Pág.90), en algunos de forma especialmente significativa como España. Sin embargo este aumento en la inversión en políticas pasivas no deriva de un mayor grado de protección proporcionado por este tipo de políticas sino por el incremento espectacular del número de parados europeos. Por el contrario, este crecimiento de la tasa de desempleo, unido al incremento del desempleo de larga duración en prácticamente toda la UE (Gráfico 1), han derivado en una mayor ineficacia de estas políticas pasivas aumentándose el riesgo de pobreza durante el desempleo. Según el informe, la tasa de personas desempleadas en situación de riesgo de pobreza se elevó en la mayoría de países de la UE, de forma más significativa en España, Irlanda, Eslovenia, Italia, Portugal, Rumanía, Malta y Alemania (Comisión Europea 2013 pág. 42), esta última, de forma ciertamente curiosa, presentando una tasa de desempleo que no pasaba en 2011 del 6%. Esta ineficacia de la protección por desempleo durante la actual crisis hacía necesario, según la Comisión Europea, la instauración de subsidios que garantizaran los ingresos a los desempleados de larga duración lo cual – nos sigue diciendo –, “colisiona con las limitaciones de un saldo presupuestario ajustado y la disminución del PIB real, limitando el ya escaso margen de maniobra de algunos Estados miembros (en especial los países del Sur)” (Ibíd. págs. 29 y 30). Lo cual, dicho de esta forma, no deja de ser irónico cuando es la propia Comisión Europea la que en gran medida impone estas limitaciones

presupuestarias (especialmente en los países del sur). Advierte además la Comisión de la existencia de una creciente brecha entre el número de parados y el número de beneficiarios de prestaciones sociales (sobre todos los tipos de esquemas), lo que indica que un número creciente de personas no están cubiertos en absoluto (Comisión Europea 2012, Pág. 19).

Gráfico 1: Desempleo de larga duración en Europa.



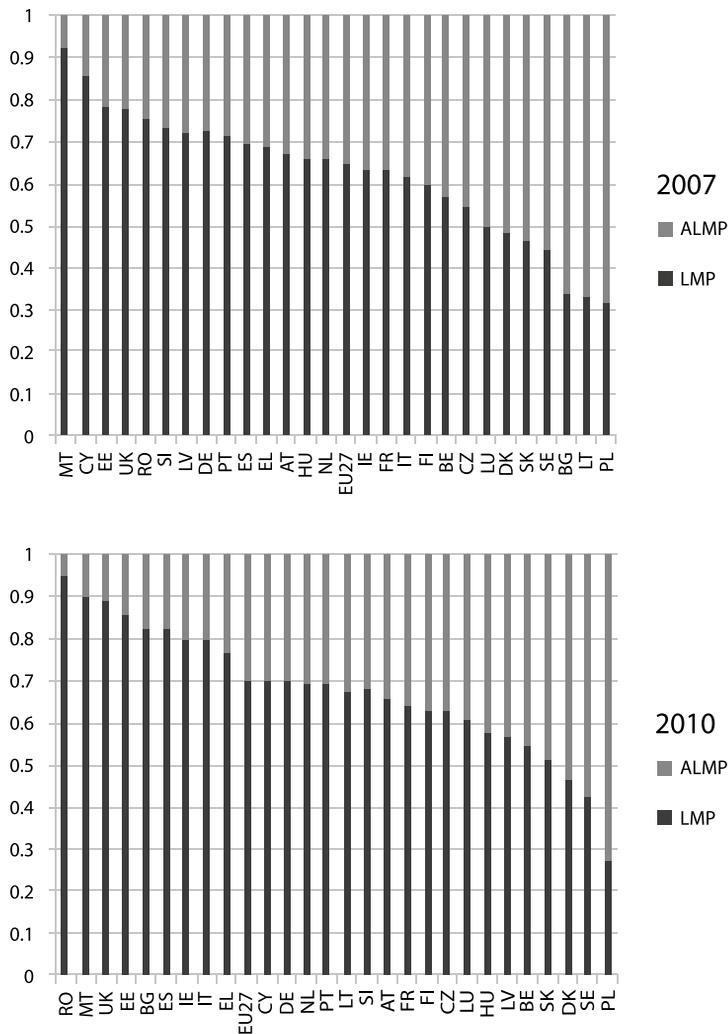
Fuente: EUROSTAT. (Visto en Comisión Europea 2013)

c) En último lugar, en cuanto al fomento de las políticas activas, podemos decir que si desde comienzos del milenio se estaban reforzando en la gran mayoría de los Estados miembros, a partir de 2007 – paradójicamente coincidiendo con el impulso que recibían con la llegada de la flexiseguridad –, se observa un cambio de tendencia (Comisión Europea 2013 pág. 30). En el periodo 2008-2010 se produce un descenso del índice de gasto en políticas activas del mercado de trabajo por desempleo que se ha observado en la mayoría de países de la UE, de forma más drástica en los Estados con tradicionalmente baja inversión en activación: los países anglosajones con un -19% en el Reino Unido y -33% en Irlanda y en los países mediterráneos, donde reducciones (-31% en España, -14% en el Italia, -5% en Grecia) coexisten con un ligero aumento del 8% en Portugal. Pero esta caída de la inversión en políticas activas también se ha observado en los países con presupuestos generosos en materia de políticas de activación como en Holanda (-20%) y Dinamarca (-10%) (Comisión Europea, 2013 pág. 4).

Durante este periodo solo en los países del este parece que las políticas activas experimentaron un crecimiento. Esta generalizada reducción en la inversión en políticas de activación es debida, amén de al incremento considerable de desempleados europeos, al significativo aumento del peso de las políticas pasivas de empleo dentro del PIB que desplazó a las activas (Vid Gráfico 2).

A esta realidad hay que añadir la menor inversión realizada por las empresas en formación durante el mismo periodo de referencia también observada por la Comisión (2013 pág. 4).

Gráfico 2 Peso relativo del gasto en políticas activas y políticas pasivas del mercado de trabajo, por persona desempleada.



Fuente: EUROSTAT. (Visto en Comisión Europea 2013)

Serán estos datos – amén de otros muchos ya que reiteramos los mostrados son solo una pequeña porción de todos los índices que recoge la Comisión –los que harán que, por vez primera desde que se iniciara el debate europeo de la flexiseguridad, la Comisión Europea ponga en duda la viabilidad de la propuesta del debate, manifestando sus dudas acerca de si la flexiseguridad será o no capaz de sobrevivir a la actual coyuntura económica (2013 pág. 3). La Comisión (2013, Págs. 17 y 18) advertía que la actual crisis “plantea preguntas difíciles de responder para la agenda de la flexiguridad” La principal sobre la que ya manifestamos nuestras incertidumbres (vid. supra epígrafe 3.2.2). será “cómo financiar la flexiguridad, incluida la prestación de una protección social adecuada y los altos niveles de gasto en políticas activas, durante un periodo de severas restricciones presupuestarias cuando la masa de desempleados que necesitan apoyo está aumentando.” En este estado de cosas, el énfasis puesto en la flexibilidad sin atender la faceta seguridad no podemos entenderlo bajo ningún concepto como una aplicación a medias o mejorable del modelo flexi-seguro sino directamente como una no aplicación o como un fracaso de la propuesta. Si desde el inicio de la flexiseguridad se nos dijo de la misma que para su funcionamiento armónico exigía el desarrollo homogéneo de sus ejes, el reforzamiento de uno solo de ellos, en este caso el relativo a la flexibilidad, supone la peor forma de instauración posible, siendo además, como se reconoce en el informe de 2012, ciertamente peligroso para los trabajadores (GHK 2012, pág. 18).

Lo que nos resulta sumamente llamativo es que, aunque la Comisión haya culpabilizado de este énfasis en la flexibilidad a la crisis económica, esta tendencia hacia la flexibilización ya fue advertida en 2008, cuando la crisis aún se encontraba en ciernes y sus repercusiones eran aún inciertas. Por aquel entonces algunos proféticos autores ya sospechaban del compromiso que se anunciaba en el debate de la flexiseguridad y advertían que este “canje «seguridad en el trabajo» por «seguridad en el mercado»” que trasluce el mismo “se decanta por

una serie de propuestas precisas en la primera dirección y unas inconcretas y genéricas propuestas en el segundo, lo que podría considerarse como una invitación a «dar moneda cierta a cambio de buenas intenciones» (Monereo Pérez y Fernández Avilés Pág.197), una suerte de “Caballo de Troya” (Ibíd. Pág. 223) que venía a corroer las estructuras de nuestro Derecho Laboral bajo la promesa de una seguridad incierta. Visto con la perspectiva que da el paso del tiempo podemos entender que efectivamente aquello fue así, de hecho la propia Comisión a modo de confiteor reconoce que “la primera vez que se menciona por el Comisario Špidla en 2005, la idea de la flexiguridad se relaciona más con el empuje neoliberal hacia la desregulación de los mercados laborales. Por el contrario el enfoque actual de la Comisión consiste en dedicar más atención a la seguridad en el empleo” (2013, Pág. 16). Por lo que si el enfoque actual de la Comisión es la seguridad, podemos interpretar, a sensu contrario, que efectivamente los primeros pasos de la flexiseguridad caminaron hacia esa hegemonía de la desregularización o flexibilización. La cuestión ahora será ver si este nuevo enfoque de la Comisión, centrado ahora en la seguridad, se ve reflejado en un efectivo diseño de protección social eficaz, lo cual según decía la propia Comisión, parece inviable en tanto en cuanto no varíen sustancialmente las perspectivas económicas en Europa.

CONCLUSIONES. LA FLEXISEGURIDAD UN DEBATE ENCONCERTADO

Sin pretender negar que en lo hasta aquí expuesto ya se han ido introduciendo varias valoraciones de índole subjetiva que bien podrían delatar la posición del que suscribe con respecto a la propuesta flexisegura de empleo, hemos tratado - solo el lector podrá valorar si con mayor o menor fortuna - que las mismas permanecieran dentro de unos parámetros de objetividad, al menos la objetividad que proporciona el contraste con datos empíricos o fuentes doctrinales de todo cuanto se ha transcrito. Sin embargo, para cerrar este ensayo entendemos oportuno proporcionar una visión más subjetiva de nuestra labor de estudio, unas conclusiones de índole más personalísimas, o imparciales si se quiere, que nos permita exponer el parecer del que suscribe con respecto al objeto de análisis de este artículo.

La primera conclusión extraída tras la elaboración de este artículo y que nos gustaría compartir es la que definiría al proyecto o debate flexiseguro como muy longevo, o por lo menos más longevo de lo que podríamos concluir si seguimos la versión oficial de los acontecimientos. A pesar del adanismo con el que en 2006 el Consejo Europeo nos presentó la idea flexiseguridad, hemos tratado de demostrar que, previamente a su fusión gramatical, la idea de combinar flexibilidad y seguridad laboral se remonta al menos hasta 1997 coincidiendo su mayor difusión con la EEE de Luxemburgo que se iniciaba ese mismo año. Además, si retrocedemos aún más en el tiempo, observamos que, aunque no se emplearan explícitamente dichos términos, el contenido de lo que luego se nos presentaría como flexiseguridad tiene antecedentes más remotos en la línea programática europea y que según hemos defendido se extienden, al menos, hasta el año 1993 cuando el Libro Verde “European Social Policy. Options for the Union” anunciaba ya la necesidad de encontrar nociones de flexibilidad “más aceptables socialmente”. Así debemos de concluir en este artículo que, aunque sea una idea comúnmente aceptada, el modelo europeo

de flexiseguridad no es una imitación del modelo Danés u Holandés que se desarrollaron desde la mitad de los años noventa sino el perfeccionamiento de un proyecto propio, aunque efectivamente estos regímenes guarden similitud con lo que la propuesta teórica flexisegura representa y sin perjuicio de que la Unión Europea cogiera el vocablo prestado de estos dos países donde la noción de flexiseguridad estaba ya extendida.

Precisamente aceptando esta primera hipótesis, aceptando que en realidad la flexiseguridad es un modelo construido desde comienzos de la década de los 90, es como nace la segunda de las conclusiones que alcanzamos una vez finalizado este trabajo y que nos gustaría compartir en este apartado final, pues será la que, en buena medida, motive el recelo con la que observamos el debate de la flexiseguridad y que no es otra que la pobreza imaginativa de dicho debate. Un debate (y usamos el termino debate por seguir la terminología empleada por la Comisión cuando nos presentó la propuesta de la flexiseguridad en el Libro Verde 2006 pues en puridad nos encontramos ante un discurso monotemático) que conforme hemos dicho dura ya más de veinte años y del que solo se ha extraído una idea, la flexiseguridad. Idea con la que se iniciaba la propuesta de construcción del modelo de empleo europeo en el año 1993 y que hasta la fecha, año 2014, solo ha experimentado modificaciones gramaticales que evidencia lo baldío o infructuoso de este debate. Un debate en el que, como dijera la Comisión en 2006, solo se recogerían aquellos “argumentos a favor de la flexiseguridad” (supra, epígrafe 1.1) cerrando de esta forma la puerta del mismo a cualquier propuesta que lo dotara de pluralismo.

Que el modelo de relaciones laborales contemporáneo necesita una transformación resulta innegable, y evitar afrontar dicha realidad y apartar la vista del problema no es quizás la solución más responsable. Los cambios demográficos, productivos, tecnológicos y sociológicos de los que ha sido testigo el último siglo efectivamente exigen una transmutación de aquel modelo de

relación laboral que nacía en los albores del siglo XX y que ahora exige una actualización que lo acomode a un nuevo escenario. La situación que atraviesan nuestros mercados de trabajo invita – u obliga, sería más acertado decir – a una reflexión pausada y profunda sobre el modelo en el que se han asentado. El problema del desempleo, convertido en la preocupación principal de la ciudadanía laboral, ha dejado de ser un elemento esporádico o coyuntural adquiriendo, sin perjuicio de variaciones cíclicas, caracteres de síntoma patológico crónico de las sociedades industrializadas.

Dicho esto, la flexiseguridad como propuesta que pretende ejecutar dicha renovación es, en cierto sentido, incluso benemérita, a mayor abundamiento cuando, teóricamente, aspira a solucionar el proceso de postergación al que la población asalariada ha quedado sometida desde la década de 1970 y cuyas consecuencias hemos tratado de reseñar. Vaya esto por delante lo que a nosotros nos preocupa es que, en un debate de la trascendencia del que pretende acometer dicha actualización y que se ha desarrollado a lo largo de más de dos décadas no hayan concurrido propuestas de diverso corte ideológico o técnico.

La estrechez del debate es, con mayor motivo preocupante, si atendemos a las numerosas objeciones que al proyecto flexiseguro se le pueden plantear y que de hecho se le han planteado, algunas de las cuales han sido recogidas en este artículo; a pesar de estas fallas que se pueden extraer de la propuesta resulta inquietante que durante los últimos 20 años las instancias europeas no hayan sido capaces de elaborar o recoger propuesta alternativa alguna a la flexiseguridad. Desde los años 70 la flexibilización se ha convertido en el mínimo común denominador o presupuesto incontrovertible de todas las reformas laborales planteadas desde entonces sin que la flexiseguridad aspire a romper esta tendencia. Se ha generado un debate público, el de la flexibilización, que como apuntara Beck se nos presenta “blindado”, entre otras cosas por la aceptación del “mito de los costes” por el cual “solo tenemos que reducir al máximo los costes laborales para que se esfume el problema del paro” (Beck, 2008, Pág. 125). Así el

debate aparece encorsetado en cuanto debe pasar necesariamente por la flexibilización, a partir de ahí los distintos legisladores (cuya soberanía queda así en entredicho) podrán introducir ciertamente matices, como loablemente hace la flexiseguridad, pero el presupuesto de la flexibilización permanece inmune a cualquier cuestionamiento. Así partiendo de esta premisa, la flexiseguridad como fórmula que pretende complementar esta inevitable flexibilización con ciertas dosis de seguridad es del todo punto elogiable, pero este razonamiento deductivo quizás sea erróneo por partir de una premisa axiomática no válida, y es que ¿acaso es real y objetivamente inevitable la degradación de las garantías laborales para afrontar el problema de empleo europeo? ¿no cuenta así el legislador laboral con alternativa alguna que le permita no comulgar con los dogmas de la flexibilización laboral?

Como respuesta a estas cuestiones se podría sacar a coalición el omnipresente objetivo de la competitividad internacional, se podría argumentar, y no sin cierta razón, que la flexibilización laboral es imprescindible para adecuarnos a las necesidades empresariales. Que necesitamos convertirnos en un espacio atractivo para el tejido empresarial si no queremos que Europa quede a la retaguardia de las potencias económicas internacionales, se puede argumentar, como hizo el CESE y la Comisión, que se corre el riesgo de padecer los efectos de una fuga de capitales y con ellos de la demanda de trabajo en un entorno globalizado sino apostamos por la flexibilización de nuestros mercados de trabajo... Al fin y al cabo, como expusimos, para evitar tal cosa nació la flexiseguridad. Este último planteamiento que, reiteramos, no adolece de falta de fundamento lógico, sin embargo provoca que exponamos otra de las conclusiones como es la preocupación de la consagración del objetivo “competitividad internacional” y la intención de alcanzar este a través de la promoción de la flexiseguridad. Como hemos expuesto en este ensayo, la flexiseguridad se nos presentó como mecanismo para afrontar los cambios producidos por el proceso de globalización y como instrumento para incrementar la competitividad internacional.

Ahora bien, aceptando este discurso oficial según el cual la flexiseguridad es necesaria para incrementar la competitividad internacional y evitar así la fuga de capitales a la que aludíamos (supra epígrafe 2.2) estamos aceptando una realidad estremecedora y que suele pasar inadvertida como es que estamos pretendiendo competir a la baja en garantías laborales con el resto de países del planeta. Esto, atendiendo a la existencia de espacios geográficos donde la cuestión social no ha sido del todo desarrollada y donde, por tanto, el capital encuentra costes laborales mucho más reducidos a los europeos, es todavía más sobrecogedor pues significa que pretendemos compararnos y competir con Estados donde las relaciones laborales se desarrollan en régimen de semiesclavitud o cuanto menos de explotación. Realidad la cual creemos debería invitar a parar mientes sobre si realmente es la desregularización de las relaciones laborales que pretende la flexiseguridad la senda por la que queremos avance Europa. Cierto es que el poder económico, o el capital si se prefiere, como constructo social moralmente neutro, decidirá establecerse allá donde lo costes productivos les sean más propicios o donde tenga mayores perspectivas de incrementar sus márgenes de beneficio. Esto, salvo esporádicos y loables episodios de responsabilidad social empresarial, es una realidad que pretender negar es inútil y por tanto es cierto que se corre un riesgo real de descolonización empresarial de la zona europea si no se afronta. Sobre lo que conviene reflexionar es sobre la forma en que, desde Europa, queremos afrontarla.

En Europa podemos, en efecto, rendirnos a la evidencia, aceptar la realidad descrita, comulgar con el discurso “blindado” según el cual la reducción de costes laborales es la solución incontrovertible a los problemas laborales y amoldarnos a las conveniencias del tejido empresarial para atraer al mismo y así entrar a participar en esa carrera de la competitividad internacional. Opción la cual ha sido la efectivamente adoptada y la cual pretende ser ejecutada a través de la flexiseguridad. Pero esta opción con ser la más sencilla o más inmediata no es única. La UE también puede afrontar la situación siendo consciente del impor-

tante papel que todavía juega en la comunidad internacional, ser consciente de que todavía constituye el principal mercado mundial en cuanto a exportaciones e importaciones se refiere, asumir que sigue constituyendo el epicentro cultural mundial y dedicar esfuerzos a la exportación del modelo social occidental que se fue forjando durante el siglo pasado a aquellos países con los que, a pesar de compartir evolucionados sistemas productivos y métodos de organización del trabajo, nos separa casi un siglo de evolución en materia de derechos sociales. Como exponía la catedrática Gómez Sánchez (2011, Pág 54) “el reconocimiento y tutela de los derechos y libertades ha seguido un curso distinto. Mientras el Derecho Internacional ha recepcionado la primera y segunda generación de derechos (refiriéndose a los derechos civiles y políticos), no se han reconocido ni tutelado en igual medida los derechos económico-sociales y de prestación que integrarían la tercera generación de derechos” entre ellos los laborales. En tanto esto no ocurra, mientras la comunidad internacional no haya conseguido garantizar a nivel mundial un mínimo de derechos laborales en aquellos países donde impera la explotación laboral, el objetivo de búsqueda de la competitividad internacional por el cual se nos justificó la necesidad de la flexiseguridad no podríamos entenderlo por legítimo y por extensión ésta tampoco. Pero es que, y por último, incluso un debate limitado a competitividad internacional sí, o competitividad internacional no, con ser necesario, sigue siendo insuficiente. El problema de la sociedad laboral tiene raíces mucho más profundas. Desde los años 80 han sido innumerables los autores que de una manera u otra, de forma más o menos profusa, en términos más bien técnicos o de índole cuasi metafísica, se han ocupado en vaticinar el final de un modelo de sociedad cimentado sobre la relación de trabajo tal y como la conocemos¹⁹.

19. Quizás la obra que de forma más mediática o popular y que con mayor profundización se dedicara a anunciar el fin de la sociedad laboral fuese “El Fin del Trabajo” de Jeremy Rifkin, pero también Robert Castel en la “Metamorfosis de la Cuestión Social”, filósofos como Jürgen Habermas (vgr. En “La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas”) o autores del mundo de la sociología como Ulrich Beck quien, a lo largo de toda su obra, alude constantemente a la necesidad de un cambio de rumbo drástico de la forma en la que hasta ahora se han cimentado las sociedades occidentales sobre la relación de trabajo.

Los avances tecnológicos de los que ha sido testigo el último siglo han procurado un incremento de la productividad inimaginable a comienzos del siglo XX cuando lo que conocemos por sociedad del trabajo comenzaba a tener cuerpo. Este incremento de la productividad hasta ahora había sido acompasado por un incremento igualmente espectacular de la demanda de bienes y servicios y el surgimiento de cada vez más necesidades humanas que habían conseguido mantener los niveles de ocupación en términos aceptables. Sin embargo, siguiendo aquí al emblemático profesor Alonso Olea, este status quo comenzó tiempo atrás a resquebrajarse. Sin ánimo de exhaustividad y siguiendo a este autor los factores de dicha ruptura serían: 1) El incesante avance tecnológico y “la reducción inmediata y drástica de las necesidades de mano de obra” que conlleva, 2) la “saturación de los mercados” una vez que el “el sistema de necesidades inventado por la Revolución industrial ha quedado ya satisfecho” y que hace difícil barruntar el surgimiento de un sistema totalmente nuevo de necesidades que provoque el incremento de la demanda en los niveles que en el pasado conocimos. 3) Y por último “ese oscuro motor de la historia que es la demografía que sigue actuando” en el plano numérico y de forma agravada “en las sociedades occidentales donde encontramos posibilidades decrecientes de ocupación a medida que crece el envejecimiento”. Esta suma de factores es la que define el principal problema de la sociedad laboral contemporánea. “El trabajo como bien escaso” (Alonso Olea 1998, Págs. 19 y ss.).

En este estado de cosas como apuntara Beck (2008, Pág.124) “vendría bien abandonar ideas y modelos, desde hace tiempo caducos, para un pacto social nuevo y completamente diferente. Hay que volver a cimentar el futuro más allá de la sociedad del trabajo”. Sobre este particular las propuestas o alternativas que se han planteado han sido de lo más diversas e imaginativas (desde una disminución de la jornada laboral y la edad de jubilación repartiendo lo excedentes resultantes de este incremento de la productividad, la búsqueda de yacimientos de empleo inexplorados como las asociaciones de la sociedad civil, el

establecimiento de la renta básica universal...) y por suerte no es finalidad de este artículo describirlas ni examinar su viabilidad pues es tarea ardua. Pero lo que si queremos apuntar es que ninguna de estas propuestas ha sido recogida en el debate europeo que durante 20 años ha estado gestando la remodelación de las relaciones laborales para adecuarlas al siglo XXI, ni tan siquiera para descartarlas de plano. El debate europeo sobre flexiseguridad ha girado la vista a este problema de fondo, ha realizado un diagnostico epidérmico de la situación y ha culminado con una estrategia que si bien sus resultados a corto plazo ya se han puesto en entredicho, las perspectivas a largo plazo no parecen augurar un futuro más venturoso en tanto siga girando la vista a los retos más trascendentales que deberá afrontar nuestro sistemas de relaciones laborales. Una estrategia que, como hemos expuesto en este trabajo, si ya de por si en el plano teórico se le pueden plantear objeciones, especialmente desde la postura de la población obrera en el nuevo marco resultante, con especial motivo en el plano práctico donde esta política de empleo no se ha separado de los planteamientos que durante 40 años vienen dirigiendo el rumbo de nuestras relaciones laborales hacia la flexibilización o precarización de las mismas.

Bibliografía

Adecco (2014). *IV Encuesta Adecco La Felicidad en el Trabajo.*

Recuperado de http://www.adecco.es/_data/NotasPrensa/pdf/550.pdf.

Agencia hays (2014). *Guía del Mercado Laboral 2014. Un análisis global de Tendencias y Salarios en España.*

Recuperado de <http://s01.s3c.es/imag/doc/2014-03-26/Laboral.pdf>

Alonso Olea, Manuel (1998). *El Trabajo como Bien Escaso.*

Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho del Trabajo. Págs. 17-33. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones: Madrid.

Alujas Ruiz, Joan Antoni (2006). *Las políticas activas de mercado de trabajo en España en el contexto de la Unión Europea.*

Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 61. Págs. 78 y 79. Ministerio de Trabajo y asuntos sociales: Madrid.

Álvarez del Cuvillo, Antonio (2009). *Informe sobre la Regulación del Despedido en Europa. Temas laborales.*

Revista andaluza de trabajo y bienestar social Nº 99/2009. Págs. 259-297. Junta de Andalucía: Sevilla.

Auer, Peter (2008). *Seguridad de los mercados laborales combinando flexibilidad y seguridad para el trabajo decente.*

Documentos sobre los Mercados Económicos y Laborales. Oficina Internacional del Trabajo: Ginebra.

Barroso González, María de la O y Castro Vadillo, Nelly Julia (2011). *Estado del Bienestar y Crisis Económica: Una Revisión Bibliográfica.*

Universidad de Huelva: Huelva. Rescatado de <http://www.usc.es/congresos/xiirem/pdf/32.pdf>

Beck, Ulrich (1999). *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización.* Ed. Paidós: Barcelona.

Beck, Ulrich (2008). *¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo. Respuestas a la globalización.* Ed. Paidós: Barcelona.

Cabeza Pereiro, Jaime. (2007). “Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo” en XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Ediciones Laborum: Vigo.

Candela, Asunción, Mulas-Granados, Carlos y Nombela, Gustavo (2010). *La Nueva Agenda Social: Reforma de las Políticas Activas de Empleo.* Ed. Fundación Ideas: Madrid.

Castel, Robert (1997). *La Metamorfosis de la Cuestión Social. Una Crónica del Salariado.* Ed. Paidós: Buenos Aires.

CES (2006). *Posición de la CES respecto el libro Verde 2006 adoptada por el Comité Ejecutivo los días 20 y 21 de marzo de 2007 en Roma.*

Comisión Europea (1993a). *Green Paper. European Social Policy. European Social Policy. Options for the Union.*

Comisión Europea (1993b). *Crecimiento, competitividad, empleo - Retos y pistas para entrar en el siglo XXI.*

Comisión Europea (2006). *Libro Verde de la Comisión, de 22 de noviembre de 2006, Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI.*

Comisión Europea (2007). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Hacia los Principios Comunes de la Flexiguridad: Más y Mejor Empleo Mediante la Flexibilidad y la Seguridad.*

Comisión Europea (2012). *Benchmarking Unemployment Benefit Systems. Economic Papers.*

Comisión Europea (2012). *Open, dynamic and inclusive labour markets. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions.*

Comisión Europea (2013). *Flexicurity in Europe Administrative Agreement JRC N°31962-2010-11 NFP ISP - FLES*

Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000. *Conclusiones de la presidencia.*

De Pablos, Juan Carlos y Martínez Antonio (2011). *La Estrategia Europea de Empleo: Historia, consolidación y claves de interpretación.* *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* N° 77 de 2011.

Ministerio de Trabajo e Inmigración: Madrid.

Decisión del Consejo de 18 de febrero de 2002 relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2002.

Diéguez Cuervo, Guillermo (2012). *Para un cambio de objetivos en la Política Laboral.* *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 153.

Ed. Aranzadi: Navarra.

ETUC (2007). *Trade Unions must have a say in defining ‘Flexicurity’.* *Bruselas.* Rescatado de http://www.etuc.org/press/trade-unions-must-have-say-defining-flexicurity-says-etuc#.U0Rs0_1_tRw

Eurobarometro (2006). *European Employment and Social Policy. Special Eurobarometer.* Rescatado de http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb_special_320_300_en.htm

Falguera i Baró, Miquel (2007). *El Libro Verde para la modernización del Derecho del Trabajo de la Unión: una preocupante iniciativa.*

Rescatado de www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/download/72318/82554 2007

Fernández Avilés, José Antonio (2011). *El Modelo de “Flexiseguridad” Europeo: Una Aproximación Crítica.* *El Derecho del Trabajo y las Relaciones Laborales ante los Cambios Económicos y Sociales.* X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sevilla.

Fundación 1º de Mayo (2012). *El Modelo de Despido en la Unión Europea Elementos Clave para la Comparación de los distintos Modelos de Despido en la Unión Europea.* Rescatado de <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/InformeDespido.pdf>

GHK (2012). *Evaluation of flexicurity 2007-2010: Final Report. A report by ICF GHK to European Commission, Directorate-General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities.* ICF GHK: Birmingham.

Gómez Bengoechea, Gonzalo (2009). *Mercado de trabajo. Actualidad Económica.* Rescatado de <http://search.proquest.com/docview/335466826?accountid=14568>

Gómez Sánchez, Yolanda (2011). *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales.* Ed. Sanz y Torres S.L: Madrid

González Vázquez, Ignacio (2011). *El cambio de Orientación de la Política Social Comunitaria. Del Estado del Bienestar a la Sociedad del Bienestar. Universidad de Sevilla 2011.* Recatado de <http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/1580/el-cambio-de-orientacion-de-la-politica-social-comunitaria-del-estado-del-bienestar-la-sociedad-del-bienestar/>

Gorelli Hernández, Juan (2012 a). *La Reforma Laboral de 2012 y su Impacto en los Despidos Individuales y otras Formas de Extinción del Contrato de Trabajo.* Revista Temas Laborales núm. 115/2012. núm. 115/2012. Págs. 275-314 Ed. Junta de Andalucía. Sevilla.

Gorelli Hernández, Juan (2012 b). *El proceso de reformas de la negociación colectiva en España.* Revista Derecho PUCP, N° 68 de 2012. Págs 193-224. Pontificia universidad Católica de Perú.

Gorelli Hernández, Juan (2013). *Critica a la Flexiseguridad. Revista Latinoamericana de Derecho Social Núm.16 enero-junio de 2013. Págs. 51-82.* Universidad Nacional Autónoma de México: México D.F.

Grupo Europeo de Empleo (2004). *Hacer frente al desafío. La estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo.* Versión en Castellano utilizada rescatada de: <http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/1D896EAE-B43B-494F-956B-352C2EF6C842/74752/InformeKOKNov2004.pdf>.

Grupo Europeo de Empleo (2003). *Jobs, Jobs, Jobs Creating more employment in Europe.* Office for Official Publications of the European Communities: Luxemburgo.

Habermas Jürgen, (1988). *La crisis del Estado de bienestar y el agotamiento de las energías utópicas.* Págs. 113-134 Ensayos políticos. Ed. Península, 1988: Barcelona.

Holm-Detlev, Köhler y Martín Artilles, Antonio (2007). *Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales.* Ed. Publicaciones Delta: Madrid.

Madsen, Kongshøj (2003). *La estabilidad del empleo en una época de flexibilidad. Testimonios de varios países industrializados.* Colección Informes OIT N° 66. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España: Madrid.

Madsen, Kongshøj (2006). *A new perspective on labour markets and welfare states in Europe. Centre for Labour Market Research. Centre for Labour Market Research (CARMA) Research Paper n° 3 de 2006.* Ed. Aalborg University. Aalborg.

Madsen, Kongshøj (2008). *Flexiseguridad ¿Un nuevo programa para la reforma del mercado laboral en Europa?. Boletín Económico de Información Comercial Española (ICE) n°2950 de 2008.* Ministerio de Economía y Competitividad: Madrid.

Martínez López, Antonio (2008). *La Influencia de las Políticas Activas de Empleo en las transformaciones de los Modos de Intervención y los Modelos Contemporáneos de Bienestar Social.* Revista Portularia Vol. VIII n° 2 de 2008. Universidad de Huelva: Huelva.

Monereo Pérez, José Luis, et al. (2011). *Manual de Política y Derecho del Empleo.* Ed. Tecnos: Madrid.

Montero Soler Alberto y Espejo Aguirre Carolina (2011). *Regímenes de Bienestar y Políticas Públicas en la Eurozona.* Universidad de Málaga: Málaga.

Moreno Fernández, Luis y Serrano Pascual, Amparo (2007). *Europeización del Bienestar y Activación.* Madrid Facultad CC. Políticas y Sociología. Universidad Complutense de Madrid. Madrid.

Navarro López, Vicenç (2013). *Las falacias neoliberales sobre las causas del elevado desempleo en España.* Publicado en Revista Digital Sistema de 13 de diciembre de 2013. Rescatado de <http://www.vnavarro.org/?p=10198>

OCDE (2013). *La Reforma Laboral 2012 En España: Una Evaluación Preliminar. Resumen Ejecutivo.* Rescatado de <http://www.oecd.org/fr/els/emp/OCDEEstudioSobreLaReformaLaboral-ResumenEjecutivo.pdf>

OIT (2011). *Estudios Sobre el Crecimiento Con Equidad. Empleos De Calidad Para Una Nueva Economía.* Rescatado de http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inst/download/country_ss.pdf

Parlamento Europeo (2007). *Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de julio de 2007, sobre la reforma del Derecho laboral ante los retos del siglo XXI.* Rescatado de: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0574+0+DOC+XML+V0//ES>

Pérez Eransus, Begoña (2005). *Políticas de activación y rentas mínimas.* Ed. Colección de Estudios Fundación FOESSA. Madrid.

Quintana Hernández, José Manuel (2012). *¿Flexibilidad laboral, flexise-guridad o flexiplotación? Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak. Nº 26 de 2012.* Págs 131-159 Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco: Gipuzkoa.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel et al. (2007). *Apuntes sobre el Libro Verde “Modernizar el derecho de trabajo para afrontar los retos del siglo XXI” Aportaciones al debate comunitario sobre Flexise-guridad.* Ed. La Ley. Grupo Wolters Kluwer. Madrid.

Salas Porras, María (2010). *El Servicio Público de Empleo y el Proceso Jurídico de Colocación. Monografías de Temas Laborales.* Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Rescatado de http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1204_3.pdf

Santos Ruesga, Benito et al. (2011). *El Sistema Social Español en un Marco de flexise-guridad. Analisis Comparado de Algunas Experiencias Europeas y Lecciones para el Caso Español.* Ed Cinca S.A.: Madrid.

Sennet Richard (1999). *La Corrosión del Carácter.* Ed. Anagrama:Barcelona.

Serrano Pascual, Amparo, Crespo Suarez, Eduardo y Revilla Castro, Juan Carlos (2009). *Del Gobierno del Trabajo al Gobierno de las voluntades: El Caso de la Activación.* *Revista Psicoperspectivas.* Individuo y sociedad VOL. VIII, Nº 2 (Julio-Diciembre) Págs. 82-101. Pontifica Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso.

Tangian, Andranik (2008). *Flexiguridad Europea: Conceptos (Definiciones Operativas), Metodología (Instrumentos De Seguimiento) y Políticas (Implantaciones Consistentes) Orig. Reunión de expertos sobre Estrategias de Flexiguridad y las implicaciones de su adopción a escala europea, celebrado en Lisboa, el 25 de septiembre de 2006. Versión en castellano en Revista De Relaciones Laborales Lan Harremanak nº 16 2008. Págs 99-153.*

Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco: Gipuzkoa

Toscani Giménez, Daniel (2009). *Algunas propuestas de reforma del derecho del trabajo como punto de partida para el diálogo social.* Ed. Aranzadi, SA: Pamplona.

Toscani Giménez, Daniel (2011). *La próxima reforma del sistema de contratación temporal. Capital humano: revista para la integración y desarrollo de los recursos humanos nº 257. Págs. 50-64.* Ed.Ciss Praxis S.A: Madrid.

Tovar Martínez Francisco Javier y Revilla Castro Juan Carlos (2012). *La institucionalización de la individualización del trabajo: el concepto de flexiguridad. Cuadernos de Relaciones Laborales ISSN: 1131-8635 Vol. 30, Núm. 1 Págs. 235-258.* Universidad Complutense de Madrid: Madrid.

Tyloor-Gooby, Peter (1997). *Unión Europea y estado del bienestar.* CSIC: Madrid.

UEAPME (2007 a) *Modernising labour law is the basis for a workable “flexicurity” approach*. Rescatado de http://www.ueapme.com/docs/press_releases/pr_2007/070315_labour_law.pdf

UEAPME (2007 b) *Flexicurity communication a good starting point for Member States’ action*. Rescatado de http://www.ueapme.com/docs/press_releases/pr_2007/070627_flexicurity.pdf

Valdés Dal-Ré, Fernando y Lahera Forteza, Jesús (2010). *La flexiseguridad laboral en España. Laboratorio de ideas. Fundación Alternativas*. Documento de trabajo 157/2010 Recatado de <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/la-flexiseguridad-laboral-en-espana>

Wilthagen, Ton (1998). *Flexicurity: a new paradigm for labour market policy reform?* Rescatado de <http://www.econstor.eu/bitstream/10419/43913/1/24640552X.pdf>

Wilthagen, Ton (2007). *Flexicurity Pathways, Informe en Grupo de Expertos sobre Flexiguridad de Junio de 2007*. Rescatado de <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=1519&langId=en>

IV CERTAMEN

SEGUNDO PREMIO

“DEL INFARTO DE MIOCARDIO
AL ACCIDENTE TE TRABAJO”

M^a del Carmen Macías García

INTRODUCCIÓN

Todos tenemos una idea clara de lo que es un accidente de trabajo, entendido éste como una lesión corporal, producida por un golpe, un objeto, una caída, o cualquier otro elemento que pueda causar daño físico a las personas, de forma súbita y violenta.

El infarto de trabajo a priori, parece una enfermedad común, -de hecho no está regulada como enfermedad profesional, que están bien delimitadas en cuanto a cuales son y que sustancias las producen en su normativa específica-. Sin embargo, es una patología en cuyo desenlace pueden incidir diversos factores, incluidos algunos del ambiente profesional como el estrés, ansiedad, fatiga, etc.

Teniendo en cuenta que la legislación establece que “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo” art. 115.3 de la Ley General de Seguridad Social (en adelante LGSS), y como veremos en esta investigación el infarto de miocardio es una lesión, se ha de concluir que si ocurre en tiempo y lugar de trabajo, éste es considerado accidente de trabajo.

Pero qué ocurre cuando la delimitación de tiempo y lugar de trabajo, no es tan claro, ya que pese a la nitidez y claridad del artículo, la realidad de los sucesos que provoca el accidente de trabajo y la mejor protección que supone su existencia, frente a

las contingencias de carácter común (accidente no laboral y enfermedad común), han tenido como consecuencia una larga sucesión de procesos judiciales que han motivado, en sede de Tribunal Supremo, una amplia y prolija jurisprudencia aclaratoria del texto legal.

Así, se ha producido, en especial, en los aspectos referidos a la apreciación o no de existencia de accidente de trabajo cuando la lesión es consecuencia de infarto agudo de miocardio (en adelante IAM).

Con esta investigación se intentará dar respuestas a cuándo, cómo y en qué circunstancias un infarto agudo de miocardio es considerado como un accidente de trabajo, que requisitos son los necesarios y si siempre es así.

Así, para intentar arrojar luz a un tema controvertido, sin lugar a dudas, se van a analizar sentencias del Tribunal Supremo (en adelante TS), en relación a trabajadores que han sufrido algún tipo de episodio cardiovascular en las que la delimitación de tiempo y lugar de trabajo no es clara.. Entraremos a conocer la fundamentación que realiza a la hora de emitir un fallo el alto tribunal, que razonamiento establece y si sigue una línea jurisprudencial, si marca unos requisitos y/o criterios para establecer de forma clara y concisa sin que se presenten dudas a la hora de declarar como accidente de trabajo o no un infarto.

2. REVISIÓN DOCTRINAL

Cuando se afronta el estudio analítico, doctrinal y jurisprudencial del accidente de trabajo resulta inevitable recordar los inicios históricos y sociales del accidente de trabajo y su desarrollo legislativo a lo largo del tiempo.

Aunque pueda parecer que la declaración de determinadas enfermedades como accidentes de trabajo es algo novedoso y relativamente reciente en nuestra jurisprudencia, hemos de remontarnos a algo más de un siglo para encontrar la primera referencia, que se produjo en 1903, fruto de la Ley de Accidentes de 1900 que podemos considerarla como el embrión de lo que hoy es el Sistema de Seguridad Social, y por qué no nuestra actual Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

2.1 El concepto de accidente de trabajo

La Ley de Accidentes de 1900 se trata de la primera norma en la legislación española que establece de forma general la responsabilidad empresarial en los accidentes de trabajo, incorporando incluso objetivos de prevención de riesgos laborales a través de una junta técnica encargada de estudiar las medidas de seguridad en el trabajo.

Acomete un giro radical, acerca del tratamiento de la responsabilidad derivada de los accidentes de trabajo. La ley ofrece garantía de protección al obrero accidentado, imputando la responsabilidad del daño causado de forma directa al patrono en la medida que éste resulta beneficiario del trabajo realizado por el trabajador accidentado y es simultáneamente creador del riesgo que provoca el accidente, responsabilidad que en 1995 la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se sigue manteniendo.

No cabe por menos que destacar y resaltar la vigencia más de 100 años después de su redacción, teniendo en cuenta toda la proyección legislativa, manteniendo y respetando el espíritu de la primera ley de accidentes de trabajo.

Es por ello que a la normativa de accidentes de trabajo, resultan de plena aplicación las palabras de VILLAR PALASÍ, cuando afirma que “las leyes nuevas tienen su luna de miel con la política, pero sus bodas de plata y oro con la realidad es lo que importa para evidenciar su eficacia”. (Sánchez Pérez, 2013)

Pues bien la Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 Enero de 1900, establecía ya en su artículo 1 la definición de accidente de trabajo, “...entiendese por accidente toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena...” dicho concepto es mantenido en la actualidad, en el art. 115 LGSS a excepción de la palabra operario que fue sustituida por “trabajador” en la reforma de 1994.

Por lo que el concepto de accidente de trabajo, en todas y cada una de sus manifestaciones se mantienen hasta nuestros días, la clave para ello, como muy acertadamente dice el Doctor D. Manuel Alonso Olea, es su literalidad “es que el accidente lo es de trabajo, sea el trabajo su causa o sea simplemente el trabajo su ocasión”. (El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de Enero de 1900).

Lo que quiso proteger, protegió y protege es el accidente de trabajo. Los legisladores de 1900 distinguieron entre causa y ocasión e incluyeron ambas en su definición, como bien establece el artículo “...lesión...con ocasión o por consecuencia...”

La ocasionalidad, en el concepto de accidente de trabajo, produjo y sigue produciendo, un enorme desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico, con respecto

por ejemplo a los accidentes “in itinere”, de los ocurridos al ir y al volver del trabajo, por ser el trabajo la ocasión y no la causa.

También esta ocasionalidad permitió el establecimiento de una amplia y abundante presunción en favor del accidente de trabajo de las lesiones ocurridas “durante el tiempo y lugar de trabajo”.

2.2 La enfermedad como accidente

La amplitud de la redacción del artículo permitirá extender el concepto de accidente al de enfermedad, producida ya no por la acción o irrupción súbita y violenta de un agente exterior, sino por el deterioro lento y progresivo del cuerpo del accidentado.

El accidente es una lesión corporal, esto es, un daño sufrido por el trabajador accidentado.

En palabras de D. Manuel Alonso Olea el término lesión sugiere inmediatamente, como primera idea, la de acción o irrupción súbita o violenta de un agente exterior o la conmoción inesperada de quien la sufre; efectivamente tal es el supuesto normal del accidente de trabajo. En cambio parece excluir el deterioro lento y l

Mde d cam t -

de una manera directa e inmediata por consecuencia indudable del manejo de sustancias tóxicas, se encuentra de lleno comprendida en dicha ley, ya porque ésta no define el accidente con referencia a un suceso repentino más o menos imprevisto, sino al hecho mismo constitutivo en sí de la lesión ya porque, dada la naturaleza de esta clase de accidentes en los establecimientos en que se emplean materias tóxicas o insalubres, sería por demás insólito que acaecieran repentinamente, como acontece en otras fábricas o talleres, o en los demás lugares donde los obreros ejecutan un trabajo manual por cuenta del patrono:

Considerando, esto supuesto, que la lesión consistente en la pérdida completa de la vista que sufrió el operario Joaquín Julián Gracia, a consecuencia, según estima la Sala sentenciadora, de la intoxicación llamada saturnina, contraída con motivo de los trabajos que ejecutaba en la fábrica, no puede menos de calificarse como un accidente en el sentido de la ley citada...”

Desde 1903 se viene planteando la enfermedad como accidente de trabajo, al entender que la enfermedad podía provocar una lesión al trabajador.

Aunque tradicionalmente, el concepto jurídico de accidente de trabajo apuntaba a la exigencia de un factor lesivo que actuara de forma “súbita y violenta”, de modo que podría quedar al margen la alteración de la salud de “desarrollo lento y progresivo”, la jurisprudencia, como ya hemos visto desde 1903, estableció la posibilidad de la calificación de la enfermedad como accidente de trabajo.

En la actualidad, se hace preciso diferenciar las enfermedades comunes propiamente dichas, aquellas que se manifiestan de una forma lenta y progresiva, no listadas en el RD 1299/2006, de aquellas que se manifiestan de forma súbita, que actúan de forma violenta aunque tengan carácter de patologías de carácter interno, como es el caso de los infartos agudos de miocardio, otras enfermeda-

des cardiovasculares y hemorragias cerebrales. (Sánchez Pérez, 2013). Si bien hay que recordar la sentencia del TS de 24-05-1990 (RJ4498), según la cual “el hecho de que una enfermedad de etiología común se revele exteriormente con ocasión del ejercicio de la ocupación laboral no dota a la misma, sin más, de la característica jurídica de accidente de trabajo, en tanto en cuanto no se demuestre la efectiva influencia de aquel ejercicio laboral en la aparición de la patología de referencia”.

Sin duda no puede valorarse como accidente de trabajo una simple afección gripal, descomposición intestinal, o menstruación ocurrida en tiempo y lugar de trabajo, salvo que se pruebe su directa dependencia del trabajo; y no gozan de la presunción de accidente de trabajo, porque no son lesiones, sino alteraciones de la salud. (Remigia Pellicer, 2002)

2.3 Episodio cardiovascular como lesión

Será necesario y clave en esta investigación si la etiología del infarto está directamente relacionada con el trabajo desarrollado o es ajena al mismo. Para establecer tal relación con el trabajo desempeñado y determinar que nos encontramos ante un accidente de trabajo, hemos de establecer como punto de partida la definición legal de accidente de trabajo.

El art. 115.1 del actual Texto Refundido de la Seguridad Social (en adelante LGSS), “Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con u ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”

Por lo que no cabe duda de que el infarto de miocardio ha de integrarse en la definición de accidente dada por el mencionado art. 115.1 LGSS, toda vez que,

la enfermedad produce una lesión en el tejido miocárdico, por lo que en este aspecto la calificación debe ser pacífica. De este modo puesto que el infarto de miocardio sería el “resultado final de una oclusión aguda que se produce de forma brusca y súbita de una arteria coronaria” estamos en presencia de un accidente de trabajo en sentido estricto. (Sánchez Pérez, 2013)

Debido a la similitud del IAM con el accidente de trabajo en cuanto a la forma de producirse la fuerza lesiva y la lesión, una amplia interpretación jurisprudencial ha optado por incluir estas patologías en el párrafo 1 del art. 115 LGSS. De este modo, las enfermedades de aparición súbita, sin ser accidentes en el sentido más estricto quedarían amparados por el concepto amplio de lesión, y especialmente por la presunción de laboralidad que establece el párrafo 3 del art. 115 LGSS. (Bermúdez, 1997)

Por más que la tesis descrita ofrezca un tratamiento prácticamente unánime en la doctrina jurisprudencial, no por ello hay que ocultar el debate que plantea la consideración de las enfermedades de súbita aparición, el IAM, por antonomasia, como accidente de trabajo.

A este respecto hay que decir que España es uno de los escasos países de la Unión Europea que incluye los IAM como accidente de trabajo y que en países como Alemania se rechaza ésta clasificación, mientras en España algunas voces mantienen y establecen de forma rotunda que el IAM es una enfermedad preexistente amparándose en bibliografía médica para justificar los factores que determinan la aparición del infarto de miocardio. (Bermúdez, 1997)

2.4 El infarto en lugar y tiempo de trabajo

Otro artículo a tener en cuenta en la investigación y que es muy importante es el art. 115.3 LGGS “Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y el lugar de trabajo”.

Es la llamada presunción de laboralidad, se trata de una presunción “iuris tantum”, es decir, que admite prueba en contra.

Con lo expuesto anteriormente podemos decir que todo infarto de miocardio que ocurra en lugar y tiempo de trabajo es considerado como accidente de trabajo, y que la carga de la prueba le corresponderá a quien estime que a pesar de haberse producido en tiempo y lugar de trabajo no debe ser calificado como tal.

El primer criterio manejado para dicha consideración consistió en la realización de esfuerzos que pudieran constituir el desencadenante del infarto. Así, la antigua sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de noviembre de 1923, califica como accidente de trabajo el colapso cardíaco que ocasionó la muerte al obrero ocupado en cargar sacos de cemento. (Sánchez Pérez, 2013)

En la actualidad el esfuerzo del trabajo es, con frecuencia, un factor desencadenante o coadyuvante en la producción del infarto de miocardio. Aquí entra en juego el segundo, y más importante, factor de riesgo que lleva a establecer la presunción de laboralidad a favor de la contingencia profesional del infarto de miocardio: el estrés, constituyendo este el argumento fundamental que lleva a la doctrina jurisprudencial a pronunciarse a favor de la presunción de laboralidad del infarto, cuando se produce en tiempo y lugar de trabajo, ya que prácticamente no existe actividad laboral que esté exente de niveles de exigencia y de rendimiento que puedan ser susceptibles de provocar este factor de riesgo.

De hecho, en la práctica resultan inviables los intentos de desvirtuar la calificación del infarto producido en tiempo y lugar de trabajo como contingencia profesional, incluso en los supuestos en que se pueda dejar acreditado que el trabajador era un paciente de grave riesgo coronario al padecer todas o casi todas las enfermedades que predisponen a su aparición. (Sánchez Pérez, 2013)

2.5 Concepto de infarto agudo de miocardio y su vinculación con el trabajo.

Un acercamiento a la cuestión debatida nos obliga a diferenciar el infarto de miocardio como enfermedad específica dentro del género de las enfermedades de corazón, apreciación que será relevante en tanto que la patología que goza de la presunción de accidente de trabajo es el infarto de miocardio, y, por asimilación, la angina de pecho y los accidentes vasculares, cuya manifestación externa se produce de forma súbita y violenta.

Alejándome de toda pretensión pedagógica estricta, y a los solos efectos de lograr la máxima aportación al presente estudio, estimo necesario una breve y seguramente imprecisa referencia al daño o detrimento corporal, en cuanto componente del concepto de lesión, que originan las cardiopatías isquémicas entre las que se encuentra el infarto de miocardio.

Existen tres tipos de cardiopatías isquémicas. (Remigia Pellicer, 2002), el infarto de miocardio, el ángor o angina de pecho y la muerte súbita.

Entendiéndose por infarto de miocardio aquella enfermedad en la que se produce una oclusión parcial o total del flujo sanguíneo en las arterias coronarias y que provoca la muerte de células musculares del corazón por falta de aporte sanguíneo. La aludida oclusión se produce de forma progresiva, durante años,

y suele manifestarse, con mayor frecuencia, a partir de los cincuenta años de edad, de forma súbita, provocando secuelas que suelen resultar graves e incapacitantes, al menos para la realización de esfuerzos físicos de carácter moderado o intenso. (Sánchez Pérez, 2013)

No debe, por tanto, confundirse el infarto de miocardio con la muerte repentina provocada por cualquier otro tipo de enfermedades –como pueden ser de origen congénito- confusión que, con frecuencia, se prodiga en diversos ámbitos, incluido el de los interpretes del derecho. (Sánchez Pérez, 2013)

El ángor o angina de pecho es la expresión de la disminución del aporte de O₂ al miocardio, sin que ésta llegue a producir la necrosis o muerte de las células del músculo cardíaco.

Esta circunstancia ha generado dudas a la doctrina a la hora de calificar esta patología como accidente de trabajo ya que al no existir lesión en el musculo cardíaco, que queda como estaba antes del episodio, se plantea la falta del elemento característico del accidente de trabajo.

Se argumenta que si no ha existido lesión alguna, lo que se manifestó durante el ejercicio del trabajo fue un síntoma de la enfermedad, de modo que una vez que esa afectación transitoria se supera, se vuela a la situación anterior al episodio.

Aunque no es objeto de estudio de esta investigación, hay que decir que el Tribunal Supremo ofrece una respuesta ambivalente tal como se refleja en la sentencia de 23 de noviembre de 1999 (STS 23-11-99 RJ 9341, RCUd núm. 2930/1998), en la que se indica que los dos procesos, infarto de miocardio y angina de esfuerzo, son manifestaciones de la misma enfermedad cardíaca, de mayor gravedad el primero, pero de naturaleza similar y con la misma posible relación con el trabajo.

De otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de junio de 1997 (STS 18-06-1997 RJ 4762, RCUUD núm. 3927/1996), en relación con el ángor inestable, matiza que la presunción que ampara al infarto de miocardio se puede ampliar a otras enfermedades cardíacas graves como la angina de pecho cuando consta que el episodio ha contribuido a agravar la enfermedad preexistente. En este supuesto se considera como conditio sine qua non la agravación efectiva de la enfermedad preexistente. (Sánchez Pérez, 2013)

La muerte súbita cardíaca es el fallecimiento que se produce en la primera hora desde el inicio de los síntomas o el fallecimiento inesperado de una persona aparentemente sana que vive sola y se encontraba bien en plazo de las 24 horas previas. Su principal causa es una arritmia cardíaca llamada fibrilación ventricular, que hace que el corazón pierda su capacidad de contraerse de forma organizada, por lo que deja de latir

La respuesta de por qué precisamos de un diagnóstico certero la encontramos en la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 1984, que contempla el supuesto de un ingeniero industrial que fallece tras una visita a una central nuclear. En ella se indica que el paro cardíaco no es equiparable al infarto de miocardio, ni cabe asociar infarto a todo paro cardíaco, pues otra solución supondría incluir en esta calificación a todo fallecimiento de un trabajador en activo.

Centrándonos en el infarto de miocardio, debe destacarse que es una patología que suele venir asociada a riesgos predeterminados muy vinculados al tipo de vida actual y a enfermedades que favorecen su desarrollo como la hipertensión, la diabetes, la obesidad, el tabaquismo, o hipercolesterolemia.

En una primera aproximación podría cuestionarse la presunción de laboralidad del infarto de miocardio cuando se produce en tiempo y lugar de trabajo, si se

considera que éste se encuentra asociado habitualmente a patologías que son típicamente de carácter común.

Buena parte de los países de nuestro entorno admiten que la exposición laboral contribuye al desarrollo de las enfermedades cardiovasculares, considerándose en muchas ocasiones como enfermedades relacionadas con el trabajo. A estos efectos, los resultados de los estudios sobre el estrés en el trabajo indican una importante relación causal entre el estrés laboral y la incidencia de enfermedad cardiovascular. (AA.VV.: “Enciclopedia de seguridad y salud en el trabajo”)

2.6 Estudios previos

Con respecto a la institución del accidente y su régimen jurisprudencial y jurídico ha sido abordada en múltiples facetas por la mejor doctrina.

La información y estudios previos relacionados con la calificación del IAM como accidente de trabajo encontrado va relacionada sobre todo, a sus orígenes y su creación jurisprudencial y doctrinal.

Existe algún manual en el que hablando del IAM éste se encuadra en distintas situaciones, tal y como se ha hecho en esta investigación, en el que citan sentencias del TS tanto en sentido positivo como negativo en la declaración del mismo, las cuales nos servirán para compararlas y discutir las.

No se ha encontrado ningún estudio comparativo de sentencias como el que se pretende con esta investigación, sino más bien comentarios a las sentencias del Tribunal Supremo.

Hay que destacar la obra más reciente y más completa, referida a lo pretendido

con esta modesta investigación, es “La configuración jurídica del accidente de trabajo” de José Sánchez Pérez publicado en 2013, siendo ésta su tesis para la obtención del título de Doctor por la Universidad de Granada, abordado dicho estudio en el epígrafe “Las enfermedades de súbita aparición y el supuesto concreto de las enfermedades del corazón” si bien no bajo la misma denominación utilizada en este estudio si abarca cada una de las casuísticas aquí tratadas.

También nombrar la obra de Vte. David Remigia Pellicer “Infarto y accidente de trabajo”, en el que también encontramos referencias a algunos de los supuestos aquí planteados.

3. OBJETIVOS

Con el presente estudio pretendemos alcanzar los siguientes objetivos:

1. Conocer los motivos por los que un IAM, que se produce cuando un trabajador se encuentra en situación de guardia localizada, es declarado o no accidente de trabajo.
2. Determinar las razones por las que un IAM que se produce cuando un trabajador se encuentra en los vestuarios de la empresa, es declarado o no accidente de trabajo.
3. Analizar las causas por las que un IAM que se produce cuando un trabajador se encuentra “in misión”, es declarado o no accidente de trabajo.
4. Confirmar que los IAM ocurridos “in itinere”, no son declarados accidente de trabajo.

5. Comprobar si la existencia de factores de riesgo cardiovasculares en el trabajador son tenidos en cuenta a la hora de la declaración del IAM como accidente de trabajo.
6. Analizar cómo influye la definición del lugar y tiempo de trabajo en el inicio de los síntomas del IAM en la declaración de éstos como accidente de trabajo.
7. Establecer un criterio en la calificación de los IAM como accidentes de trabajo.

4. APORTACIÓN PERSONAL. DISEÑO METODOLÓGICO.

Para dar respuestas a las preguntas planteadas desde un punto de vista doctrinal y jurídico se han analizado y comparado sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ya que es el único órgano jurisdiccional en España con jurisdicción en todo el territorio nacional, constituyendo el tribunal superior en todos los órdenes, incluyendo el Social como es el caso que nos ocupa.

El Tribunal Supremo constituye la cúpula del sistema de impugnaciones y es, por tanto, el máximo responsable de la unidad de interpretación de la jurisprudencia en España.

Se ocupa, entre otras cuestiones, de decidir los recursos de casación de las sentencias emitidas por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, y es por ese motivo por el cual no se han analizado sentencias de los mismos, ya que obtendríamos una versión sesgada de los casos planteados.

Para la obtención de las sentencias a analizar se ha consultado la base de datos que tiene el Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es), mediante la opción buscador de jurisprudencia.

A la hora de realizar la búsqueda, se han introducido los siguientes parámetros.

JURISDICCIÓN: SOCIAL

TIPO DE RESOLUCIÓN: SENTENCIA

TIPO DE ORGANO: TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL

TEXTO A BUSCAR: infarto y accidente de trabajo

Al introducir los parámetros para la búsqueda “infarto y accidente de trabajo” se han obtenido un total de 305 entradas. Al obtenerse un gran número de entradas, se decide acotarlas filtrando las mismas por años, se realiza una nueva búsqueda esta vez introduciendo en el campo fecha las siguientes 01/01/2000 hasta 31/12/2013, obteniendo un resultado de 92 entradas.

Se elige este rango de fechas para conocer la doctrina jurisprudencial más actual.

De esas 92 entradas, una vez analizadas, una por una, con atención existen 39 sentencias que tratan sobre la declaración o no de accidente de trabajo derivado de una etiología cardiovascular.

Estas 39 sentencias se estructuran de la siguiente forma:

12 de ellas no cumplen los requisitos exigidos en la LPL para su admisión.

1 de ellas el trabajador sufre etiología cerebrovascular y no cardiovascular.

1 de ellas versa sobre las competencias del juez de instancia y suplicación.

1 de ellas versa sobre declaración de Accidente No Laboral o Enfermedad Común.

1 de ellas el caso planteado es exactamente igual, el mismo, que el de otra sentencia.

1 de ellas versa sobre declaración de Incapacidad Permanente Total.

Por lo cual quedan para el estudio y análisis 22 sentencias.

5. RESULTADOS

Para el análisis, comparación y obtención de los resultados se han establecidos criterios clasificatorios objetivados en las situaciones en las que ha entrado a valorar el Tribunal Supremo.

GUARDIA LOCALIZADA

Se han encontrado 2 casos de trabajadores en situación de guardia localizada. El Tribunal Supremo considera que el infarto sufrido por estos trabajadores no es considerado como accidente de trabajo –con independencia de la profesión de que se trate–.

Se trata de un médico y de un oficial de primera de sistemas de seguridad de alarmas.

Coincide el TTSS en ambos casos que aunque se trata de trabajadores que se encuentran en la situación de guardia localizada en su domicilio, no hay constancia de que al tiempo de sobrevenir la dolencia cardiaca hubieran sido requeridos para prestar servicios, con lo que se demuestra que tampoco fallecieron en tiempo dedicados al trabajo.

Así mismo el fallecimiento de los trabajadores no acaece en el lugar de trabajo, puesto que al sufrir el IAM se encontraban en su domicilio, y no era allí donde debía desarrollar la actividad encomendada por la empresa, sino en los puntos concretos donde debían prestar sus servicios.

VESTUARIOS

Se han encontrado 7 casos, en los que 4 de ellos no se han considerado accidente de trabajo y en 3 sí.

En los 4 casos en que el episodio cardiovascular se ha producido en los vestuarios de la empresa con independencia de la profesión del trabajo, y que no ha sido declarado accidente de trabajo, se repite el mismo razonamiento del TTSS, que viene a decir que no basta para que actúe la presunción de laboralidad que el trabajador se halle en los vestuarios de la empresa cuando ocurre el episodio vascular o la enfermedad que origina la contingencia, que es lugar de trabajo a estos efectos, sino que el término legal “tiempo de trabajo” contiene una significación más concreta equivalente a la del art. 34.5 del Estatuto de los Trabajadores referida a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto, en el que se presume que se ha comenzado a realizar alguna actividad o esfuerzo –físico o intelectual- que determina una más fácil vinculación del acaecimiento con el trabajo.

Aquí 2 de los trabajadores ya se habían cambiado de ropa, y se encontraban aún en los vestuarios, y los otros 2 se encontraban cambiándose.

En los 3 casos restantes el episodio cardiovascular ha sido declarado como accidente de trabajo por el Tribunal Supremo en base a las siguientes conclusiones;

En primer lugar, el trabajador sufre un IAM en los vestuarios del centro de trabajo mientras se halla cambiándose de ropa, en este caso el episodio cardiovascular es considerado accidente de trabajo, pero no por la presunción del art. 115.3 LGSS –ocurrido en tiempo y lugar de trabajo-, sino por la aplicación del art.115.1 LGGSS sobre la existencia de una relación de causalidad entre la actividad laboral desarrollada por el trabajador y el suceso determinante de la contingencia, ya que quedó acreditado esa relación de causalidad que al no operar la presunción le era exigible.

Y así, consta que en la jornada anterior llevo a cabo sus funciones de especialista pintor corriendo andamios, pintando naves bajo un techo de uralita bajo un intenso calor (verano 2003) a 7 u 8 metros de altura y en condiciones agotadoras.

En segundo lugar, el trabajador se encontraba en los vestuarios pero su presencia allí no obedecía al momento de cambiarse de ropa al inicio o final de la jornada, por ello si se pone en relación la tesis de que los vestuarios no dejan de tener la consideración de lugar de trabajo, con el hecho de que el trabajador pueda haberse presentado en los mismos durante la jornada laboral, sin constar que estuviera en momento de descanso, habrá que concluirse que la presunción de laboralidad aquí es completa, y hace irrelevante los factores de riesgos previos –obesidad, etilismo y tabaquismo- no sirven para romper aquella, pues lo decisivo es el infarto mismo y no la propensión a la lesión cardíaca del fallecido.

El tercer y último lugar, el episodio cardiovascular es considerado como accidente de trabajo, ya que en casos como estos la aplicación del art. 34.5 del ET para determinar que debe entenderse por tiempo de trabajo debe ser matizada permitiendo hacer jugar la laboralidad del accidente establecida en el art. 115.3 LGSS, como es sabido, aquel precepto establece que “el tiempo de

trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”, pero ello no ha impedido que el propio TS haya considerado “tiempo de trabajo” determinados lapsos temporales en el que el trabajador no se halla estrictamente en su puesto de trabajo pero si en operaciones indispensables para incorporarse al mismo.

En este caso el trabajador en concreto ya había fichado cuando se produce el ataque cardíaco, y no es posible dudar de la importancia que tiene la ficha horaria del trabajador a efectos de comprobación del cumplimiento de su jornada de trabajo. El trabajador no se encontraba en los vestuarios para cambiarse de ropa, sino para proveerse de los epi’s que estaban allí y que tenía obligatoriamente que ponerse antes de su incorporación al puesto de trabajo, obligación establecida en el convenio colectivo de la empresa, el trabajador fallecido percibía un plus de puntualidad incurriendo en falta de puntualidad y pérdida del plus si se incorporaba tarde al puesto de trabajo “cualquiera que sea el retraso”, por lo que el tiempo pasado en el vestuario para proveerse, como era su obligación, de sus epi’s antes de incorporarse al puesto de trabajo era imprescindible so pena de perder el plus de puntualidad, es decir, tenía una repercusión inmediata sobre su remuneración.

“IN MISIÓN”

Nos encontramos 3 sentencias con estas características encontrándose el trabajador en situación de “en misión”, dos han sido considerados accidente de trabajo y otro no.

Los accidentes “in misión” son aquellos sufridos por el trabajador/a en el trayecto que tenga que realizar para el cumplimiento de la misión, así como el acaecido en el desempeño de la misma dentro de su jornada laboral.

En primer lugar nos encontramos un trabajador, que sufre un IAM encontrándose en período de descanso en un hotel en Londres, en su condición de conductor de autobús, el cual es considerado como accidente de trabajo, razonando el TTSS que su trabajo es itinerante, desarrollándolo allí donde su empresa tenía que transportar a los turistas, y que tras finalizar su jornada laboral se trasladó a descansar a un hotel y en el transcurso del descanso nocturno se sintió mal. Es evidente que el mal sobreviene fuera de sus horas de trabajo, pero cuando permanece bajo la dependencia de la empresa, cuya organización y prestación de servicios impide al trabajador reintegrarse a su vida privada, al domicilio familiar y a la libre disposición de su propia vida. Tal es el contenido del accidente del trabajo “in misión”.

En segundo lugar nos encontramos un trabajador, que sufre un IAM encontrándose en la cabina del camión mientras el trabajador dormía, el cual es considerado como accidente de trabajo, razonando el TTSS que la presunción de laboralidad no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del art. 115.2 f LGSS, como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y ésta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 115.3 LGSS y no puede quedar excluida sólo por la prueba de que la enfermedad ya se padecía antes, y aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.

La presunción de laboralidad concurre en el presente caso, en que el “accidente” se ha producido en tiempo y lugar de trabajo. En cuanto al lugar de trabajo, porque el óbito se produjo dentro del camión mientras el trabajador dormía, y

en cuanto al tiempo de trabajo, atendiendo a las circunstancias concretas del trabajo encomendado el trabajador fallecido, no puede calificarse como tiempo de descanso.

Cierto y ello no es controvertido, que los conductores de camión, dentro de la normativa reguladora de la actividad tienen la obligación de descansar cada determinado número de horas o km recorridos, de manera que han de parar el vehículo durante el periodo fijado. Ese descanso preceptivo tiene como finalidad, que no se conduzca durante tiempo excesivo para evitar accidentes. Ahora bien, es cierto que ese descanso puede realizarse dentro o fuera del camión, pudiéndose optar por dormir en el camión, pero no se puede obviar que es frecuente que el trabajador pernocte en el vehículo con la intención además de descansar, de vigilancia, tanto del vehículo como de la propia mercancía, por lo que en realidad nos encontramos un lapso temporal de presencia, pues aunque no se presta trabajo efectivo de conducción, se está realizando servicio de guardia y vigilancia dentro del camión, sin que se desvirtúe por ello el nexo causal exigido.

En tercer lugar nos encontramos un trabajador, que prestaba sus servicios como viajante, se encontraba en viaje de negocios por cuenta de la empresa en Marrakech, sufriendo un infarto agudo de miocardio sobre las cinco horas, mientras descansaba en un hotel, a consecuencia del cual, falleció.

Considera el TTSS que en el caso examinado la lesión se ha producido durante el tiempo de descanso; un descanso que, por exigencias del tipo de trabajo, ocurre fuera del ámbito privado normal del trabajador, pero que no se confunde con el tiempo de trabajo en ninguna de sus acepciones y que, por tanto, no queda comprendido en la presunción del art. 115.3 LGSS; presunción que se funda en juicio de estimación de la probabilidad de que una lesión se produce durante el tiempo y lugar de trabajo se deba a la actividad laboral, lo que obvia-

mente no sucede cuando el trabajador fuera de la jornada laboral se encuentra descansando en un hotel.

Tampoco cabe encuadrar el supuesto en el accidente in itinere en el sentido de que la lesión se produce cuando el trabajador estaba regresando a su domicilio. No es así, en primer lugar, porque la lesión no tiene lugar en el trayecto, sino en el hotel durante el descanso; tampoco el punto de llegada es el domicilio del trabajador y por último no se ha producido un accidente, sino una enfermedad, que es ajena al supuesto del art. 115.2 a) LGSS, como tiene declarado reiteradamente esta sala en numerosas sentencias.

De acuerdo con los criterios de esta sala, cabe destacar dos aspectos que impiden atribuir la naturaleza de accidente de trabajo a lo sucedido al causante. De una parte el fallecimiento se produce fuera de horas y de lugar de trabajo entendiendo por éste el que circunstancialmente venga determinado por las gestiones a realizar al tratarse de un viajante, y de otra, el fallecimiento se debe a un infarto de miocardio, lo que extrae el factor causante del accidente en sentido estricto cuando no concurren en hora y lugar de trabajo.

“IN ITINERE”

Se han encontrado 2 sentencias con la situación del trabajador “in itinere”. Es aquel que sufre el trabajador/a al ir al trabajo o al volver de éste.

En las 2 sentencias encontradas el TTSS hace le mismo razonamiento para no declararlos accidente de trabajo.

La doctrina de esta sala sobre la cuestión debatida ha sido ya unificada en diferentes sentencias que establecen:

1. La presunción de laboralidad del accidente o dolencia de trabajo establecida en el art. 84.3 LGSS del año 74, y en el art. 115.3 LGSS del 94 y actual, sólo alcanza a los accidentes acaecidos en el tiempo y en el lugar de trabajo, pero no a los ocurridos en el trayecto de ida al trabajo o vuelta del mismo y

2. La asimilación a accidente de trabajo sufrido “in itinere” se limita a los accidentes en sentido estricto, esto es, a las lesiones súbitas y violentas producidas por un agente externo y no a las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y manera manifestación.

TRABAJADORES CON FACTORES DE RIESGO CARDIOVASCULARES

Encontramos 3 casos en los que los trabajadores tienen factores de riesgos cardiovasculares, y los tres han sido declarados accidente de trabajo.

En primer lugar, trabajador que sufre una crisis cardíaca con resultado de fallecimiento cuando se encuentra en el domicilio del gerente, al que había ido a

requerimiento de éste. La sentencia combatida no cuestiona el tiempo y lugar de trabajo ejecutado por el trabajador en cumplimiento de órdenes del empresario o en interés del buen funcionamiento de la empresa.

La sentencia recurrida deniega la prestación, razonando que la causa de la muerte, dado los antecedentes del trabajador, fumador de puros, bebedor de alcohol moderado y aquejado de hipertensión arterial sin tratamiento, no guarda relación con el trabajo.

Viene el TTSS a decir que dicha tesis no puede ser compartida por la Sala. Cualquier lesión como las indicadas aunque tenga una etiología común, pueden estar en su desencadenamiento relacionadas casualmente con el trabajo, y el hecho de que exista con anterioridad la dolencia no excluye la actuación del trabajo como factor desencadenante. El hecho de presentar el lesionado antecedentes de riesgo, son situaciones frecuentísimas en personas de determinada edad, constituyendo simplemente factores de riesgo que no impedían al trabajador sus tareas y la presunción de laboralidad.

El segundo caso, trabajador mecánico que se encuentra en el túnel de reparaciones de vehículos, el cual sufre un IAM. El actor había sido objeto de revisiones periódicas por los servicios médicos de la mutua, consignándose en los informes una obesidad de grado II, asociada a hipercolesterolemia y siendo declarado apto para su trabajo. El informe fechado el 12 de enero de 2.004 hizo constar que *“se encuentra bien y cree que su estado de salud es satisfactorio. Ninguna molestia subjetiva ni objetiva”*.

En el tercer caso, trabajador que sufre un dolor torácico desde hace un año sin relación con el esfuerzo, que sufre un episodio de dolor torácico opresivo durante quince minutos, entre otros síntomas, y encontrándose en su puesto de trabajo desempeñando su labor, sufrió otro lo que le llevó a consultar al médico

de la empresa que decidió derivarlo al hospital apreciándose infarto lateral. Pues bien en el segundo y tercer caso, coincide el TTSS estableciendo que;

1. La presunción del art. 115.3 LGSS se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones vitales que pueden surgir en el trabajo.

2. Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en tiempo y lugar de prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de la relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.

3. La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubiera presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones.

Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del art. 115.2.f) LGSS como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 115.3 LGSS y no puede quedar excluida sólo por la prueba de que la enfermedad ya se padecía antes; pues aunque así lo fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.

Por lo que debe ser considerado como accidente de trabajo.

INICIO DE LOS SINTOMAS. LUGAR Y TIEMPO DE TRABAJO

Encontramos 5 episodios con esta situación, en el que 4 han sido declarados accidente de trabajo y uno no.

En primer lugar, trabajador que durante el transcurso de su trabajo empezó a sentirse indispuesto, lo trasladan a la sede de la empresa, el encargado se ofrece a llamar a una ambulancia, llevarlo al hospital, o en su caso, que se marchara al médico en su vehículo, optando el trabajador por esta última opción. Posteriormente, se encontró al trabajador fallecido en el interior de su vehículo, que se encontraba aparcado en las inmediaciones de la empresa.

El TTSS establece que:

1. La presunción del art. 84.3 de la LGSS del 74, hoy 115.3 LGSS vigente, se aplica no sólo a los accidentes, sino también a las enfermedades que se manifiestan durante el trabajo.

2. Para excluir esa presunción se requiere prueba en contrario que evidencie de manera inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad y para ello es preciso que se trate de enfermedades que “no sean susceptibles de una etiología laboral o que esa etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario”, precisándose a estos efectos que, en principio, “no es descartable una influencia de los factores laborales en la formación del desencadenamiento de una crisis cardíaca”.

Hay que concluir, por tanto, que al presente caso se aplica plenamente la presunción de laboralidad y que ésta desplaza la exigencia de la exclusividad del apartado e) del art. 115.2 LGSS. Por otra parte, no concurre ninguna circunstancia que permita desvirtuar los efectos que se derivan de la presunción, pues,

como ya se ha dicho, las lesiones cardíacas no son por sí mismas extrañas a las relaciones causales de carácter laboral, y en el presente caso no hay prueba directa alguna que pueda excluir esa, estamos, en definitiva ante un infarto producido en tiempo y lugar de trabajo.

En segundo lugar, una trabajadora que sufre un episodio de taquicardia durante su prestación asistencial en la UBE de hemodiálisis, el TTSS considera que ha venido dando el carácter de accidente al considerar que el art. 115.3 de la LGSS establece la presunción que requiere la prueba en contrario evidenciadora en forma inequívoca de la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad y para ello es preciso que se trate de enfermedades que *“no sean susceptibles de una etiología laboral o principio, no es descontable una influencia de los factores laborales en la formación o desencadenamiento de una crisis cardíaca de taquicardia como la sufrida por la demandante.”*

En tercer lugar se trata de un médico pediatra que en el centro de trabajo presenta dolor en pierna derecha con edema. Al salir del servicio tiene dolor en la pierna y cojera, transcurrido el fin de semana acude a urgencias el lunes con dolor, hinchazón, impotencia funcional y cianosis en ambos miembros.

Establece el TTSS que si se tratara de un accidente de trabajo propio no habría problema alguno en aplicar la presunción de laboralidad, y tampoco habría problema en no aplicarla si al actor le hubiera derivado la situación de invalidez permanente de una enfermedad que nada tuviera que ver con la realización del trabajo, pero el actor en estas actuaciones sufrió una “trombosis venosa” o sea una afección de naturaleza vascular que por su propia etiología tiene mucho que ver con el sedentarismo propio de la función médica del actor y con la tensión que el trato con pacientes durante horas le puede producir, o, por lo menos no es de las que *“a priori”* puedan descartarse como enfermedades ajenas a un origen laboral.

Se trata en definitiva de una enfermedad que manifestada en tiempo y lugar de trabajo, debe calificarse de enfermedad de trabajo y beneficiada también de la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS, como ésta sala tiene reiteradamente dicho desde tiempo inveterado.

En cuarto lugar nos encontramos un encargado de obra que una vez llegado a su puesto de trabajo, donde, sin haber empezado la jornada laboral, se siente enfermo y es trasladado a su domicilio.

Debe decidirse en primer lugar, si concurre o no el segundo de los requisitos del art. 115.3 LGSS para calificar la enfermedad como accidente de trabajo, esto es, que aquella se produzca no sólo en el lugar de trabajo, sino también en el tiempo de trabajo y en este sentido estableciendo el art. 34.5 ET, que el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo, la conclusión que se extrae, a la vista de los hechos probados, es que el trabajador, cuando se sintió mal no estaba en tiempo de trabajo, faltando como acertadamente razona la sentencia recurrida el segundo de los requisitos para que opere la presunción del art. 115.3 LGSS; pero es más en los hechos probados consta como tal, que del informe de la autopsia resultó que la muerte se produjo por causas naturales lo que descarta la naturaleza laboral del fallecimiento.

Tampoco la parte actora ha practicado prueba que acredite en qué lugar del trabajo se encontraba cuando se sintió mal, hora en que sintió enfermo u otras circunstancias que permitieran estimar, que aunque no se tratase del tiempo de trabajo, la actividad ejercitada previamente a este, pudo ser desencadenante de la enfermedad, por tratarse de tiempo de preparación para el trabajo, no pudiendo, por tanto operar la presunción del art. 115.3 LGSS.

En quinto lugar nos encontramos un trabajador que se encontraba entregando

material necesario para la obra, sobre las 7:00 horas, y al encontrarse mal con sudoración y malestar general, tras dicha visita, en lugar de continuar con la siguiente visita, se dirigió al hospital donde ingresó. Presentaba dolor de tipo anginoso de pequeño esfuerzo con cortejo vegetativo, desde las 6:00 horas. Tras las pruebas médicas se diagnóstica que el IAM se produjo entre las 6:00 y 8:00 horas de ese día.

Establece el TTSS que, la presunción del art. 84.3 LGSS del 74 se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que puedan surgir en el trabajo y que para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza excluya la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.

La presunción de laboralidad no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padecía la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología de este tipo de lesiones, sino su actuación en el marco del art. 84.2 f) como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción y no puede quedar excluida por la prueba de que la enfermedad se padecía ya, pues, aunque sea así, es la crisis la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.

6. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES.

6.1 Discusión.

En el caso de los trabajadores que se encuentran en situación de guardia localizada, considera el TTSS que en caso de sufrir un IAM éste no es considerado accidente de trabajo, pues el trabajador si tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica por sí solo el desarrollo de ningún trabajo, pero aunque no implique ningún desarrollo de trabajo propiamente dicho, el trabajador si se encuentra a la espera de un requerimiento por parte de la empresa para prestar dichos servicios, por lo que éste tiempo debería ser considerado tiempo de trabajo y ser la calificación del IAM como accidente de trabajo. En este caso, nuestros resultados coinciden plenamente con los publicados por (Sánchez Pérez, 2013)

Dice el TTSS que si la dolencia cardíaca hubiera sobrevenido cuando hubiera sido requerido para prestar sus servicios, es decir, si el trabajador se hubiera encontrado prestando servicios se habría considerado AT.

Entendemos por tanto que la diferencia entre la calificación como accidente o no de trabajo del IAM depende de que se haya producido un requerimiento del trabajador para prestar servicios, quedando así éste “desprotegido” en la calificación del episodio cardiovascular durante el tiempo restante de su situación.

En la situación en que el trabajador se encuentre cambiándose de ropa en los vestuarios -para iniciar o finalizar la jornada- si bien si es considerado lugar de trabajo, está claro para el Alto Tribunal que el trabajador no se encuentra en tiempo de trabajo, ya que éste está referido a la necesidad de que el operario se encuentre en su puesto, en el que se presume que ha comenzado a realizar alguna actividad -física o intelectual-.

Sin embargo en el caso del trabajador que se encontraba poniéndose los epí's en los vestuarios, -sin que conste que haya realizado ninguna actividad física o intelectual- si es considerado accidente de trabajo, ya que dichos epí's eran obligatorios para el desempeño de su actividad, por lo que se puede establecer y entender que el uso de ropa de trabajo o uniforme, obligatorio en muchos casos, si bien no es un elemento de protección si es necesario para el trabajo, por lo que la diferencia entre un supuesto y otro no resulta tan clara como la establece el razonamiento del TTSS.

Idénticas apreciaciones encontramos en (Sánchez Pérez, 2013)

Consta también que el trabajador ya había fichado, por lo que en caso de que la empresa no disponga de sistema de control de fichaje para los empleados, será más complicada la declaración de dicho infarto como accidente de trabajo, por no disponer la empresa de un sistema de control del personal, hecho que está fuera del alcance del trabajador pero que si le perjudica claramente en el caso comentado.

En los casos de los accidentes ocurrido "*in misión*", no se establece por parte del TTSS una línea clara a la hora de emitir sentencias en este sentido.

Siendo estos resultados y conclusiones idénticos a (Sánchez Pérez, 2013) (Remigia Pellicer, 2002)

En el primer lugar –conductor de autobús, fallece cuando se encuentra descansado en un hotel en Londres- destacar que la sentencia establece textualmente "*...es evidente que el mal sobreviene fuera de sus horas de trabajo, pero cuando permanece bajo la dependencia de la empresa, cuya organización y prestación de servicios impide al trabajador reintegrarse a su vida privada, al domicilio familiar y a la libre disposición de su propia vida...*"

En el tercer caso analizado –un viajante, que se encontraba prestando sus servicios en Marrakech, fallece en el hotel en el que descansa- el TTSS establece, también textualmente “*..la lesión se ha producido durante tiempo de descanso; un descanso que, por exigencias del tipo de trabajo, ocurre fuera del ámbito privado normal del trabajador, pero que no se confunde con el tiempo de trabajo en ninguna de sus acepciones y que, por tanto, no queda comprendido en la presunción del art. 115.3 LGSS...*”

En el caso del viajante, por el trabajo desempeñado en sí y por la organización y prestación de servicios impide al trabajador reintegrarse a su vida privada, al igual que le ocurre al conductor del camión.

Es evidente que ante dos situaciones sustancialmente idénticas el alto tribunal –trabajadores que por causa de su trabajo, tienen que dormir fuera de su domicilio- establece dos posturas totalmente contrapuestas y diferentes.

Razonamiento distinto al que alude el tribunal a la hora de la calificación de accidente de trabajo del conductor de camión que duerme en la cabina, ya que basa su postura en que el trabajador aparte de realizar el obligatorio descanso establecido para dichos trabajadores también realiza la función de vigilancia del vehículo y de la mercancía y que el tiempo, no puede ser considerado de descanso.

Sin embargo también hace referencia a que el trabajador no puede volver a su domicilio, hecho que en el caso del viajante no es tenido en cuenta.

En los casos en el que el trabajador es conductor de camión o autobús la calificación es la misma, accidente de trabajo. Sin embargo si se trata de otra profesión la calificación recae opuestamente, aunque el óbito se haya producido en las mismas circunstancias.

Sería interesante analizar de forma exclusiva y exhaustiva más casos con los mismos componentes e intentar establecer con respecto a ello.

En los accidentes “*in itinere*” el TTSS sigue una línea doctrinal bastante consolidada a la hora de no calificar los episodios cardiovasculares ocurridos como accidente de trabajo. En el mismo sentido se pronuncian (Sánchez Pérez, 2013) (Remigia Pellicer, 2002)

Surge la duda de por qué un accidente de tráfico, que se produce en el trayecto de ida o vuelta se considera accidente de trabajo y el IAM ocurrido en el mismo trayecto no, si éste como bien hemos visto antes es una lesión que sufre el trabajador, máxime cuando se ha producido una ampliación jurisprudencial por parte del Alto Tribunal en la ampliación del concepto del accidente “*in itinere*” incluyendo aquellos casos supuestos en los que el trabajador tiene que desplazarse desde su domicilio familiar hasta su lugar de residencia habitual por razones laborales.

La singularidad del infarto deriva de su dualidad en cuanto a proceso patológico morboso, o accidente en sentido estricto en cuanto derivado o gravado por agente lesivo externo pudiendo este calificarse de accidente de trabajo si ocurre “*in itinere*”.

La causalidad del accidente “*in itinere*” se presenta pues de una forma mediata o remota. No es el ejercicio de la profesión el detonante de los daños, sino algún otro factor o agente externo incidente en el desplazamiento hasta o desde el lugar de trabajo. Este recorrido se conceptúa como un acto imprescindible para el cumplimiento de la prestación de servicios a que el trabajador se obliga en virtud del contrato, de modo que el siniestro no se habría producido de no pesar sobre el trabajador la obligación de realizar dicho desplazamiento. Sin embargo, este fundamento del accidente “*in itinere*” no es válido para aquellos casos

en los que el infarto tenga su causa en factores endógenos o internos, pues en estos supuestos, no son agentes externos presentes durante el trayecto los que causan el accidente, de tal manera que de no haber realizado el trayecto éste se hubiera evitado, sino factores internos que se manifiestan con independencia del trayecto, pudiendo haber ocurrido el accidente en cualquier lugar.

Sería por tanto conveniente establecer medicamente, si es posible, que factor ha desencadenado el IAM y así proceder a su calificación.

En cuanto a trabajadores que tienen factores de riesgo cardiovasculares, teniendo en cuenta los datos analizados existe unanimidad a la hora de ser declarado como accidente de trabajo los IAM sufridos por los trabajadores que padecen factores de riesgos cardiovasculares, no siendo éstos impedimentos en la calificación como tal. Siendo estos resultados y conclusiones idénticos a (Sánchez Pérez, 2013) (Remigia Pellicer, 2002)

Aunque en un principio existía falta de unanimidad de criterio, en la actualidad la jurisprudencia es clara al respecto, basándose en el art. 115.3 LGSS. (Remigia Pellicer, 2002)

Por lo que cabe plantear si bien no se debería vigilar más estos factores desde el punto de vista médico- preventivo, y por lo tanto si es obligatorio el uso de determinados epi's, equipos de protección colectivas, marcado CE, mediciones higiénicas, etc... que fuese también obligatorio, por parte de los servicios de vigilancia de la salud, el seguimiento y control de determinados factores de riesgos en la aparición de infarto de miocardio, por lo tanto establecerse en las planificaciones anuales preventivas. Si es considerado accidente de trabajo, su prevención debe ser tal.

En los casos analizados teniendo en cuenta el lugar y tiempo de trabajo en el inicio de los síntomas del IAM, se establece de forma general que si los síntomas se producen en tiempo y lugar de trabajo, aunque el IAM se produzca posteriormente, cuando ha acabado la jornada laboral habiendo mediado incluso un fin de semana o fallece el trabajador en el interior del vehículo en las inmediaciones de la empresa. Siendo estos resultados y conclusiones idénticos a (Sánchez Pérez, 2013) (Remigia Pellicer, 2002)

Sólo un caso de ellos no ha sido considerado como accidente de trabajo, por la única salvedad que el trabajador en lugar de comenzar su jornada de trabajo al sentirse indispuerto encontrándose ya en el puesto de trabajo, decidió dirigirse hacia su casa en lugar de comenzar a trabajar, esa es la única diferencia con otro caso idéntico en la que el trabajador si comienza a trabajar, y por lo tanto se le da la calificación de accidente de trabajo.

Cabe plantear, en primer lugar, si tan sólo el hecho de empezar o no la jornada de trabajo debe ser el punto que marque la calificación del accidente como laboral o no, por lo que se debería estudiar y profundizar más esta cuestión.

Y, en segundo lugar, establecer cuando se considera que se inicia el IAM y en qué circunstancias y lugar.

Como apunta (Sánchez Pérez, 2013) al señalar que aunque los medios de pruebas objetivos que permiten destruir la presunción de laboralidad son prácticamente inexistentes, hay un modo de prueba objetivo que permite situar la hora en que se produce el infarto, siempre que se produzca ingreso hospitalario y con él los habituales análisis de sangre. Si con el primer análisis de sangre se detecta que el nivel de isoenzimas CPK se encuentra elevado, podremos saber que el infarto se ha producido a menos cuatro horas antes del citado análisis.

6.2 Conclusiones

1. El IAM sufrido por trabajadores que se encuentren en situación de guardia localizada no tienen la consideración de accidente de trabajo en ninguno de los casos analizados
2. Si los trabajadores se encuentran en los vestuarios de la empresa en caso de IAM antes de iniciar la jornada de trabajo no tiene la consideración de accidente de trabajo, salvo que haya circunstancias muy concretas en el caso en cuestión.
3. Si el trabajador se encuentra “*in misión*” no se ha encontrado un criterio claro.
4. El IAM sufrido por trabajadores “*in itinere*” no se considera accidente de trabajo.
5. La existencia de factores de riesgo cardiovasculares en los trabajadores no impide la calificación del IAM como accidente de trabajo.
6. Si el inicio de los síntomas del episodio cardiovascular se produce en tiempo y lugar de trabajo, aunque el IAM propiamente dicho se produzca posteriormente incluso acabada la jornada de trabajo, es considerado accidente de trabajo en los casos analizados.
7. La sala IV de lo Social del Tribunal Supremo intenta mantener una línea jurisprudencial y doctrinal, en aras a la seguridad jurídica del trabajador, pero debido a la gran diversidad de situaciones en las que puede encontrarse un trabajador y distinta casuística e interpretaciones a la hora de sufrir un IAM y matizaciones que realiza el Alto Tribunal, podemos decir que no se ha podido establecer un criterio generalista –exceptuando algunas situaciones como por ejemplo el “*in itinere*”- en la calificación de los IAM como accidentes de trabajo, como lo demuestran la cantidad de recursos en unificación de doctrina y sentencias emitidas al efecto.

7. BIBLIOGRAFIA

Fernández Bermúdez, Juan. (1997). “*El infarto de miocardio como accidente de trabajo*” AL, núm. 36.

Martínez Barroso, M^a de los Reyes. (2004). *Las enfermedades asimiladas al accidente de trabajo en la doctrina de los tribunales.* Valencia. Colección Foro de Derecho Social.

Martínez Barroso, M^a de los Reyes. (2002). *Las enfermedades del trabajo.* Valencia. Tirant lo Blanch.

Sánchez Pérez, José. (2013). *Murcia. La configuración jurídica del accidente de trabajo.* Ediciones Laborum.

Remigia Pellicer, Vte. David. (2002). *Infarto y accidente de trabajo.* Valencia. Tirant lo Blanch.

Legislación y otras publicaciones

Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, *relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.* Diario Oficial n° L 299 de 18/11/2003 p. 0009 - 0019.

Ley 31/1995, de 8 Noviembre, *de Prevención de Riesgos Laborales,* (BOE núm. 269 de 10 de Noviembre de 1995).

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Ley de 30 de Enero de 1900, de accidentes de trabajo. (Gaceta 31 Enero).

Sentencia del Tribunal Supremo 99/1903.

El concepto de accidente de trabajo

D. Manuel Alonso Olea. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/683/18.pdf>

-El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de Enero de 1900

D. Manuel Alonso Olea. <http://www.racmyp.es/docs/anales/A77/A77-28.pdf>

Páginas web

Consejo General del Poder Judicial.

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial

El Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (ISTAS).

<http://www.istas.net/web/index.asp?idpagina=1235>

<http://www.istas.net/web/index.asp?idpagina=2390>

Fundación Española del Corazón.

<http://www.fundaciondelcorazon.com/informacion-para-pacientes/enfermedades-cardiovasculares/muerte-subita.html>

Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

<http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/ErgaNoticias/Ficheros/2009/Erga%20Noticias%20108.pdf>

Revista gestión práctica de riesgos laborales.

[http://riesgoslaborales.wke.es/noticias_base/seccion/jurisprudencia/](http://riesgoslaborales.wke.es/noticias_base/seccion/jurisprudencia/interpretaci%C3%B3n-del-concepto-de-accidente-de-trabajo-por-el-tribunal-supremo)

[interpretaci%C3%B3n-del-concepto-de-accidente-de-trabajo-por-el-tribunal-supremo](http://riesgoslaborales.wke.es/articulos/el-infarto-de-miocardio-in-itinereaccidente-de-trabajo-o-no)

<http://riesgoslaborales.wke.es/articulos/el-infarto-de-miocardio-in-itinereaccidente-de-trabajo-o-no>

Sentencias Analizadas

STS 802/2001

STS 5714/2006

STS 7513/2010

STS 3040/2001

STS 7925/2006

STS 2670/2012

STS 7092/2001

STS 8213/2006

STS 7245/2012

STS 5997/2003

STS 4707/2007

STS 6543/2013

STS 6109/2003

STS 7119/2007

STS 6252/2003

STS 6807/2009

STS 7888/2003

STS 6971/2009

STS 4668/2004

STS 3802/2010

STS 7903/2005

STS 4792/2010



CURRÍCULUM VITAE Enrique Arias García

Experiencia profesional

Asistente en el Departamento Nacional Laboral de PwC, diciembre 2013 – actualmente.

Abogado en el Departamento Laboral de Cremades & Calvo Sotelo Abogados (fusión en octubre de 2013 con Irwin Mitchell abogados), diciembre 2011 – diciembre 2013.

Abogado en el Departamento de Forensic & Legal services en Écija abogados, abril – mayo 2011.

Abogado en Del Álamo abogados, diciembre 2010 – abril 2011.

Becario en departamento jurídico-laboral de Grupo Isolux Corsán, marzo-noviembre 2010.

Becario en el departamento jurídico de Constructora Hispánica, junio – julio 2009.

Prácticas profesionales en el Despacho jurídico Gil-Robles, febrero – junio 2009.

CURRÍCULUM VITAE

Enrique Arias García

Formación académica

Doble Licenciatura en Derecho y Periodismo (2004-2011) en la Universidad Carlos III de Madrid.

Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid – Curso Superior de Derecho del Trabajo (2010-2011).

Master Oficial – Posgrado en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid (2009).

Realizados cursos de doctorando, pendiente finalización de tesina.

Formación extracurricular

1er Premio en el III Certamen Jóvenes Laboralistas Malagueños otorgado por el Colegio de Graduados Sociales de Málaga, noviembre 2013, por la obra “La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la reducción de jornada en un contrato a tiempo completo”.

Publicaciones y ponencias

Bullying and harassing in the workplace - British Spanish Law Association (Conferencia Mayo 2014).

La gestión de RR.HH. en el Convenio Colectivo de la Producción Audiovisual – Revista Cine y Tele (junio 2011).

El contrato fijo-discontinuo en el Convenio Colectivo de la Producción Audiovisual – Revista Fiscal-Laboral al día (nº 197, julio-agosto 2011).

Curso Superior de Derecho Concursal FIDE – Aspectos laborales del concurso de acreedores (marzo – mayo 2012).

First Certificate in English (mayo 2011).

Curso de Inmersión Lingüística, Upper-Intermediate, en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (marzo 2010, diciembre 2010 y agosto 2011).

Certificate of Studies EC at Sliema-Malta, Upper-Intermediate-B2 (julio - agosto 2007).

Otros

Colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (nº 87893).

Licencia de conducción B2.



CURRÍCULUM VITAE Francisco Vigo Serralvo

Fecha de nacimiento: 14-03-1990 en Vélez-Málaga

Formación

2009-2012 Diplomatura en Relaciones Laborales por la Universidad de Málaga

2011-2015 Grado en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (U.N.E.D)

2012-2014 Curso de adaptación al Grado en Relaciones Laborales por la Universidad de Málaga

2013-2014 Curso Aula Práctica del Excmo. Colegios de Graduados Sociales de Málaga y Melilla

2014-2015 Máster en Derechos Humanos Conflictos y Cultura de Paz por la Universidad de Málaga

Trayectoria Profesional

Actualmente realizando pasantía en despacho de abogados Maireles & Asociados



CURRÍCULUM VITAE

Mª del Carmen Macías García

Mª del Carmen Macías García (Málaga), Diplomada en Relaciones Laborales (1.999) y Licenciada en Ciencias del Trabajo (2.012) por la Universidad de Málaga.

Asimismo es Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales con las tres disciplinas técnicas (seguridad en el trabajo, higiene industrial y ergonomía y psicología aplicada) obtenido en virtud del Reglamento de los Servicios de Prevención. No obstante su pasión por la prevención la hizo cursar el Master Oficial en Prevención de Riesgos Laborales en la Universidad de Málaga, dotado de suficiencia investigadora y con acceso a programa de doctorado.

Ha realizado diversos cursos de especialización tales como “*Perito Judicial en PRL*”, experta en “*Planes de Emergencias y Autoprotección*”, “*Auditora de Sistemas de Gestión de PRL*”, y asistido a seminarios y jornadas como “*Apuntes sobre el futuro de la salud laboral*”, “*Principios básicos de la responsabilidad en materia de PRL*”, “*Marcado y*

CURRÍCULUM VITAE

M^a del Carmen Macías García

selección de equipos ATEX”, “Auditoría técnica de seguridad en instalaciones industriales”, entre otros.

También posee el Certificado de Aptitud Pedagógica (C.A.P.) habilitante para la docencia.

En el campo profesional ha trabajado tanto en el ámbito de las relaciones laborales, como en el de la prevención, desarrollando su actividad en proyectos tan importantes como la construcción de la Estación de AVE de Antequera (Málaga), y servicios de mantenimiento de Parques y Jardines del Ayuntamiento de Málaga, Jardín Tropical de Atocha de Madrid, así como la recogida de Residuos Sólidos Urbanos en Vélez-Málaga.

Actualmente se encuentra realizando su Tesis Doctoral.

En Noviembre de 2.014 obtiene el segundo premio del IV Certamen de Jóvenes Laboralistas Malagueños, fallado por el Excelentísimo Colegio Oficial de Graduados Sociales de Málaga y Melilla por la obra titulada “*Del infarto de miocardio al accidente de trabajo*”.

EPÍLOGO

Una vez más, y ya van tres con la presente, la Asociación Profesional de la Magistratura se une con el Excmo. Colegio de Graduados Sociales de Málaga y Melilla en un proyecto ilusionante cual es el estudio, desde una perspectiva práctica, del Derecho y la realidad social.

La aplicación del ordenamiento, en todas sus vertientes, conlleva como paso previo y necesario el análisis de las distintas situaciones a las que se puede enfrentar el operador jurídico en orden a dar una cumplida respuesta a las mismas. Ello no será posible sin una base teórica sólida, arraigada y bien estructurada; lograr esta meta es lo que pretende la presente iniciativa.

En cualquier rama del Derecho lo anteriormente afirmado no admitiría discusión pero en el Ordenamiento del Trabajo se convierte en verdad irrefutable. Y ello porque a nadie escapa la continua adaptación a la realidad social de la materia legislativa que nos ocupa.

“Jóvenes Laboralistas Malagueños” nació con esa idea, la de promocionar la formación e investigación entre los profesionales noveles y qué mejor manera de hacerlo que galardonar aquellos estudios que, planteándose las preguntas teóricas, ofrecieran soluciones prácticas adecuadas y acordes con el ordenamiento. En definitiva, en eso consiste la aplicación del Derecho.

La Asociación Profesional de la Magistratura no puede más que expresar su satisfacción y orgullo por la participación en este proyecto ya consolidado y anunciar su voluntad de seguir haciéndolo en el futuro.

Sin más, invitamos a los lectores a que disfruten de la calidad de los trabajos premiados y a que, los mismos, abran una puerta a la reflexión y sirvan de estímulo a futuros estudios tan bien estructurados y documentados como los que nos ocupan.

Francisco Ontiveros Rodríguez

Magistrado Juez de lo Penal N°8 de Málaga.

Delegado Provincial de la APM.

JÓVENES **LABORALISTAS** **MALAGUEÑOS** ^{3ª y 4ª} EDICIÓN

ÍNDICE

- 5 PRÓLOGO**
Francisco Javier Vela Torres
- 10 PRÓLOGO**
Andrés Cabezas Quero
- 12 PRÓLOGO**
Antonio Valero González
- 14 ACTA JURADO III CERTAMEN**
- 16 ACTA JURADO IV CERTAMEN**
- 19 PRIMER PREMIO III CERTAMEN**
Enrique Arias García
- 65 PRIMER PREMIO IV CERTAMEN**
Francisco Vigo Serralvo
- 153 SEGUNDO PREMIO IV CERTAMEN**
M^a del Carmen Macías García
- 197 CURRÍCULUM VITAE**
Enrique Arias García
- 201 CURRÍCULUM VITAE**
Francisco Vigo Serralvo
- 203 CURRÍCULUM VITAE**
M^a del Carmen Macías García
- 207 EPÍLOGO**
Francisco Ontiveros Rodríguez

