

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

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

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

M^a Dolores Ramírez Bendala (Dir.)

Autores:

Dolores Carrascosa Bermejo

Ana M^a Chocrón Giráldez

Eduardo González Biedma

M^a Teresa Igartua Miró

Teresa Meana Cubero

José Joaquín Pérez-Beneyto Abad

M^a Dolores Ramírez Bendala

Fuencisla Rubio Velasco

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Andrés Ramón Trillo García

M^a Teresa Velasco Portero



EDICIONES LABORUM



Ediciones Laborum

Francisco Ortiz Castillo

Director editorial

Comité científico:

Antonio Ojeda Avilés

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Carlos García de Cortázar Y Nebreda

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

Miguel Cardenal Carro

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Andrés Rodríguez Benot

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Daniel I. García San José

Profesor Titular de Derecho Internacional Público

1.^a Edición Ediciones Laborum S.L. 2015

Copyright © de la edición, Ediciones Laborum, 2015

Copyright © del texto, sus respectivos autores, 2015

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

ISBN: 978-84-92602-92-6

Depósito Legal: MU 1028-2015

Impreso en España - Printed in Spain

*A nuestra amiga y compañera
Esperanza Roales Paniagua*

Índice

PRESENTACIÓN.....	9
BUENAS PRÁCTICAS RESPECTO DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES FRONTERIZOS EN LOS REGLAMENTOS DE COORDINACIÓN DE LA UE.....	11
<i>Dolores Carrascosa Bermejo</i>	
COMPROMISO DE ACTIVIDAD, BÚSQUEDA DE EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA Y PROTECCIÓN POR DESEMPLEO.....	39
<i>Andrés Ramón Trillo García</i>	
LA EXPORTACIÓN DE LA RENTA ACTIVA DE INSERCIÓN ¿BUENA PRÁCTICA LEGISLATIVA?	65
<i>Cristina Sánchez-Rodas Navarro</i>	
ASPECTOS PUNTUALES DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.....	95
<i>Fuencisla Rubio Velasco</i>	
ANÁLISIS DE SISTEMAS DE RENTAS MÍNIMAS AUTONÓMICOS: DIVERGENCIAS Y CONFLUENCIAS.....	111
<i>M^a Dolores Ramírez Bendala</i>	
OBESIDAD, DISCAPACIDAD Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	135
<i>José Joaquín Pérez-Beneyto Abad</i>	

BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO PARA FOMENTAR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN LA EMPRESA.....	153
<i>M^a Teresa Velasco Portero</i>	
LA DEMANDA DE MEDIDAS PROVISIONALES ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	181
<i>Ana María Chocrón Giráldez</i>	
LAS TASAS JUDICIALES Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA..	201
<i>Teresa Meana Cubero</i>	
NUEVAS TENDENCIAS EN SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: BUENAS PRÁCTICAS <i>VERSUS</i> APLICACIÓN MERAMENTE FORMAL DE LA NORMA JURÍDICA.....	217
<i>María Teresa Igartua Miró</i>	
“BUENAS PRÁCTICAS” Y CRISIS DE LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO LABORAL.....	239
<i>Eduardo González Biedma</i>	

Presentación

Por tercer año consecutivo la labor de un grupo de investigadores y expertos profesionales da su fruto haciendo posible la publicación de este libro, recopilatorio de las distintas aportaciones realizadas por cada uno de sus integrantes, y sin cuya colaboración y esfuerzo no hubiera sido factible el desarrollo del “III Congreso Nacional sobre Buenas Prácticas Jurídico-Procesales para Reducir el Gasto Social”, celebrado el día 24 de septiembre de 2015, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

Con objeto de conmemorar el 30 aniversario del ingreso de España en la UE, el “leitmotiv” de este Congreso, gira en torno a las Buenas Prácticas Jurídicas en el Derecho de la Unión Europea, así como su implementación en la legislación y práctica jurídica española. Las aportaciones que cada uno de los autores realizan en este libro, suponen su contribución en la construcción de un modelo europeo cohesionado económica, social y territorialmente. Se abordan, desde distintas disciplinas, temáticas relativas al ámbito europeo y nacional, que intentan aportar modelos de buenas prácticas relacionadas con la materia objeto de estudio, con la finalidad de alcanzar un objetivo social efectivo y coherente.

Manifiesto mi agradecimiento a las personas que han colaborado en la realización de este trabajo, y en especial a la Prof^a. Dra. Cristina Sánchez-Rodas Navarro, Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Sevilla e investigadora principal del Proyecto I+D DER 2012-32111, que con su confianza y entusiasmo me ha involucrado en la labor de dirección de esta obra.

Agradecimiento que hago extensivo a la editorial Laborum S.L. y a su director D. Francisco Ortiz Castillo, por el apoyo que su labor supone para los autores.

M^a Dolores Ramírez Bendala
Sevilla, Septiembre de 2015

Buenas prácticas respecto de la protección por desempleo de los trabajadores fronterizos en los reglamentos de coordinación de la UE

DOLORES CARRASCOSA BERMEJO¹

Redacción Social Editorial Francis Lefebvre.

Profesora Dra. Universidad Pontificia Comillas. ICADE Madrid.

Experta nacional de la red FreSsco de la Comisión Europea

I. Introducción

El trabajador fronterizo sufre más agudamente que el resto de migrantes la falta de armonización de las normas de Seguridad Social de los Estados miembros que poseen un carácter intrínsecamente territorialista. Los legisladores nacionales utilizan “*elementos territoriales para definir su ámbito de aplicación, los requisitos que configuran el hecho causante y las condiciones de pago de las prestaciones reconocidas.*”² Las normas de Seguridad Social parten de la premisa de que sus destinatarios han nacido, residen y trabajan en su propio territorio nacional, anudando precisamente a estos

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D Buenas Prácticas Jurídico Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social (DER 2012-32111) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² CORNELISSEN, Rob. “The principle of territoriality and the Community Regulations on Social Security (Regulations 1408/71 and 574/72)” *Common Market Law Review* 1996, p. 441.

elementos el derecho a las prestaciones o la obligación de aseguramiento. Estas premisas no se ajustan a la realidad de los trabajadores migrantes ni dentro de ellos a los denominados fronterizos que como veremos obtienen los ingresos profesionales de un Estado y mantienen su residencia en otro al que vuelven con determinada periodicidad.

Este trabajo propone algunas buenas prácticas en relación a la propia identificación de los trabajadores fronterizos por cuenta ajena y a la protección de su situación de desempleo siempre en el marco de los Reglamentos de la UE sobre coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social. Para ello se parte de trabajos previos en los que ya se analizaban respecto de todas las prestaciones la incidencia de la entonces nueva norma de coordinación vigente desde el 1-5-2010 (Reglamentos CE/883/2004 y CE 987/2009).³ De su lectura y de pronunciamientos recientes del Tribunal de Justicia se desprende que el desempleo sigue siendo la prestación más controvertida y compleja, lo que motiva que centremos en ella nuestro estudio. La elección del tema también surge de los trabajos realizados para el informe de 2015 de la red FreSsco de la Comisión Europea donde se analizan los problemas de libre circulación de los trabajadores

³ CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. “Los trabajadores fronterizos presente y futuro en la norma de coordinación comunitaria (Rgto 1408/71/CEE y Rgto 883/2004/CE)” /en/ VV.AA (Dir CORREA CARRASCO, M.) Protección social en las relaciones laborales extraterritoriales. Madrid. Universidad Carlos III y BOE (Col Monografías nº 57). 2008. 412-461. Publicado también en la web del Ministerio de Trabajo (DG de ordenación de la Seguridad Social en las p. 147-192 <http://www.seg-social.es/stpri00/groups/public/documents/binario/097537.pdf>. DESDENTADO BONETE, A. “Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004” Revista del MTAS nº 64 p. 33 a 37. MIRANDA BOTO, J.Mª. /en/ VVAA Sanchez-Rodas Navarro, C. (Director) La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Murcia. Laborum. 2010.

fronterizos en los distintos Estados miembros. Informe que vuelve a identificar los principales y clásicos obstáculos a la libre circulación de este colectivo deteniéndose en los problemas de atención e inscripción de los fronterizos en los servicios de empleo del Estado dónde trabajan pero no residen.⁴

Los Reglamentos de coordinación, con carácter general, para evitar los problemas de Seguridad Social que puedan sufrir los migrantes (también el subtipo de los fronterizos) , priorizan la aplicación de la ley de Seguridad Social del lugar de trabajo (*lex loci laboris*), prohíben toda discriminación por razón de nacionalidad y permiten la totalización de períodos de seguro, empleo o residencia; así como la exportación generalizada de prestaciones en metálico.⁵ En consecuencia, el aseguramiento y cotización de los fronterizos se ha de producir en el Estado de empleo, por imperativo de la norma de coordinación, sin que la administración designada pueda alegar el incumplimiento del requisito de residencia por parte del fronterizo para proceder a su afiliación o alta. Esta designación imperativa afecta también a los empresarios que han de cumplir la obligación de cotizar con independencia de que el fronterizo resida en otro Estado miembro,⁶ debiendo ser tratados de igual manera que los empresarios nacionales del Estado de empleo. La priorización de la “*lex loci laboris*” facilita el trato uniforme con los compañeros de trabajo

⁴ JORENS, Y., MINDERHOUD, P. y DE CONINCK, J. Comparative Report: Frontier workers in the EU. FreSsco European Commission. January 2015. 123 p. En la página 12 de este informe se hace especial hincapié en la falta de acceso a ventajas fiscales y problemas respecto del acceso a la Seguridad Social ámbitos no coordinados entre sí y que funcionan con criterios no coincidentes.

⁵ Una aproximación a las normas de coordinación en CARRASCOSA BERMEJO, D. “Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): Rasgos y principios generales” /en/ VV.AA (Dir. Nogueira Guastavino, M.; Fotinopoulou Basurko, O. y Miranda Boto, J.M^a.) Lecciones de Derecho Social de la UE. Valencia. Tirant Lo Blanch. 2011.

⁶ Ver muy tempranamente TJCE 24-6-75, asunto Football Club d’Andlau 8/75.

nacionales de ese Estado, evita cualquier distorsión en el mercado de trabajo receptor e impide por su carácter exclusivo la doble cotización incluso cuando esta, como se verá, se enmascare como carga tributaria ajena a la coordinación comunitaria de sistemas de Seguridad Social. Como reconoce el Tribunal de Justicia, los fronterizos una vez que han accedido al mercado laboral de un Estado miembro poseen, en principio, un vínculo de integración suficiente en la sociedad de ese Estado lo que les ha de permitir beneficiarse del principio de igualdad de trato en relación con los trabajadores nacionales residentes en el mismo. El vínculo de integración resulta, en particular, del hecho de que, con las cotizaciones sociales que pagan en el Estado miembro de acogida en virtud de la actividad asalariada que ejercen, los trabajadores fronterizos contribuyen también a la financiación de las políticas sociales de dicho Estado. Pese a ello, como se analizará con detenimiento, el Estado competente para el reconocimiento y cálculo de sus prestaciones por desempleo total, en virtud de una norma de conflicto ad-hoc, será la Ley del Estado dónde residen pero no trabajan. Por ser común a todos los trabajadores migrantes no se aborda en este trabajo el régimen de exportación de las prestaciones por desempleo limitado temporalmente y sujeto a exigentes requisitos⁷ que muestran los fuertes vínculos de esta prestación con la residencia en el Estado que las abona. Régimen que parece priorizar el deseo de control administrativo frente a la movilidad del desempleado subsidiado.

Finalmente conviene terminar esta introducción recordando que las prestaciones de desempleo de la Seguridad Social coordinadas son sólo un tipo de ventaja social asociada al empleo de las que han de disfrutar los trabajadores migrantes fronterizos nacionales de un

⁷ Ver Rgto CE/883/2004 art. 64

Estado miembro que han ejercitado su derecho a la libre circulación y obviamente no pueden ser discriminados.¹¹ Ventajas sociales, como la asistencia social, becas de estudio para los hijos etc, excluidas del ámbito objetivo de aplicación de la norma de coordinación y que no se van a analizar en este trabajo. Respecto de las mismas sólo conviene recordar que se está exigiendo con fuerza la acreditación del denominado “vínculo suficiente” del fronterizo con el Estado de empleo que ha de garantizarlas y financiarlas con impuestos.¹² Impuestos que no siempre abona el fronterizo gracias a los convenios bilaterales de doble imposición. Con carácter general es deseable que la protección de las ventajas sociales se reactive con las nuevas medidas tuitivas que los Estados miembros habrán de implementar al incorporar la Directiva 1014/54/UE.¹³

¹¹ Los fronterizos son un tipo de trabajador migrante protegido por la normativa sobre libre circulación ver, por todos, apartados 26 y 27 de la sentencia TJUE 13-12-12 asunto *Caves Krier* C-379/11. Las prestaciones de Asistencia Social, excluidas del ámbito objetivo de las normas de coordinación forman parte de las denominadas ventajas sociales que se pueden considerar una categoría más amplia o superior (TFUE art. 45; Rgto UE/492/2011 art.7.2; apdo. 28 de la TJCE 12-5-98, asunto *Martínez Sala* C-85/96). Su protección reposa sobre el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y, por tanto, sólo alegable por los nacionales de los Estados miembros, ya no necesariamente como trabajadores sino incluso como meros ciudadanos comunitarios (TJCE 20-9-01, asunto *Grzelczyk*). Sobre la protección de los trabajadores fronterizos al amparo de la normativa sobre libre circulación ver TJCE 8-6-99 asunto *Meeusen* C-337/97; sobre los fronterizos jubilados ver asuntos *Meints* C-57/96, y *Fahmi* C-33/99

¹² Ver sobre una beca de estudios la sentencia del TJUE 20-6-13 asunto *Giersch* (C-20/12) contactada con la dictada por el TJUE 18-7-07 sobre el asunto *Geven* C-213/05.

¹³ Esta directiva sobre medidas para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos a los trabajadores en el contexto de la libre circulación de los trabajadores se aplica también a los fronterizos, tal y como reconoce en el Considerando 1º de su exposición de motivos. Su implementación al derecho nacional está prevista para antes del 21-5-2016.

II. Concepto de trabajador fronterizo

De acuerdo con la normativa de coordinación se considera trabajador fronterizo a “toda persona que realice una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro y resida en otro Estado miembro al que regrese normalmente a diario o al menos una vez por semana.”¹⁴ La peculiaridad que define al trabajador migrante fronterizo es, por tanto, que no reside en el Estado dónde trabaja y en cuyo sistema de Seguridad Social está asegurado,¹⁵ retornado a su domicilio con la periodicidad mínima que exige la norma. En la separación territorial residencia/trabajo está presente el elemento transnacional exigido para la propia aplicación de la norma de coordinación.¹⁶ Aunque resulta sorprendente, no existen estadísticas fiables sobre fronterizos. La Comisión estima que en toda UE su número está en torno al 1.100.000 trabajadores al haberse incrementado en los últimos años como consecuencia de las

¹⁴ Ver Artículo 1.f) Reglamento CE/883/2004 en idéntico sentido que los reglamentos precedentes.

¹⁵ El aseguramiento del ciudadano como trabajador es irrelevante que sea: a) Total o parcial (TJCE 12-5-98, asunto Martínez Sala C-85/96). b) Voluntario u obligatorio, en este último caso basta con el cumplimiento de las exigencias materiales legales para considerarle asegurado al mismo aunque no se cumplan las formales (TJCE 15-12-76, asunto Mouthaan 39/76). c) Actual o previo, esto es, anterior al momento en que se solicita la aplicación del Reglamento cubriendo a ciudadanos inactivos y pensionistas (TJCE 9-7-87, asunto Laborero y Sabato 82/86 y 103/86); también a personas con el contrato suspendido por el permiso de maternidad pero se mantienen asegurados a alguna rama de la Seguridad Social (TJCE 7-6-05, asunto Dodl y Oberhollenzer C-543/03 apartados 26 y s.).

¹⁶ Ver denegando la aplicación de la norma de coordinación a supuestos meramente internos en los que sólo está involucrado un único Estado miembro (TJCE 6-12-77, asunto Maris 55/77; TJCE 22-9-92, asunto Petit 153/91; TJCE 11-10-01, asunto Khalil y otros C-95/99).

adhesiones de nuevos Estados a la UE¹⁷ y ubicándose preferentemente en el noroeste de Europa.¹⁹

Respecto de los fronterizos, como trabajadores migrantes que son deben recordarse dos aspectos importantes:

Por un lado, que la movilidad que puede permitir la aplicación de los Reglamentos, en el marco del Espacio Económico Europeo (EEE) o con Suiza²⁰ no ha de poseer un carácter migratorio, ni siquiera responder a motivos profesionales.²¹ La “desprofesionalización” de los desplazamientos permite aplicar la norma de coordinación a trabajadores fronterizos que necesitan asistencia sanitaria durante las vacaciones en un tercer Estado miembro, o que una vez inactivos deseen exportar a otro Estado miembro una pensión adquirida al amparo exclusivo de una norma nacional.

Por otro lado, que a los efectos de la norma de coordinación de la UE no es preciso que, con carácter general, los trabajadores fronterizos sean nacionales de un Estado miembro. En efecto, los Reglamentos se aplican a los trabajadores extracomunitarios en situación administrativa regular que, pese a carecer de derecho la libre

¹⁷ Según la Comisión en 2014 había en torno a 1.1 millones de fronterizos. European Commission “Labour Mobility within the EU” Memo. Brussels, 25 September 2014.

¹⁹ Además se ha destacado que la adhesión de nuevos Estados incrementó su número entre Estonia y Finlandia, Hungría y Austria y entre Italia y Eslovenia. Ver G. Nerb (et alii) “Scientific Report on the Mobility of Cross-Border Workers within the EU-27/EEA/EFTA Countries” MKW Wirtschaftsforschung GmbH and Empirica Kft. January. 2009 <http://borderpeople.info/wp-content/uploads/2014/10/eu-commission-cross-border-workers-in-europe-2009.pdf>

²⁰ Concretamente en el marco de los 28 Estados miembros de la UE, los 3 Estados miembros de la Asociación Europea de Libre cambio la AELC (Noruega, Islandia y Liechtenstein) con los que conforma el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza.

²¹ Ya desde sus primeros pronunciamientos así se asumió por la jurisprudencia ver TJCE 19-3-64, asunto Unger 75/63.

circulación, están en situación de transnacionalidad.²² Los nacionales de terceros Estados desde junio de 2003 pueden obtener –gracias a los Reglamentos de coordinación– protección de sus derechos originarios de Seguridad Social (desempleo, jubilación...) y no sólo de los derivados de su condición de familiares o supervivientes de un trabajador nacional de la UE (viudedad, orfandad...).²³ La trascendencia del cambio normativo se evidencia con la lectura de la sentencia del TJCE 25-10-01, sobre el asunto Ruhr (C-189/00),²⁴ cuyo fallo hubiera sido bien distinto en el marco de la normativa actualmente vigente. En efecto, la Sra. Ruhr como trabajadora polaca fronteriza –en ese momento extracomunitaria– hubiera obtenido, al amparo de los Reglamentos, una prestación por desempleo alemana (Estado de residencia), totalizando los períodos de empleo

²² Reglamento UE/1231/2010 que sustituyó al Rgto CE/859/2003. el primero no se aplica ni a Dinamarca ni a Reino Unido que sí admitió la aplicación del de 2003 que le sigue siendo de aplicación respecto de los extracomunitarios.

²³ Así se venía admitiendo antes de junio de 2003 por la jurisprudencia del TJCE 23-11-1976, Kermaschek (40/76), suavizada por la TJCE 30-4-96 Cabanis-Issarte (C-308/93) que admitió el acceso de los familiares extracomunitarios a las prestaciones familiares (TJCE 10-10-96, asunto Hoefer y Zachow, acumulados C-245/94 y C-312/94 apartado 32)

²⁴ El pleito nacional del que surgió esta cuestión prejudicial versaba sobre una nacional polaca, la Sra Ruhr, residente en Alemania con su marido un trabajador sedentario alemán. Esta señora, entonces extracomunitaria, trabajó en Luxemburgo durante más de un año, sin cambiar su residencia alemana a la que volvía diariamente. Sin embargo, una vez perdido dicho empleo no pudo pedir prestación por desempleo en Luxemburgo al incumplir el requisito de residencia que imponía ese sistema de Seguridad Social. Motivo por el que solicitó entonces prestación por desempleo en Alemania, su lugar de residencia, donde se inscribió como desempleada, expidiendo la entidad gestora alemana el formulario comunitario E 301 con el objeto de que Luxemburgo certificara los períodos de empleo computables para la concesión de las prestaciones por desempleo. Sin embargo, la administración luxemburguesa se negó a cumplimentar tal tramite alegando que, al no ser nacional comunitaria, la Sra. Ruhr no se podía beneficiar del Reglamento para la obtención de un derecho originario de Seguridad Social como es el desempleo. En consecuencia, Alemania denegó su solicitud de tales prestaciones considerando que no había tenido actividad laboral en su territorio.

luxemburgueses. No obstante, hay que tener en cuenta que los trabajadores fronterizos extracomunitarios, al igual que los nacionales de los Estados recién incorporados a la UE con su derecho de libre circulación restringido transitoriamente, sólo pueden exportar sus prestaciones de desempleo a un Estado miembro donde tengan autorización para residir y trabajar.²⁵

1. Problemática asociada a la definición del fronterizo

A continuación se analizan algunos aspectos problemáticos íntimamente conectados con la definición del trabajador fronterizo y que, a mi modo de ver, necesitarían clarificación, al justificar la propia aplicación de las normas de coordinación ad-hoc establecidas para los fronterizos en los Reglamentos.

1. Concepto de residencia: los Reglamentos de la coordinación definen lacónicamente el término “residencia” como estancia habitual en contraposición al término “estancia” que se asocia a una estancia temporal. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación a la aplicación de los Reglamentos de coordinación ha clarificado las siguientes cuestiones:

- a) Es única, no se puede residir en dos Estados miembros (TJUE 16-5-13 Wencel C-589/10 apdo. 45 y 46).
- b) Tiene una definición específica y autónoma no necesariamente coincidente con la residencia administrativa en el marco de la Directiva sobre libre circulación de personas (Dir 2004/38/CE) o la residencia fiscal (TJCE 25-2-99 Swaddling C-90/97 par. 28ED3J98; TJUE 5-6-14 Mr I C-255/13).

²⁵ Ver apartado 15 de la Exposición de motivos del Rgto UE/1231/2010

- c) Se ubica dónde está el **centro de intereses** del asegurado debiéndose ponderar para su identificación los siguientes factores que no siguen un orden de prioridad:
- la situación familiar y profesional del asegurado;
 - los motivos del desplazamiento;
 - la duración y continuidad de la residencia (cuestión poco controlable en un espacio sin fronteras como el de Schengen);
 - la intención del propio migrante de acuerdo con lo que resulte de todas las circunstancias concurrentes.

El Reglamento de desarrollo recoge ahora estos criterios que según reconoce el propio Tribunal de Justicia sirven para determinar el lugar de residencia ante cualquier supuesto dudoso, por ejemplo entre un asegurado y un sistema de Seguridad Social.²⁶ Lógicamente también son los que se emplean en la Guía práctica de la Comisión sobre determinación de la Ley aplicable publicada en Diciembre 2013.

En cualquier caso, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia citada en notas al pie, la identificación del lugar de residencia no es una cuestión sencilla. ¿Dónde se ubica el centro de intereses de un trabajador fronterizo polaco soltero y sin hijos que durante 5 años sólo vuelve a su residencia en Polonia los fines de semana y en vacaciones, poseyendo un domicilio estable en el Estado de empleo? ¿Es controlable por las administraciones de la Seguridad Social su residencia legal? ¿Se identifican como fronterizos a efectos de Seguridad Social quien puede ofrecer un domicilio en el Estado de empleo?

²⁶ TJUE 5-6-14 Mr I C-255/13 en contra de la interpretación del Abogado General que limitaba su ámbito de aplicación.

Para simplificar la cuestión tal vez sería una buena práctica unificar los criterios (fiscales, administrativos y sociales) que existen para determinar la residencia utilizando aquellos que fueran lo más objetivos. Se podría plantear, por ejemplo, un acercamiento al concepto administrativo/temporal de residencia establecido en la Directiva 2004/38/CE o simplemente el establecimiento de unos períodos temporales de estancia a partir de los cuales se presumiese el cambio de residencia salvo prueba en contrario.

2. Existen diferencias sustanciales entre el trabajador migrante fronterizo **a efectos de la libre circulación** (Directiva 2014/54/UE; Reglamento UE/493/2011 y Directiva 2004/38/CE²⁷) y el incluido en el ámbito de aplicación de la norma de coordinación. Así, por ejemplo, puede haber un trabajador fronterizo a los efectos de la norma coordinación que por ser autónomo y de nacionalidad argentina²⁸ no se beneficiaría del derecho a la libre circulación.³¹

3. Parece razonable que el **tránsito se produzca entre Estados limítrofes**, por proximidad, afinidades culturales, idiomáticas. Así sucede en la práctica, tal y como demuestran además todos los asuntos

²⁷ Ver por ejemplo artículo 17 al hablar del derecho de permanencia

²⁸ Al margen de la norma comunitaria, los extracomunitarios son destinatarios de la Ley de extranjería nacional donde se recoge un permiso de trabajo específico de trabajo fronterizo con vigencia de 5 años y renovable (antes tipo F; LOEX art.43 y RD 2393/2004 art.84). Se trata de un permiso poco empleado, pues se refiere a trabajadores que residen en la zona fronteriza de un Estado limítrofe, al que regresan diariamente tras desarrollar actividades lucrativas, profesionales o laborales en zonas fronterizas del Estado español, estando limitada su validez a ese ámbito territorial.

³¹ Asimismo puede haber un trabajador fronterizo a los efectos de la norma de coordinación que, sin embargo, al realizar una actividad laboral muy reducida (4 horas de clase dos días a la semana en un instituto del Estado limítrofe) no pueda considerarse trabajador a los efectos de la libre circulación. Ver sobre este último supuesto la TJCE 3-5-90 sobre el asunto Kits Van Heijningen 2/8. Más ampliamente sobre esta dicotomía CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. La coordinación comunitaria... op. cit. P. 71 s

analizados por el Tribunal de Justicia de la UE sobre este colectivo. Sin embargo, la mejora generalizada de las comunicaciones (trenes de alta velocidad, billetes de avión baratos) parece permitir otro modelo de fronterizos. ¿No sería fronterizo acaso quien reside en Madrid y trabaja en Londres o en París siempre que vuelva a su lugar de residencia todos los fines de semana? La norma de coordinación parece permitir esta posibilidad al exigir únicamente un número de retornos al lugar de residencia en un determinado lapso temporal que permite presumir la pervivencia y primacía de la residencia de origen. En efecto, no se exige siquiera que el trabajador tenga que residir a una determinada distancia de una frontera que separe ambos Estados, el de residencia o el de empleo.³²

Otra duda se podría plantear respecto de los teletrabajadores³³ y su posible calificación como fronterizos. ¿Sería fronterizo un teletrabajador alemán, contratado en Alemania que enviase diariamente desde su terminal de ordenador su trabajo pero que se hubiera instalado en Mallorca con su familia y tuviera que ir a la oficina en Berlín una vez por semana? ¿Dónde estaría su residencia si

³² Este requisito estuvo presente en otras normas internacionales. Se exigía, por ejemplo, una distancia de 20 km a ambos lados de la frontera y el retorno diario en el Convenio bilateral de Seguridad Social Hispano-Portugués de 11-6-69 y acuerdo administrativo suscrito el 4-9-71. Sin embargo, tres años más tarde, el 31-10-74, en el artículo 6 del Convenio bilateral de Seguridad Social suscrito, esta vez, con Francia, ya se recogería un concepto más amplio y coincidente con el existente ahora en el Derecho de la UE.

³³ El Acuerdo marco europeo sobre el teletrabajo de 16-7-02 que no es vinculante jurídicamente ya que no ha sido todavía incorporado al Derecho español aunque si se ha recogido su texto en los últimos Acuerdos interconfederales de negociación colectiva suscritos define al teletrabajo “como una forma de organización y/o realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación del trabajo, en la que un trabajo que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular.”

mantuviera su domicilio en Alemania y allí vivieran dos hijos de su primer matrimonio?

En este caso existe un desplazamiento físico internacional y un retorno periódico al domicilio de origen, pero ¿dónde estaría su centro de intereses o residencia? ¿Dónde estaría el lugar de empleo? ¿Estaría en Alemania dónde recibe las directrices, el salario, a donde regresan los frutos de su trabajo, siendo el lugar dónde además lo realiza una vez a la semana? ¿Es España desde dónde efectivamente trabaja 4 días por semana y donde pasa el mayor número de días al año? En este último caso el trabajador debería asegurarse (afiliarse y darse de alta) ante la Seguridad Social española, lo que implicaría la solicitud de inscripción de la empresa en nuestro Sistema nacional designando un domicilio, por ejemplo a través de un Graduado Social, a los efectos de notificación y cotización del trabajador, al que habría de dar de alta.³⁴

El incremento de la utilización de nuevas tecnologías que permiten una prestación laboral cada vez menos presencial va a incrementar este tipo de supuestos que deberían abordarse por el legislador comunitario previendo algún tipo de respuesta en la norma de vigente de coordinación.

4. También se pueden plantear dudas respecto de la distinción del fronterizo con otros tipos específicos de trabajadores migrantes, veamos las siguientes:

a) El **trabajador desplazado** por cuenta ajena es aquel que de forma temporal es destacado por su empresario a otro Estado miembro manteniendo su vínculo laboral pero también afiliativo, o asegurativo de Seguridad Social con el Estado de origen. A diferencia de estos los fronterizos sí que han de estar asegurados en el Estado de empleo aunque mantengan su residencia o centro de intereses en un Estado

³⁴ LGSS art.99; RD 84/1996 art.5 y s.

miembro distinto.³⁵ Esta última circunstancia también puede producirse respecto de los desplazados que en muchos casos mantienen la residencia en el Estado de origen. La diferencia más relevante entre ambos colectivos reside en el carácter necesariamente temporal de la condición del desplazado, que no existe respecto del fronterizo, pues no hay impedimento legal para que su situación sea permanente e incluso dure toda la vida laboral.

Los Reglamentos vigentes no abordan, a diferencia de los precedentes,³⁷ la posibilidad de que un trabajador fronterizo sea simultáneamente un **trabajador desplazado**. En principio nada impediría que un empresario destacase a un trabajador fronterizo el problema podría plantearse con el cumplimiento de la exigencia de retorno al lugar de residencia con la periodicidad adecuada (diaria o semanal). Problema que en la norma ya derogada se solucionaba eliminando tal exigencia durante un plazo máximo de 4 meses, momento a partir del cual la consideración de fronterizo decaía. También podría plantearse la duda sobre el mantenimiento de tal condición cuando el lugar de empleo y residencia como consecuencia del desplazamiento coincidieran, aunque fuera momentáneamente. Esto es, cuando este tuviese precisamente como destino el Estado de residencia. En este último caso, a mi modo de ver, parece prevalecer la conexión jurídica temporal (aseguramiento al lugar de empleo) sobre

³⁵ Ver sentencia TJCE 7-11-02, asunto Maaheimo C-333/00 respecto de la residencia de los hijos de un trabajador desplazado y su derecho a prestaciones familiares.

³⁷ Reglamento 1408/71/CEE art. 1.b) señalaba que el “(...) trabajador fronterizo que esté destacado por la empresa de la que depende normalmente, o que preste sus servicios en el territorio del mismo Estado miembro o de otro Estado miembro, conservará la condición de trabajador fronterizo durante un tiempo que no excederá de cuatro meses, aun cuando durante su estancia como destacado no pueda regresar cada día o al menos una vez por semana, al lugar de su residencia.”

la fática (desplazamiento temporal al lugar de residencia) y, por tanto, la condición de fronterizo.

b) Tampoco se puede descartar que los trabajadores fronterizos sean simultáneamente **trabajadores móviles**, en el sentido de que ejerzan su actividad profesional en el territorio de dos o más Estados miembros, que pueden no coincidir con su Estado de residencia, y a donde podrían regresar al menos una vez a la semana. En principio, este tipo de trabajadores podrían considerarse fronterizos mientras no ejerciesen también su actividad profesional en el Estado de residencia, pues en ese caso con carácter general y a tenor de las normas de conflicto comunitarias establecidas ad-hoc, quedarían obligados a residir, afiliarse y cotizar allí, al coincidir, aunque sea parcialmente lugar de trabajo y residencia.³⁸

En un sentido delimitador de las diferentes figuras mencionadas resulta interesante la sentencia del TJCE 16-2-95 asunto Calle Grenzshop C-425/93 relativa a una empresa alemana (Calle Grenzshop) de comercio, al por menor, de productos alimenticios ubicada en una zona próxima a la frontera con Dinamarca que tenía contratado como Director a un danés, el Sr. Wandahl, residente en Dinamarca y afiliado al sistema de Seguridad Social danés. Este Director realizó también trabajos para esta misma empresa alemana, 10 horas por semana, en Dinamarca de forma permanente durante varios años. El pleito que origina la cuestión prejudicial surge de la

³⁸ Grosso modo, la norma de conflicto comunitaria prevé distintas conexiones según el trabajador sea personal itinerante o navegante. Para los primeros se prevé en principio la aplicación de la Ley del Estado dónde tiene sede la empresa, salvo cuando realice su ocupación preponderante en el Estado de residencia, aplicándose la Ley del lugar de residencia o *lex domicilii*. Respecto del personal no itinerante se le impone el aseguramiento en el Estado de residencia cuando parte de la actividad la realiza también allí. En defecto de esta posibilidad quedan afiliados en el Estado miembro donde tenga su sede la empresa.

reclamación de la Administración de Seguridad Social alemana que consideró que el Sr. Wandahl debía estar afiliado en Alemania y pagar allí cotizaciones. Sin embargo, en opinión del TJCE el trabajador estaba correctamente afiliado al sistema de Seguridad Social danés al amparo de la norma de coordinación prevista para quien trabaja por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros y cuya aplicación obliga al afectado a estar sometido a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside, siempre que ejerza parte de su actividad profesional allí o dependa de varias empresas o empresarios con sedes en distintos Estados miembros.³⁹ En el supuesto de que no trabajase en el Estado de residencia y la empresa tuviera su sede en un Estado miembro será precisamente al sistema de Seguridad Social de este último Estado donde deba afiliarse el trabajador. El TJCE además rechazó la idea de que el Sr. Wandahl fuera un trabajador destacado, pues constato la ausencia de límite temporal a la actividad profesional que realizaba en Dinamarca.

III. Protección por desempleo del trabajador fronterizo

En el desarrollo de este apartado vamos a analizar básicamente dos cuestiones, por un lado, la Ley nacional aplicable para el reconocimiento y, por otro lado, las normas de cálculo de tales prestaciones y su posible reembolso parcial por el Estado de empleo.

1. Ley aplicable al trabajador fronterizo desempleado

Para la determinación del Estado competente para el reconocimiento de una prestación de desempleo a favor de un migrante “común” no se establece ninguna norma de conflicto específica, entendiéndose que se aplica la legislación del sistema de

³⁹ Ver entonces Rgto 1408/71/CEE art. 14.2.b).i) actualmente Rgto 883/2004/CE art. 13.1.

Seguridad Social del último Estado de empleo, esto es, el competente. Se trata de una conexión jurídica que en realidad prima al último Estado de aseguramiento, el previo a la situación de desempleo, dónde se han cubierto períodos de empleo o seguro en último lugar.

Como veremos, los fronterizos, siguen la regla general cuando se trata de desempleo parcial, sin embargo, se establece una excepción para los supuestos de desempleo total, pues se opta por la aplicación exclusiva de la legislación del Estado de residencia. Este cambio parece fundamentarse en los estrechos vínculos que se presume que el fronterizo mantiene con ese último Estado al que retorna periódicamente. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que no se trata de una solución en absoluto neutra para los trabajadores fronterizos, pues normalmente la emigración se produce desde Estados menos desarrollados a más desarrollados, cuyos salarios y sistemas de Seguridad Social suelen ser más generosos. El percibo de prestaciones de desempleo en el seno de estos últimos, a pesar de ser el Estado de empleo, está vedado en el marco de los nuevos Reglamentos. La remisión exclusiva a la legislación del Estado de residencia, pese al reembolso parcial, sólo parece beneficiar a los Estados de empleo de los trabajadores fronterizos, pues puede suponer un ahorro sustancial para las arcas del Estado de empleo. Máxime cuando dicho reembolso está topado a la cuantía de las propias prestaciones nacionales de desempleo. En suma, tales Estados miembros reciben cotizaciones por desempleo y no reconocen estas prestaciones aunque vía reembolso puedan satisfacer parte de su monto, esto es, siempre pagaran menos que lo que hubiera correspondido abonar en caso de reconocer sus propias prestaciones de desempleo.

En suma, el legislador diferencia las dos siguientes situaciones de desempleo de los fronterizos por cuenta ajena⁴⁰ (Rgto 883/2004/CE art. 65):

1. **Desempleo parcial.** Se entiende por desempleo parcial aquella situación en la existe o se mantenga vínculo contractual entre las partes. Así, está en desempleo parcial aquel cuya relación laboral ha quedado en suspenso y cabe en cualquier momento su reanudación.⁴² También se ha entendido que está en esta situación el fronterizo que, inmediatamente después del fin de una relación laboral a tiempo completo con un empresario en un Estado miembro, es contratado a tiempo parcial por otro empresario en ese mismo Estado miembro.⁴³

En este supuesto el trabajador ha de solicitar las prestaciones de desempleo ante la legislación del Estado competente, esto es, el del empleo, como si residiese en ese Estado. Se mantiene por tanto la regla general y se prioriza la aplicación de la legislación del Estado de empleo donde su relación laboral continúa, pues sólo está suspendida, esto es, continúa.

2. **Desempleo total.** Hay desempleo total cuando se ha rescindido o extinguido la relación laboral.⁴⁴ A este colectivo, tal y como se establece también en el apartado 13 de la

⁴⁰ El artículo 65 bis establece una norma específica para los trabajadores fronterizos por cuenta propia en desempleo total en previsión de que no todos los Estados contemplen prestaciones de “desempleo” o cese de actividad a su favor y con el objetivo de evitar un vacío de cobertura.

⁴² Ver Decisión CACSSS n° U3 DOUE C-106 24-4-10, apdo 1 y 2. Esta Decisión mantiene el mismo criterio que la dictada la CASSTM n° 205 (2006/351/CE, DOUE L 130) dictada en el marco de los Reglamentos anteriormente vigentes y que asumía la doctrina vertida en la sentencia TJCE 15-3-01, asunto Laa C-444/98.

⁴³ Ver TJUE 5-2-15, Asunto Mertens C-655/13

⁴⁴ Ver Decisión CACSSS n° U3 DOUE C-106 24-4-10, apdo 3

Exposición de motivos del Rgto 987/2009 y ha confirmado el TJUE⁴⁵):

- a) Se les aplica en exclusiva la Ley del **Estado de residencia** a efectos del reconocimiento de prestaciones de desempleo, tal y como si hubiera estado sometido a la legislación de ese Estado mientras ocupaba su último empleo. Se trata de una ficción jurídica que exceptúa la regla general de competencia de la *lex loci laboris*.
- b) Se les permite ponerse a disposición de los servicios de empleo del **Estado donde trabajaron en último lugar** pero únicamente a efectos de políticas activas de empleo, pues no es posible solicitar en el Estado de empleo prestaciones de desempleo.

El primer elemento, la **competencia exclusiva del Estado de residencia**, obliga a este último a comprobar si el migrante cumple los requisitos de acceso establecidos en su propia normativa, facilitando la norma de coordinación su cumplimiento a través de la totalización. Si los cumple el trabajador puede ser beneficiario de prestaciones a cargo de un Estado dónde es posible que no haya cotizado nunca, motivo por el que se establece un sistema de reembolso entre instituciones.

Hay que destacar que no todos los trabajadores que residen en un Estado miembro que no es el Estado de empleo están en esta posición y se someten a la competencia exclusiva del Estado de residencia. Por el contrario, esta regla especial únicamente se aplica en relación a los fronterizos, pues en el **resto de supuestos** el legislador da la opción de que los trabajadores decidan ponerse a disposición de los servicios de empleo y cobrar tales prestaciones en primer término del Estado de

⁴⁵ Ver TJUE 11-4-13, asunto Jeltel C-443/11

empleo, suspendiéndose las que tendría derecho en el Estado de residencia mientras cobre las anteriores.⁴⁶ Este derecho de opción se había extendido en el marco de la normativa previa respecto de los denominados “falsos fronterizos”. En efecto, la designación del Estado de residencia dejaba en suspenso la competencia del Estado de empleo, mientras el fronterizo no se inscribiera en las oficinas de empleo de este último e incluso cambiara su residencia allí.⁴⁷ La interpretación del Tribunal de Justicia en la Sentencia Miethke configuró una norma de conflicto especial, una excepción de la excepción que suponía la regla ad-hoc para fronterizos en paro total. La norma de conflicto de los fronterizos sólo era disponible cuando se demostraba que el fronterizo excepcionalmente mantenía con el Estado miembro del último empleo vínculos personales y profesionales de tal naturaleza

⁴⁶ Los trabajadores no fronterizos que residen en otro Estado miembro distinto del competente o el de empleo a los que se les aplica tal norma de conflicto se identifican en la Decisión CACSS nº U2 DOUE C-106 24-4-10. Se trata de los trabajadores a los que se alude en los siguientes artículos del Reglamento 883/2004/CEE: artículo 11.4 (trabajadores de mar a bordo de buques con pabellón de un Estado miembro); artículo 13 (personas que ejercitan actividades en dos o más Estados miembros) y artículo 16 trabajadores a los que se aplica algún acuerdo entre instituciones que exceptúan las normas de conflicto comunitarias.

⁴⁷ Opción esta última que no podría entenderse como una exportación de la prestación reconocida en el Estado de residencia como reconocen las sentencias del TJCE 7-3-85, sobre el asunto Cochet 145/84 y en el mismo sentido TJCE 13-3-97, asunto Huijbrechts C-131/95. En los Reglamentos precedentes la norma crea la ficción jurídica de que se trabajó, en último lugar, en el Estado de residencia. Esta ficción suspende las obligaciones del Estado de empleo, sin extinguirlas, mientras el fronterizo mantenga su residencia en otro Estado miembro. Si se cambia de residencia al Estado de empleo no procede aplicar las normas sobre exportación de prestaciones de desempleo, entonces limitadas a 3 meses. En realidad lo que se produce en realidad es un retorno a la regla general, a la *lex loci laboris*, pues estos trabajadores perderían su condición de fronterizos. En este contexto, el Estado del último empleo y ahora de residencia se debe hacer cargo de las prestaciones por desempleo, asumirlas o reasumirlas, y descontar las prestaciones abonadas previamente por el Estado de residencia, como si las hubiera satisfecho el mismo.

que se pudiera afirmar que era allí donde disponía de mejores oportunidades de reinserción laboral.⁴⁸ En esos casos el centro de intereses se ubicaba en el Estado de empleo por lo que su residencia a efectos de la norma de coordinación también se ubicaba allí, no era realmente un fronterizo, sino lo que se ha denominado “falsos fronterizos, pseudo-fronterizos o fronterizos desnaturalizados”. Sin embargo, en la norma de coordinación vigente, como se dejó patente en los propios trabajos preparatorios, no se quiso seguir la doctrina fijada en la sentencia *Miethe*, tal y como ha confirmado el Tribunal de Justicia al resolver el asunto *Jeltes*.⁴⁹ En efecto, parece que ya no existe la posibilidad de optar por las prestaciones del Estado de empleo, el fronterizo sólo podrá tener acceso allí, de forma complementaria, a sus políticas activas de empleo. Sin embargo, la sentencia *Jeltes*, a mi modo de ver, no es del todo consistente, pues si el fronterizo demostrara que su centro de intereses está en el Estado de empleo, en realidad estaría probando que ese es su Estado de residencia a efectos de coordinación. De manera que difícilmente podría ser considerado fronterizo y se le aplicaría la norma de conflicto general destinada a los migrantes comunes. En puridad, como migrante común, debería beneficiarse de la regla general, esto es, de la opción por la *lex loci laboris*. De hecho podría entenderse que si el Estado de residencia es en realidad el del empleo se estaría vulnerando su derecho a la libre circulación sufriendo una discriminación respecto de los trabajadores

⁴⁸ TJCE 12-6-86, asunto *Miethe* 1/85 apartado 16, 17 y 18; objetivo que se reitera, entre otras, más recientemente en la TJCE 6-11-03, *Comisión vs Países Bajos* C-311/01 apartado 46

⁴⁹ Ver punto 13 de la exposición de motivos del Reglamento de desarrollo y TJUE 11-4-13, asunto *Jeltes* C-443/11 apts 32 y siguientes

del Estado de empleo por su condición de migrante (Tratado FUE art. 45).⁵¹

La valoración de la existencia de estos vínculos en caso de conflicto recae en las Administraciones o en los tribunales nacionales. En estos casos parece recomendable acudir a SOLVIT para que examine los detalles concurrentes, antes de embarcarse en la vía judicial.

La **justificación** para la aplicación exclusiva de la Ley de residencia al fronterizo total podría ser el facilitar el control antifraude del desempleado y principalmente la exigencia de que los niveles de las prestaciones se adecuen al nivel de vida del Estado donde se reside. En efecto, una prestación desajustada puede conducir a la desmotivación de la búsqueda de empleo, razón que late asimismo en la limitación temporal de la exportación de la prestación de desempleo, o la prohibición de exportar completamente las prestaciones especiales no contributivas. En todo caso esta vinculación de la cuantía de la prestación al nivel de vida del Estado de residencia no es completa pues, como se verá, para el cálculo de las prestaciones de los fronterizos en paro total, el Estado de residencia debe tomar en consideración el último salario foráneo del solicitante, aunque siempre dentro de los límites cuantitativos que suelen establecer la legislación de Seguridad Social que se aplica en el Estado de residencia.

Hay que tener en cuenta además que la aplicación excepcional de la Ley del Estado de residencia se realiza exclusivamente respecto del desempleo por lo que el resto de prestaciones siguen sometidas a la Ley del Estado de empleo. La simplicidad alegada (la irrelevancia del carácter desnaturalizado del fronterizo) queda muy difuminada ante la **conurrencia de diferentes contingencias**. Así sucede, por ejemplo,

⁵¹ Ver el análisis contrario partiendo de la realidad de la residencia fuera del Estado de empleo en los apartados 41 y siguientes de la sentencia TJUE 11-4-13, asunto Jeltel C-443/11

en el caso de que el trabajador caiga en situación de IT cuyas prestaciones debe abonar el Estado de empleo y lógicamente podrían suspender las abonadas por el Estado de residencia. Una buena gestión de estas situaciones parece exigir una colaboración administrativa al más alto nivel.⁵²

En cuanto al segundo elemento, el **derecho a inscribirse en las oficinas de empleo del último Estado** dónde trabajó para obtener, por ejemplo servicios de reciclaje profesional, hay que señalar que se trata de una medida importante para el colectivo de fronterizos, pues muchos de ellos querrán seguir empleados en el Estado dónde trabajaban. Sin embargo, parece que en la práctica los Estados no han asumido este claro mandato adaptando su normativa interna y siguen existiendo importantes trabas administrativas que dificultan su ejercicio al exigirse residencia en el Estado de empleo o al menos un domicilio en su territorio para proceder a la inscripción. Así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del TJUE⁵³ y un estudio reciente de la Comisión⁵⁴ donde se señala que, por ejemplo, España y Francia exigen de facto para la inscripción tener domicilio/residencia en su territorio (en España incluso en la zona de acción específica de la oficina de empleo dónde se solicita la inscripción), requisito que impide a los fronterizos conseguirla. Se trata de un obstáculo burocrático inadmisibles que coarta la libre circulación de trabajadores y atenta contra sus derechos básicos. Estas trabas nacionales

⁵² Ver TJCE 15-10-91, asunto Napoleón y Jocelyn Faux C-302/90 que permite al fronterizo que durante una situación de desempleo cubierta por el Estado de residencia solicite prestaciones de incapacidad temporal del país de empleo, computándose el periodo de desempleo de la misma forma que se hubiere cumplido en ese Estado.

⁵³ TJUE 13-12-12, asunto Caves Krier Frères C-379/11

⁵⁴ Ver las fichas por Estado miembro incluidas en JORENS, Y., MINDERHOUD, P. y DE CONINCK, J. Comparative Report: Frontierworkers in the EU. FreSso European Commission. January 2015. 123 p.

administrativas contrastan con la voluntad comunitaria de incentivar esta libertad partiendo, por ejemplo, de la búsqueda de empleo más allá de las fronteras, como muestra la reciente aprobación del RD 4379/2015, BOE 10-6-15 que recoge la acción “tu trabajo EURES-FSE” financiada por el Fondo Social Europeo con el objeto de impulsar la movilidad laboral intraeuropea. Como reconoció el Tribunal de Justicia ya en los años 90 si el objetivo de la norma de coordinación en relación a esta materia es favorecer la reinserción laboral del desempleado, añadiendo que *“es el trabajador quien mejor puede conocer las posibilidades de una reinserción profesional”*.⁵⁵ Esta misma conclusión debería ser aplicable a los fronterizos que también deben poder realizar esta opción de acuerdo con sus intereses sin trabas legales o administrativas.

El legislador no descarta que los fronterizos que residen en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, se pongan **simultáneamente a disposición de los servicios de empleo** de los dos Estados involucrados, el de empleo y el de residencia, optimizando así sus opciones de encontrar un nuevo empleo. Para ello deberán informar prioritariamente de su intención a la institución y a los servicios de empleo de su lugar de residencia que es quien abona, en su caso, las prestaciones de desempleo. Los servicios del Estado de empleo último pueden pedir a los del Estado de residencia que transmitan los datos pertinentes relativos a la inscripción y a la búsqueda de empleo del desempleado. Obviamente el Estado que abona las prestaciones, el de residencia, es el que podrá imponer prioritariamente el cumplimiento de determinadas obligaciones y/o actividades de búsqueda de empleo al desempleado. El incumplimiento de obligaciones o actividades de búsqueda de trabajo

⁵⁵ Ver TJCE 29-6-95, asunto Joop Van Gestel C-454/93

en el Estado de empleo no puede repercutir negativamente en el derecho a las prestaciones reconocidas en el Estado de residencia.

2. Cálculo y reembolso de prestaciones

La norma vigente asume la jurisprudencia previa y admite la toma en consideración del “*salario percibido por el interesado en el último empleo*” por el Estado de residencia (Rgto 883/2004/CEE art. 62.3).⁵⁶ El Reglamento de desarrollo aclara por su parte las dos siguientes cuestiones de las que se deduce de nuevo la necesidad de una colaboración administrativa reforzada (Rgto 987/2009/CE art. 55):

En primer lugar, la institución competente del último Estado de empleo o de actividad profesional debe comunicar a la del Estado de residencia, a solicitud de ésta, todos los datos necesarios para calcular las prestaciones de desempleo y, en particular, el importe del salario o de los ingresos profesionales percibidos.

En segundo lugar, cuando la legislación aplicable disponga que el cálculo de las prestaciones varíe según el número de los miembros de la familia, se tendrá en cuenta también a los miembros de la familia del interesado que residan en otro Estado miembro, como si residiesen en el Estado miembro competente. En el mismo sentido que en la norma vigente que trata de evitar la acumulación de prestaciones, esta disposición no se aplicará si, en el Estado miembro de residencia de los miembros de la familia, otra persona tiene derecho a prestaciones de desempleo para cuyo cálculo se toman en consideración a esos mismos miembros de la familia, evitándose así una sobreprotección injustificada.

No debe olvidarse que el salario foráneo se aplica en el marco de la legislación de Seguridad Social del Estado de residencia que puede,

⁵⁶ Ver sentencia del TJCE 28-2-80 sobre el asunto Fellinger (67/79); ver también TJCE de 1-8-92 sobre el asunto Grisvard y Kreitz

como en España establecer topes superiores reducidos que alejen escandalosamente el monto de la prestación de desempleo de la tasa de sustitución deseable por pérdida de empleo. El trabajador fronterizo es en este caso el damnificado al tener su nivel de vida en el Estado de residencia adaptado a su salario en el Estado de empleo.

Novedosamente, también se contempla en el nuevo Reglamento 883/2004/CE un **reembolso limitado** entre las instituciones afectadas. De manera que el Estado de residencia obtiene cierta compensación económica del Estado de empleo por las prestaciones abonadas, considerando que, al fin y al cabo, este último es el Estado al que el fronterizo estaba cotizando como consecuencia de su actividad laboral. En este sentido se establece que el sistema de Seguridad Social del Estado de residencia se reembolsará de las prestaciones de desempleo abonadas al fronterizo en los tres primeros meses hasta el máximo que se hubiera pagado en su propio Estado. Si se hubieran abonado e incluso exportado prestaciones de desempleo deberán ser descontadas de los mencionados 3 meses (Rgto 883/2004/CE art. 65.6). Este período de reembolso se puede ampliar a 5 meses cuando en los 24 meses previos al desempleo el trabajador hubiera desarrollado su actividad, durante al menos 12 meses, en el último Estado de empleo y tales períodos de actividad se tuvieran en cuenta para generar las prestaciones por desempleo (Rgto 883/2004/CE art. 65.7). En cualquier caso *“a efectos de los apartados 6 y 7, dos o más Estados miembros, o sus autoridades competentes, podrán convenir otras formas de reembolso o renunciar a todo reembolso entre las instituciones que de ellos dependan”* (Rgto 883/2004/CE art. 65.8).

La CACSSS a través de la Decisión nº U4 (DOUE C-57 de 25-2-2012) ha tratado de clarificar el complejo proceso de reembolso entre instituciones. La carga burocrática que esta supone para el Estado de residencia y la limitación del monto obtenible (difícilmente

comprensible en el marco de un modelo contributivo) puede desincentivar su uso. Como ya hemos señalado, las reglas vigentes sólo parecen favorecer a los Estados receptores de trabajadores fronterizos.

IV. Conclusiones

El resultado de aplicar la legislación del Estado de residencia al fronterizo en paro total, que propicia la norma de conflicto ad-hoc prevista para este colectivo no resulta adecuada, es incluso más complicada que el recurso a la norma general aplicable al migrante común que permite la opción entre prestaciones mediante la puesta a disposición de los servicios de empleo de uno u otro Estado.

Siguiendo la lógica migratoria desde Estados miembros menos desarrollados hacia los más desarrollados esta decisión legislativa supone un ahorro sustancial para los Estados de empleo, pues la prestación foránea a rembolsar parcialmente nunca podrá ser superior a la propia y normalmente tendrá un monto inferior. Los Estados de residencia por su parte soportan un gasto adicional e imprevisto en sus sistemas de Seguridad Social y un incremento de su carga administrativa en relación al cálculo de la prestación con salarios foráneos y a la solicitud de reembolso parcial al que tiene derecho.

En suma la carga burocrática, la complejidad del cálculo y el sistema de reembolsos no parecen un fuerte apoyo a esta opción política que en muchos casos hace sentirse discriminado al trabajador fronterizo respecto de sus compañeros de trabajo por el hecho de ser migrante, desincentivando el ejercicio de su derecho a la libre circulación.

Compromiso de actividad, búsqueda de empleo en la unión europea y protección por desempleo

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA¹

Letrado Jefe del Servicio Jurídico delegado central en el INSS

I. El compromiso de actividad como obligación del trabajador desempleado del trabajador. Origen y justificación

1. El origen del compromiso de actividad

El primer antecedente de la exigencia de un compromiso de actividad como requisito y contraprestación de las prestaciones por desempleo se establecía en el artículo 219 LGSS² que determinaba que *“para el reconocimiento de las prórrogas, la Entidad gestora podrá exigir a los beneficiarios del subsidio que en el momento de la solicitud de las mismas suscriban un compromiso de realizar acciones favorecedoras de su inserción laboral y los servicios públicos de empleo aplicarán a los trabajadores que hayan suscrito el compromiso de realizar acciones favorecedoras de su inserción laboral y los servicios*

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D Buenas Prácticas Jurídico Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social (DER 2012-32111) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² GARCÍA GARCÍA, José María. “El compromiso de actividad”. Revista Laboral Legislación 17/2003. LexNova.

públicos de empleo aplicarán a los trabajadores que hayan suscrito el compromiso las citadas acciones”.

En el mismo sentido el Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero, por el que se regula un programa, para el año 2000, de inserción laboral para los trabajadores desempleados de larga duración, en situación de necesidad, mayores de cuarenta y cinco años, vigente hasta el 1 de enero de 2001. La norma en aplicación de las directrices europeas en materia de empleo pretendía combinar políticas activas y pasivas personalizando las acciones de inserción. En tal sentido, se establecía como elemento esencial de la protección económica la suscripción por el beneficiario de un compromiso de actividad en virtud del cual se realizarían las distintas actuaciones favorecedoras de su inserción laboral que se acordaran con los servicios públicos de empleo y que se desarrollarían mientras el trabajador se mantenga incorporado al programa. Este requisito se mantuvo en los sucesivos reales decretos anuales que regulaban estos programas de inserción.

Dicho compromiso se integra en la ley en el artículo 1.3 del Real Decreto-ley 5/2002 que reforma el contenido de los artículos 209.1, 212.3, 219 y 231 LGSS.

El artículo 209.1 LGSS al regular el nacimiento del derecho exigía que en la fecha de la solicitud de la prestación por desempleo se suscribiera el compromiso de actividad. Igualmente el artículo 212.3 LGSS preveía en los casos de suspensión del derecho a la prestación se requiriera para reanudar la prestación la reactivación del compromiso de actividad salvo que la entidad gestora exigiera la suscripción de un nuevo compromiso. También como hemos visto el artículo 219.1.b) LGSS al regular la dinámica del subsidio por desempleo exigía para la prórroga del subsidio suscribir dicho compromiso. Por último, el artículo 231.1.h) LGSS establecía como obligación del perceptor de prestaciones y subsidios la suscripción del compromiso de actividad

definido en el segundo apartado de dicho precepto que señala: “A los efectos previstos en este Título, se entenderá por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones por desempleo de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo”.

Tras la Ley 42/2002, de 12 de diciembre se introduce el compromiso de actividad en otros preceptos de la LGSS. Así el artículo 1.1., de la ley 42/2002 incorpora tal compromiso en el artículo 207.c) LGSS al establecer como requisito para obtener la prestación “encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad regulado en el artículo 231 de esta ley”, y en el artículo 208.2 LGSS al determinar que no se considerarán en situación legal de desempleo cuando “el trabajador no acredite su disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada, a través del compromiso de actividad”. Por otra parte, la disposición derogatoria suprime el último párrafo del artículo 219.4 LGSS es decir, la exigencia del compromiso de actividad para hacer posible la prórroga del subsidio por desempleo.

Ciertamente la medida tiene su origen en el derecho comunitario³ y en particular a partir del Consejo Europeo de Copenhague de 21 y 23 de junio de 1993 en el que se plantea la creación de un libro Blanco (Libro Blanco Delors) sobre una estrategia a medio plazo para

³ MELLA MÉNDEZ, Lourdes. “El compromiso de actividad del desempleado”. Ediciones Estudios Financieros. 2005. Pags. 18 y ss.

estimular el crecimiento económico, la competitividad y el empleo en la Comunidad. En dicha estrategia se plantea la aprobación de directrices para el empleo aprobadas cada año por el Consejo a propuesta de la Comisión, que se ponen en marcha a partir del Consejo Europeo para el empleo celebrado en Luxemburgo los días 20 y 21 de noviembre de 1997.

Pues bien, las Directrices para 1998 y de años sucesivos fijan como objetivo mejorar la política de inserción profesional de los desempleados y para ello, la sustitución de las medidas pasivas de protección ante el desempleo por medidas activas⁴⁵.

A partir de aquí, los programas de instauración de Rentas de Inserción, desde su inicio, han establecido sistemáticamente como requisito para integrarse en la programa la suscripción del compromiso de actividad.

2. El compromiso de actividad en la ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo

El artículo 27.1 LE establece que los solicitantes y beneficiarios de prestaciones y subsidios de desempleo, conforme a lo establecido en el artículo 231 LGSS, deberán inscribirse y mantener la inscripción como demandantes de empleo en el servicio público de empleo, lo que implicará la suscripción ante el mismo del compromiso de actividad, y el deber de cumplir las exigencias de dicho compromiso, que quedarán recogidas en el documento de renovación de la demanda.

⁴ QUINTERO LIMA, M^a Gema y BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María. La protección por desempleo: ¿La ocupabilidad como contrapartida? Revista Doctrinal Aranzadi Social núm 7/2012.

⁵ Decisión del Consejo de 18 de febrero 2002 (2002/177/CE-DOCE 60/60 de 1 de marzo; Recomendación del Consejo de 18 de febrero de 2002 (2002/178/CE-DOCE L 60/70 de 1 de marzo); Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003 (2003/578/CE-DOCE L 60/70 de 1 de marzo).

Asimismo, el apartado 2 del precepto establece que la inscripción como demandante de empleo se realizará con plena disponibilidad para aceptar una oferta de colocación adecuada y para cumplir el resto de exigencias derivadas del compromiso de actividad, el cual se entenderá suscrito desde la fecha de la solicitud de las prestaciones y subsidios por desempleo.

Por su parte el apartado 3 del precepto señala que las administraciones públicas competentes en la intermediación laboral y en la gestión de políticas activas de empleo, garantizarán su aplicación a los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo, en el marco de las actuaciones que puedan establecerse en aplicación de la Estrategia Española de Activación del Empleo de manera que se deberá atender mediante dichas actuaciones, como mínimo, al volumen de beneficiarios proporcional a la participación de las mismas que tengan lugar en el total de desempleados del territorio.

De esta manera los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo inscritos en los servicios públicos de empleo, una vez hayan suscrito el compromiso de actividad, deberán participar en las políticas activas de empleo que se determinen en el itinerario de inserción. Así, los servicios públicos de empleo competentes verificarán el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la suscripción del compromiso de actividad de los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo, comunicando la sanción impuesta, en su caso, en el momento en que se imponga, al Servicio Público de Empleo Estatal o al ISM, según corresponda, para su ejecución.

Los servicios públicos de empleo competentes verificarán, asimismo, el cumplimiento de la obligación de dichos beneficiarios de mantenerse inscritos como demandantes de empleo, debiendo comunicar los incumplimientos de esta obligación al Servicio Público

de Empleo Estatal o, en su caso, al ISM, en el momento en que se produzcan o conozcan. Dicha comunicación podrá realizarse por medios electrónicos y será documento suficiente para que el Servicio Público de Empleo Estatal o, en su caso, el ISM, inicie el procedimiento sancionador que corresponda.

3. El contenido obligatorio del compromiso de actividad en la actividad

El artículo 231.2 LGSS aclara que es lo que se entiende por compromiso de actividad indicando que se entenderá por tal el “que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo.

El Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Público de Empleo autonómicos requerirán a los beneficiarios de prestaciones por desempleo para que acrediten ante ellos, en la forma que determinen en el marco de la colaboración mutua, la realización de actuaciones dirigidas a su reinserción laboral o a la mejora de su ocupabilidad. La no acreditación tendrá la consideración de incumplimiento del compromiso de actividad.

Para la aplicación de lo establecido en los párrafos anteriores el Servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito”.

En este sentido el compromiso de actividad se conforma como un requisito para la obtención de las prestaciones de desempleo tanto del

nivel contributivo como del asistencial de manera que la firma del compromiso supone una cierta contractualización de la protección, y por ende, el reconocimiento del derecho se hace depender de la aceptación por parte del trabajador de futuras actuaciones dirigidas a la reinserción laboral, compromiso que no se presume sino que es necesario explicitarlo por escrito.

Respecto a la naturaleza jurídica de la institución, tiene una apariencia contractual aunque lo cierto es que se configura como un requisito para la obtención y mantenimiento de la prestación aún cuando como señala MELLA⁶ la voluntad y las condiciones subjetivas del beneficiario tiene cierta relevancia. MERCADER predica la naturaleza estrictamente administrativa del compromiso señalando que se configura como una especie de “cláusula accesoria de tipo modal prevista legalmente y que acompaña a una resolución administrativa declarativa de derechos, como es, en este caso, aquella que otorga la prestación por desempleo”⁷.

El compromiso se exige por una sola vez, al tiempo de formalizar la solicitud del subsidio o de las prestaciones por desempleo y se configura, por tanto, como un requisito necesario para el nacimiento y conservación el derecho prestacional⁸, cuyo contenido obligacional únicamente puede incumplirse sin sanción por circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del trabajador⁹¹⁰¹¹. En este sentido,

⁶ MELLA MÉNDEZ, Lourdes. “El compromiso de actividad del desempleado”. Ediciones Estudios Financieros. 2005. Pags. 66.

⁷ MERCADER UGUINA, JR. “Reformas y contrarreformas en el sistema de protección por desempleo. La Ley 45/2002 como telón de fondo”. Tirant Lo Blanch. 2002. Pag. 66.

⁸ Sentencia TSJ Asturias de 9 de enero de 2009 (recurso 2000/2008). Se desestima el derecho al subsidio por desempleo a penado clasificado en tercer grado al no poder suscribir el compromiso de actividad.

⁹ Sentencia del TSJ Comunidad Valenciana de 25 de octubre 2005 (recurso 2440/2005). Incumplimiento a la presentación a trabajo como extra a causa de gastroenteritis.

en el caso de suspensión del derecho a la prestación el compromiso se reactivará cuando el trabajador solicite la reanudación de la protección salvo que la entidad gestora por razones específicas requiera la suscripción de un nuevo compromiso¹².

El contenido del compromiso es genérico y alude como señala el primer párrafo del artículo 231.2 LGSS a la obligación de buscar activamente empleo, aceptar colocación adecuada y participar en las acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar la ocupabilidad, participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo y acciones de promoción, ya sean ofrecidos por los servicios públicos de empleo o por agencias de colocación debidamente autorizadas.

Ahora bien, las actividades que conforman el contenido obligacional del compromiso deben partir de la realización de dos actividades previas que competen a los servicios públicos de empleo. De un lado, la realización de un asesoramiento individualizado al trabajador desempleado mediante el nombramiento de un tutor que de forma individualizada y tras la realización de las acciones de evaluación y calificación de las capacidades del trabajador le asesore en relación con las posibilidades de inserción en el mundo laboral; por otro lado, la confección de un itinerario de inserción laboral que se adecue a las características y requerimientos personales y profesionales del beneficiario a fin de planificar la inserción profesional del trabajador.

¹⁰ Sentencia TSJ Madrid de 24 junio 2014 (recurso 223/2014) No constituye causa justificada la defectuosa notificación cuando el beneficiario participa en la ineficacia de la notificación.

¹¹ Sentencia TSJ Madrid de 5 de mayo de 2005 (recurso 1806/2005) El compromiso de actividad es compatible con la percepción de una pensión de invalidez no contributiva.

¹² Sentencia TSJ Madrid de 22 de abril de 2010 (recurso 107/2010)

La estricta exigencia del compromiso de actividad se suaviza en los casos en los que el beneficiario de la protección por desempleo sea víctima de violencia de género en cuyo caso las obligaciones del compromiso de actividad se deben acomodar a las exigencias de la protección, seguridad y asistencia social integral.

El incumplimiento del compromiso de actividad habilita el ejercicio de la potestad sancionadora en el orden social si bien la trascendencia del incumplimiento se asocia a la gravedad de las diferentes obligaciones que el compromiso de actividad contempla.

En este sentido, el artículo 17.2 LISOS determina que constituye infracciones leves de los trabajadores en materia de empleo:

a) No comparecer, previo requerimiento, ante los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos y así se recoja en el convenio de colaboración, o no renovar la demanda de empleo en la forma y en las fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda, salvo causa justificada.

Las citaciones o comunicaciones efectuadas por el Servicios Público e Empleo Estatal y los Servicios Públicos de Empleo autonómicos por medios electrónicos para el cumplimiento del compromiso de actividad, se entenderán válidas, a efectos de notificación, siempre que los solicitantes o beneficiarios de las prestaciones por desempleo hayan expresado previamente su consentimiento.

b) No devolver en plazo, salvo causa justificada, a los servicios públicos de empleo o, en su caso, a las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos y así se recoja e el convenio de colaboración, el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por aquéllos.

c) No cumplir las exigencias del Acuerdo Personal de Empleo, salvo causa justificada, siempre que la conducta no esté tipificada como otra infracción leve.

A este respecto el artículo 47.1.a) LISOS establece que en el caso de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo, las infracciones se sancionarán:

1ª infracción. Pérdida de un mes de las prestaciones.

2ª infracción. Pérdida de tres meses de prestaciones.

3ª infracción. Pérdida de seis meses de prestaciones,

4ª infracción. Extinción de las prestaciones.

En cambio el incumplimiento del compromiso de actividad se tipificará como falta grave del trabajador de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.2 LISOS cuando la obligación incumplida consista en rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración de aquellos, o negarse a participar en programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada, ofrecidos por los servicios públicos de empleo.

En relación con este tipo de infracciones calificadas como graves, la sanción aplicable de acuerdo con lo establecido en el artículo 47.1.b) LISOS será la de extinción de la prestación o subsidio.

II. La salida al extranjero del beneficiario de prestación como causa de suspensión y extinción de las mismas

El artículo 212.1 LGSS en sus letras f) y g) establece que la salida al extranjero puede ser causa de suspensión de la prestación o subsidio en las siguientes circunstancias:

En los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajos de perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un periodo continuado inferior a doce meses, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea.

En los supuestos de estancia en el extranjero por un periodo, continuado o no, de hasta 90 días como máximo durante cada año natural, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora.

En cambio, no tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores establecidas en el artículo 231.1 LGSS.

Por su parte, el artículo 213.1.f) LGSS establece que será causa de extinción de las prestaciones o subsidios por desempleo el traslado o estancia en el extranjero, salvo en los supuestos que sean causa de suspensión recogidas en las letras f) y g) del artículo 212.1 LGSS.

En relación con la suspensión del derecho, el artículo 6.3 RD 625/1985, de 2 de abril establece que el derecho a la prestación por desempleo quedará suspendido en los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que su

finalidad es la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional, o cooperación internacional por un periodo continuado inferior a doce meses¹³, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre exportación de prestaciones en los Convenios o Normas Comunitarias. En otro caso, el traslado de residencia al extranjero incumpliendo alguno de los requisitos anteriores supondrá la extinción del derecho.

Señala también el precepto reglamentario que no tendrá consideración de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social.

El fundamento de la regulación de la suspensión o extinción de las prestaciones por desempleo reside precisamente en la imposibilidad en este caso de cumplir con las exigencias del compromiso de actividad y en particular, las obligaciones que ello conlleva en relación con la participación en acciones formativas, de promoción e inserción laboral, etc. Obligaciones que se derivan como hemos señalado del artículo 231 LGSS y del artículo 27.2 de la Ley de Empleo¹⁴.

Sobre el alcance de los efectos suspensivos y extintivos por la salida al extranjero se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2012 (recurso 4325/2011) que distingue las siguientes situaciones posibles:

¹³ Sentencia TSJ País Vasco de 24 de febrero 1998 (recurso 3189/1997) en el plazo se incluye el periodo vacacional.

¹⁴ CERVILLA GARZÓN, María José. "El traslado al extranjero como circunstancia suspensiva del derecho a la prestación por desempleo. Relaciones Laborales 1/2014.

a) Una prestación “mantenida” en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno.

b) Una prestación “extinguida”, con la salvedad de los supuestos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte “traslado de residencia”, es decir por más de los noventa días que se determinan en la legislación de extranjería para el paso de la estancia a la residencia temporal. En este sentido, la extinción de la prestación también se aplicará cuando el traslado al exterior por un periodo superior a noventa días se produce en dos periodos distintos con un intervalo entre ellos de diez días, sin haberlo comunicado al servicio público de Empleo¹⁵.

c) Una prestación “suspendida” en el supuesto particular del artículo 6.3 del RD 625/1985 en la redacción dada por el RD 200/2006) de “búsqueda o realización de trabajo” o “perfeccionamiento profesional” en el extranjero por tiempo inferior a “doce meses”.

d) Una prestación “suspendida” en todos los demás supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con la consiguiente ausencia en el mercado de trabajo español del beneficiario de la prestación por desempleo¹⁶.

Como señala GARCÍA DE PAREDES¹⁷, el tercero de los supuestos contemplados se concibe por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al margen del texto literal de la norma lo que crea a su vez algunos problemas. Así de un lado, no se determina con concreción el efecto

¹⁵ Sentencia TS de 3 de julio de 2014 (Rcud 1518/2013).

¹⁶ Sentencia del TSJ Andalucía/Granada de 11 de diciembre de 2013 (recurso 1997/2013); Sentencia TSJ La Rioja de 311 de julio de 2013 (recurso 140/2013).

¹⁷ GARCÍA DE PAREDES; María Luz. Glosa Judicial. Desempleo del trabajador no comunitario. Salida al extranjero del beneficiario: circunstancias y efectos. (Comentario a la STS de 18 de octubre de 2012). Actualidad Laboral nº 4. Abril 2013

suspensivo, mientras que por otro lado, se crearían injustificadamente tratamientos desiguales si el efecto suspensivo no es aplicable a trabajadores autónomos y los perceptores de Renta Social de Inserción y más todavía respecto de los trabajadores que permanecen en territorio español sometidos a los mandatos que le impone el régimen de prestaciones y sin poder disponer de tiempo de suspensión de prestaciones, sin o con reducción de las mismas.

La percepción de prestaciones por desempleo durante la suspensión o extinción de la prestación determinará el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas¹⁸, mientras que el regreso a territorio español determinará la reapertura del derecho suspendido aún cuando el trabajador extranjero regrese tras el cumplimiento de orden de expulsión¹⁹.

III. El desplazamiento del trabajador perceptor de prestaciones de desempleo a otros estados de la unión europea y compromiso de actividad

Como hemos visto, el artículo 212 LGSS y el artículo 6.3 RD 625/1985, determinan que el régimen de suspensión se acomodará a lo dispuesto en los Convenios internacionales y a lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea.

La regulación de la posible exportación de la prestación por desempleo se establece en el artículo 64 del reglamento (CE) 883/2004 que permite tal exportación por un plazo máximo de tres meses.

El citado artículo prevé que el beneficiario de prestaciones contributivas o asistenciales que cumpla los requisitos de la legislación del Estado miembro competente para tener derecho a las prestaciones

¹⁸ Sentencia del TSJ Aragón de 2 de julio de 2014 (recurso 31072014).

¹⁹ Sentencia del TSJ Madrid de 7 de octubre de 1999 (recurso 3633/1999).

y que se desplace a otro Estado miembro para buscar trabajo en él conservará su derecho a prestaciones de desempleo en metálico en las siguientes condiciones y dentro de los siguientes límites:

a) La persona desempleada deberá haberse registrado como demandante de empleo antes de la salida del país y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente, en el caso de España en el SEPES, durante al menos cuatro semanas desde el inicio de su situación de desempleo, salvo que los servicios o instituciones competentes autoricen su salida antes de dicho plazo.

b) La persona desempleada deberá registrarse como demandante de empleo en los servicios de empleo miembro al que se haya trasladado, someterse al procedimiento de control organizado por éste y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro. A este respecto se considerará cumplido este requisito durante el periodo previo al registro si el interesado se registra durante los siete días posteriores a la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda, plazo que puede ser ampliado excepcionalmente por los servicios e instituciones competentes.

c) El interesado conservará el derecho a las prestaciones durante un periodo de tres meses a partir de la fecha en que se haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda, a condición de que la duración total del periodo durante el cual se facilitan las prestaciones no supere la duración total del periodo del periodo de prestaciones a las que tenía derecho con arreglo a la legislación de dicho Estado. No obstante, los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar dicho periodo de tres meses hasta un máximo de seis meses.

d) Las prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución competente con arreglo a la legislación que aplique.

Por otra parte, cuando el interesado regresara a España en la fecha de expiración del periodo de tres meses en el que tenga derecho a prestaciones, o antes de dicha fecha, seguirá teniendo derecho a prestaciones conforme a la legislación española. Ahora bien, si el trabajador no regresara a España en la fecha de expiración de la misma, perderá todo derecho a prestaciones conforme a la legislación española, aunque como hemos visto el efecto será suspensivo en los casos previstos en el artículo 212.1.f) y g) LGSS. No obstante, en casos excepcionales, el SEPES podría permitir a las personas interesadas el regreso en una fecha posterior sin pérdida de su derecho.

El artículo 64 del Reglamento (CE) 883/2004 prevé que salvo en el caso de que la legislación del Estado miembro competente sea más favorable, entre dos periodos de actividad el máximo periodo total durante el cual se mantendrá el derecho a prestaciones será de tres meses, salvo que la institución o servicios competentes prorroguen dicho periodo hasta un máximo de seis meses.

Por último, el Reglamento (CE) 883/2004 remite al reglamento de aplicación la regulación de las condiciones de intercambio de información, cooperación y asistencia recíproca entre las instituciones y servicios del Estado miembro competente y del Estado miembro al que la persona para buscar trabajo. En tal sentido el artículo 55 del Reglamento (CE) 987/2009 establece que para poder acogerse a lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento (CE) 883/2004, el desempleado que vaya a desplazarse a otro Estado miembro informará al SEPES antes de su partida y le pedirá un documento que acredite que sigue teniendo derecho a las prestaciones en las condiciones establecidas en el artículo 64.1.a) del Reglamento (CE) 883/2004.

El SEPES le informará de las obligaciones que le afectan y le transmitirá dicho documento, en el que figurará:

a) la fecha en que el desempleado ha dejado de hallarse a disposición de los servicios de empleo del Estado competente.

b) el plazo concedido para la inscripción como demandante de empleo en el Estado miembro al que el desempleado se haya desplazado.

c) El periodo máximo durante el cual puede conservarse el derecho a las prestaciones.

d) Los hechos que pueden modificar el derecho a las prestaciones.

El desempleado se inscribirá como demandante de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro al que se desplace y transmitirá a la institución de este Estado miembro el documento facilitado por el SEPES. No obstante, en el caso en que el interesado haya informado al SEPES de su desplazamiento pero no haya presentado el citado documento, la institución del Estado miembro al que se haya desplazado se dirigirá al SEPES para obtener la información necesaria.

En el momento de la inscripción, o en su caso después, la institución del Estado miembro al que se haya desplazado el beneficiario de las prestaciones le informará de sus obligaciones y transmitirá inmediatamente al SEPES un documento en el que conste la fecha de inscripción del desempleado en los servicios de empleo y su nuevo domicilio.

A partir de este momento la institución competente del Estado miembro al que se haya desplazado el beneficiario de prestaciones de desempleo asumirá el control del cumplimiento de las obligaciones del beneficiario de manera que si se produjera alguna circunstancia que pudiera afectar al derecho a dichas prestaciones, la institución del Estado miembro al que se haya trasladado el desempleado transmitirá

inmediatamente a la institución competente y al interesado un documento que recoja la información pertinente. En este sentido, a petición del SEPES, la institución del Estado miembro al que se haya desplazado el desempleado proporcionará mensualmente la información pertinente sobre el seguimiento de la situación de este, que haya de constar, en particular, si aún se encuentra inscrito en los servicios de empleo y si cumple con los procedimientos de control organizados. A este respecto la institución competente del Estado miembro al que se haya desplazado el desempleado ejercerá su control sobre él, directa o indirectamente, como si se tratase de un desempleado beneficiario de prestaciones concedidas en virtud de la legislación aplicada por ella. De este modo, la institución competente del Estado miembro al que se desplace el desempleado, cuando proceda y tan pronto como tenga conocimiento de que se ha producido alguno de los hechos que puedan modificar el derecho a las prestaciones, lo comunicará al SEPES.

Para hacer efectiva la colaboración entre las dos servicios de empleo, las autoridades competentes de dos o más miembros podrán definir en común un conjunto de medidas y plazos específicos destinados al seguimiento de la situación del desempleado, así como las medidas para favorecer la búsqueda de empleo de los desempleados que se desplazan a uno de estos Estados miembros.

Como vemos, la aplicación del principio de igualdad de trato determina que la aplicación al trabajador desplazado a otro Estado las mismas medidas de control y seguimiento establecidas para los desempleados en el Estado al que el trabajador se desplaza y ello aun cuando la prestación se perciba por cuenta del Estado de origen, en el caso que nos ocupa el SEPES. Las mismas razones determinan que los nacionales de otros Estados de la Unión Europea perceptores de prestaciones por desempleo que se desplacen a España para buscar

trabajo tengan obligatoriamente que suscribir el compromiso de actividad y que por tanto, el incumplimiento por el beneficiario del cumplimiento de estas obligaciones determine la urgente comunicación por parte del SEPES al servicio de empleo del Estado de origen de dichas circunstancias y en su caso la imposición de la sanción que este último determine.

No obstante, el desplazamiento a algunos países miembros como Gran Bretaña o Francia obliga al trabajador a firmar un documento similar al compromiso de actividad cuya suscripción condiciona la percepción de la prestación por desempleo²⁰. En cambio, en otros estados, tal condicionamiento no se establece o no se establece como requisito determinante de la prestación. En estos casos, máxime cuando en la actualidad el número de trabajadores en desempleo que se desplaza a otros Estado de la Unión Europea se ha incrementado notablemente, parece lógico que en virtud de la habilitación establecida en el último párrafo del artículo 55 del Reglamento (CE) 987/2009 se establezca entre el SEPES y los servicios público de empleo de los Estados miembros de la Unión Europea protocolos con medidas que faciliten la búsqueda de empleo entre las que se podrían contemplar la facilitación de los itinerarios de inserción elaborados en España y la transmisión a través de cauces ágiles por parte de los servicios de empleo de estos países al SEPES de las actuaciones realizadas y del grado de cumplimiento de estas por parte del beneficiario.

En este sentido, pese al breve plazo en el que se permite la exportación de la prestación, y precisamente por esta razón, sería conveniente que los Servicios Públicos de Empleo de los distintos estados compartieran la información disponible relativa a la inserción

²⁰ MELLA MÉNDEZ, Lourdes. "El compromiso de actividad del desempleado". Ediciones Estudios Financieros. 2005. Pag. 57.

del trabajador desplazado, la evolución que ha experimentado en su itinerario de inserción, y en la medida de lo posible la posibilidad de proseguir en el Estado receptor de las actividades previstas he dicho itinerario.

IV. La protección de los trabajadores fronterizos y de otros trabajadores que residan en un estado distinto del competente que causan desempleo y el compromiso de actividad

El artículo 65 del Reglamento (CE) 883/2004 bajo el título de “Personas desempleadas que residen en un Estado miembro distinto del Estado competente” regula la coordinación entre Estado en orden a satisfacer las prestaciones de desempleo de los trabajadores fronterizos distinguiendo los supuestos en los que el desempleo es parcial o accidental y aquellos en que es total²¹.

En el primero de los casos el artículo 65.1 del Reglamento establece que las personas en situación de desempleo parcial o intermitente que durante un periodo de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente deberán ponerse a disposición de su empresario o de los servicios de empleo del Estado competente recibiendo las prestaciones con arreglo a la legislación del Estado miembro competente como si residieran en dicho Estado miembro siendo otorgadas por la institución del Estado competente. Así por ejemplo, el trabajador fronterizo portugués que causara prestación de desempleo a consecuencia de la reducción o suspensión de jornada percibiría las

²¹ AYUSO MOZAS, Raúl. “La prestación por desempleo en la normativa y en la jurisprudencia comunitarias”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales”. Número 72.

prestaciones de desempleo por el SEPES y de acuerdo con la legislación española, sujetándose el trabajador a las mismas obligaciones que los españoles.

Por otra parte, las personas en situación de desempleo total que durante su último periodo de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y sigan residiendo en dicho Estado miembro o regresen a él se pondrán a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia. Así, sin perjuicio de la obligación de inscribirse en los servicios de empleo en el plazo de 7 días previsto en el artículo 64 del Reglamento (CE) 883/2004, estas personas podrán, como medida complementaria, ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro en que haya transcurrido su último periodo de actividad por cuenta ajena o por cuenta propia. Como decimos, estas personas deberán registrarse como demandantes de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro en que residan, someterse al procedimiento de control organizado en éste y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro. No obstante, si optaran por registrarse como demandantes de empleo en el Estado miembro en el que haya transcurrido su último periodo de actividad por cuenta ajena o propia, deberán cumplir los requisitos aplicables en dicho Estado miembro aun cuando esto no afecte a la conservación del derecho.

En cambio, las personas en situación de desempleo, a excepción de los trabajadores fronterizos, que no regresen a su Estado de residencia se pondrán a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro a cuya legislación hayan estado sujetas en último lugar. Estos trabajadores deberán registrarse como demandantes de empleo en los servicios de empleo de dicho Estado miembro y someterse al

procedimiento de control organizado por este y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro.

Las personas en situación de desempleo total que durante su último periodo de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado distinto del miembro competente que siga residiendo en dicho Estado o regresen a él, incluso cuando se pongan a disposición de forma complementaria a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro en que prestó servicios en último lugar, recibirán prestaciones con arreglo a la legislación del Estado miembro de residencia como si hubieran estado sujetas a legislación de éste durante su último periodo de actividad como trabajador por cuenta ajena o propia siendo estas prestaciones otorgadas por la institución del lugar de residencia.

No obstante, el trabajador que sea un trabajador fronterizo al que se hayan concedido prestaciones a cuenta de la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto recibirá en primer lugar cuando regrese al Estado miembro de residencia, prestaciones como si se desplazara a otro Estado en busca de empleo, en los términos establecidos en el artículo 64 del Reglamento (CE) 883/2004, suspendiéndose las prestaciones del Estado en que tuvo la última actividad.

Las prestaciones facilitadas por la institución del lugar de residencia serán facilitadas con cargo a esta si bien la institución competente del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar reembolsará a la institución del lugar de residencia el importe total de las prestaciones facilitadas por esta última institución, durante los tres primeros meses. El importe del reembolso durante este periodo no podrá superar el importe que se haya de pagar, en caso de desempleo, con arreglo a la legislación del Estado competente. Ahora bien, en el caso de los trabajadores fronterizos que reciban las prestaciones en los

términos establecidos para los trabajadores desplazados para encontrar empleo las prestaciones percibidas por este concepto se deducirán de las prestaciones sujetas a reembolso.

El periodo de reembolso de tres meses se ampliará a cinco meses cuando el interesado haya completado, en los 24 meses anteriores, periodo de actividad por cuenta ajena o propia por un total de al menos 12 meses en el Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar, cuando dichos periodos puedan tenerse en cuenta para generar un derecho a prestaciones por desempleo.

A efectos de la coordinación de las prestaciones, dos o más Estados miembros, o sus autoridades competentes, podrán convenir otras formas de reembolso o incluso renunciar a todo reembolso entre las instituciones que de ellos dependan.

El artículo 56 del Reglamento (CE) 987/2009 establece que cuando el desempleado decida inscribirse como demandante de empleo, asimismo en el Estado miembro que no abona las prestaciones, informará de ello a la institución y a los servicios de empleo del Estado miembro que abona las prestaciones, informará de ello a la institución y a los servicios de empleo del Estado miembro que abona las prestaciones, informará de ello a la institución y a los servicios de empleo del Estado miembro que abona las prestaciones. En este sentido, a petición de los servicios de empleo del Estado miembro que abona las prestaciones transmitirán los datos pertinentes relativos a la inscripción y a la búsqueda de empleo por parte de desempleo.

De este modo, cuando la legislación aplicable en los Estados miembros de que se trate exija el cumplimiento de determinadas obligaciones y/o actividades de búsqueda de empleo en el Estado miembro que abone las prestaciones de manera que el incumplimiento por parte del desempleado de obligaciones o actividades de búsqueda

de empleo en el Estado miembro que no abona las prestaciones no afectará a las prestaciones concedidas en el otro Estado miembro.

En cuanto al reembolso previsto en los supuestos en los que el trabajador desempleado resida en un Estado distinto de aquel en que trabajó en último término, previsto en el artículo 65 del Reglamento (CE) 883/2004, la institución del lugar de residencia dirigirá a la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sujeto el beneficiario en último lugar la solicitud de reembolso de las prestaciones de desempleo²².

La solicitud se cursará dentro de un plazo de seis meses a partir del final del semestre civil durante el cual se haya efectuado el último pago de las prestaciones de desempleo cuyo reembolso se solicite. La solicitud indicará la cuantía de las prestaciones abonadas durante los periodos de tres o cinco meses contemplados en el artículo 65.5 y 6 del Reglamento (CE) 883/2004, el periodo por el que se pagaron estas prestaciones y los datos de identificación del desempleado.

Los créditos se solicitarán y pagarán a través de los organismos de enlace de los Estados miembros de que se trate. No obstante, no se tendrán en cuenta las solicitudes presentadas fuera del plazo de seis meses aplicándose las disposiciones comunes relativas al reembolso entre instituciones en materia de asistencia sanitaria. Así transcurrido 18 meses sin realizarse el pago se devengarán intereses en los créditos no pagados.

Por último, hay que señalar que la cuantía máxima del reembolso será en cada caso particular la cuantía de la prestación a la que la persona de que se trate tendría derecho con arreglo a la legislación del Estado miembro a la que haya estado sujeta en último lugar si estaba

²² GARCÍA VIÑA, Jordi. “La coordinación de prestaciones de desempleo en el Reglamento 883/2004. La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. VVAA, Dirigido por SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. Laborum 2010. Pag. 285

inscrita en los servicios de empleo de dicho Estado miembro. No obstante, en las relaciones entre Estados miembros que se enumeran en el Anexo 5 del Reglamento de aplicación, las instituciones competentes de uno de esos Estados miembros a cuya legislación estaba sujeta en último lugar la persona de que se trate determinarán la cuantía máxima en cada caso particular tomando como base la cuantía media de las prestaciones por desempleo concedidas en el año civil anterior con arreglo a la legislación de dicho Estado.

Pues bien, en relación con el compromiso de actividad, la aplicación del principio de igualdad de trato obliga a llegar a las mismas conclusiones señaladas en relación con los perceptores de prestaciones por desempleo que exportan la prestación para buscar trabajo en otro Estado de la Unión. En tal sentido, generalmente el trabajador estará sujeto a las obligaciones que determine la legislación de los servicios de empleo del Estado de residencia lo que determinará en el caso de España la suscripción del compromiso de actividad y en estados en Francia y Gran Bretaña obligaciones similares. A tal fin como indicábamos anteriormente cobra especial trascendencia la realización de protocolos que permitan trasladar a los servicios de empleo de los estados de residencia información suficiente sobre su itinerario de inserción laboral y sus posibilidades de ocupabilidad.

La exportación de la Renta Activa de Inserción ¿Buena práctica legislativa?

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO¹

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

I. Introducción

Dando cumplimiento al mandato contenido en el apartado 4º de la Disposición Final Quinta² del Real Decreto Legislativo 1/1994, el RD 1369/2006 procedió a regular la Renta Activa de Inserción (RAI)³.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D Buenas Prácticas Jurídico Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social (DER 2012-32111) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² Introducido por el artículo primero, apartado 12, del Real Decreto-ley 5/2002, de 24 de mayo. Si bien la habilitación al Gobierno para regular dentro de la acción protectora por desempleo la Renta Activa de inserción se remonta al artículo 26 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, redactado en los siguientes términos: “se habilita al Gobierno a regular para el año 2001 dentro de la acción protectora por desempleo y con el régimen financiero y de gestión establecido en el capítulo V del Título III del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, el establecimiento de una ayuda específica, denominada Renta Activa de Inserción, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo, que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral”.

³ El RD 1369/2006 señala que “las modificaciones más importantes que incorpora el programa contenido en este Real Decreto, en relación con los programas anteriores, es que no se configura con una duración anual, sino que se ordena con carácter permanente”.

No obstante, los antecedentes de la RAI se remontan al RD 236/2000⁴ dictado en cumplimiento de las previsiones del Plan Nacional de Acción para el Empleo para el año 2000⁵, estableciéndose a partir de entonces programas anuales hasta la entrada en vigor del RD 1369/2006 en que pasó a tener carácter permanente.

La RAI se inspira en las directrices de la Estrategia Europea de Empleo que propugna una política de empleo que compagine la garantía de ingresos mínimos con medidas adecuadas de inserción laboral. Ello explica que la RAI comprenda no sólo una prestación económica sino también la incorporación del beneficiario en acciones de inserción laboral –STS de 3.3.2010 (RJ. 1479)–.

II. Naturaleza jurídica

Determinar la naturaleza jurídica de la RAI, cuestión que ha sido objeto de intensos debates entre la doctrina española⁶, resulta determinante para poder dilucidar su posible inclusión en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004 de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. De la premisa anterior derivarían importantes consecuencias jurídicas, tales como la aplicación del principio de igualdad de trato sin discriminación por razón de la nacionalidad a los solicitantes, y su exportación a los Estados en los que el Derecho de la Unión Europea resulta aplicable.

⁴ Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero, por el que se regula un programa, para el año 2000, de inserción laboral para los trabajadores desempleados de larga duración, en situación de necesidad, mayores de cuarenta y cinco años.

⁵ Consejo Económico y Social; La Estrategia Europea de Empleo. Informe 1/2001. Madrid, 2001; p.23.

⁶ Entre otros, cfr. Ricardo Esteban Legarreta; La Renta Activa de Inserción. Valencia. Tirant lo Blanch. 2006.

1. La renta activa de inserción, prestación por desempleo de Seguridad Social

El desempleo es la única contingencia mencionada expresamente en el artículo 41 de la CE, que contiene un mandato dirigido a los poderes públicos para garantizar prestaciones de Seguridad Social suficientes ante situaciones de necesidad.

El desempleo es indudablemente un típico riesgo de Seguridad Social y, como tal, incluido en el Convenio nº 102 de la OIT de Norma Mínima de Seguridad Social y en el ámbito material de los Reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social.

Conforme al artículo 1 del RD 1369/2006 beneficiarios de la RAI son los desempleados. Por tanto, es evidente que la contingencia protegida es la situación de desempleo involuntario de quienes quieren y pueden trabajar.

Es, además, un derecho subjetivo perfecto, no estando el reconocimiento y abono de la prestación económica sometido a la discrecionalidad de la Administración. El carácter de derecho subjetivo también se predica de las “las acciones de inserción dirigidas a los beneficiarios de la RAI”⁷.

La inclusión de la RAI “dentro de la acción protectora por desempleo” del sistema español de Seguridad Social resulta incuestionable y así está expresamente reconocida por el propio Real Decreto 1369/2006, si bien su naturaleza de prestación de Seguridad Social ya había sido constatada años antes en el artículo 26 de la Ley 14/2000 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social⁸.

⁷ Josep Moreno Gené; “El Carácter Dual del Contenido Prestacional de la Renta Activa de Inserción”. Aranzadi Social nº 5//2005; pp. 1333-1366.

⁸ Cfr. nota nº 2.

Al tratarse de una prestación de Seguridad Social su legislación corresponde en exclusiva al Estado en virtud del artículo 149.1.17 CE. El hecho de que su regulación se encuentre contenida en un Real Decreto y no en una norma con rango de ley –o incluso en el propio TRLGSS– no es sino manifestación de una deficiente técnica legislativa⁹.

2. Financiación y gestión

Respecto a la financiación y gestión de la RAI resultan aplicables las previsiones contenidas en el Título III del TRLGSS, concretamente en el proyectado nuevo Capítulo VI del TRLGSS¹⁰ que lleva por título “Régimen Financiero y Gestión de las Prestaciones. Así expresamente lo establece el RD 1369/2006 si bien esta remisión en modo alguno resulta novedosa ya que fue introducida por el artículo 26 de la Ley 14/2000¹¹.

A mayor abundamiento el RD 1369/2006 predica respecto de la RAI “la misma financiación que el resto de las prestaciones y subsidios por desempleo” y su artículo 15 expresamente se remite al artículo 223 RDLegislativo 1/1994 (art. 293 en el proyectado nuevo TRLGSS).

El que a la RAI se le aplique el mismo régimen de financiación que a las prestaciones contributivas y asistenciales de desempleo obliga a tener presente que todas las prestaciones por desempleo –tanto del nivel “contributivo” como asistencial– tienen naturaleza mixta pues se financian mediante cotizaciones de empresarios y trabajadores y con

⁹ Cfr. M^a Rosa Vallecillo Gámez y Cristóbal Molina Navarrete; “El Régimen de Estabilidad de la Renta Activa de Inserción como Subsidio No Contributivo de la Seguridad Social: ¿Realidad o Pretensión?”. Revista de Trabajo y Seguridad Social n^o 286/2007; pp. 107-160.

¹⁰ Capítulo V del Título III de RDLegislativo 1/1994.

¹¹ Cfr. nota n^o 2.

aportaciones del Estado a través de los Presupuestos Generales (art. 223.1 RDLegislativo 1/1994, art. 293 en el proyectado nuevo TRLGSS).

Por último, por lo que se refiere a la Entidad Gestora competente, señalar que la gestión de todas las prestaciones económicas por desempleo está atribuida al Servicio Público de Empleo Estatal¹² independientemente de la nomenclatura que se atribuya a la prestación en concreto¹³.

3. La Renta Activa de Inserción, prestación contributiva de Seguridad Social

El RD 1369/2006, parafraseando al RD 781/2001¹⁴, señala que la RAI tiene “carácter específico y diferenciado del nivel contributivo y asistencial”, frase que hacen suya muchos pronunciamientos judiciales¹⁵.

Se ha llegado incluso a plantear que estaríamos ante un tercer nivel de protección por desempleo¹⁶, en el sentido de un nivel complementario o asistencial de segundo grado¹⁷.

¹² Las competencias en materia de desempleo del Instituto Social de la Marina no son de interés práctico a los efectos del presente trabajo.

¹³ No procede la baja por incomparecencia ante el Servicio Público de Empleo Estatal a que había sido convocado para participar en el itinerario de inserción laboral del RAI, al existir un solo intento de notificación de la citación -STS de 22.7.2014 (RJ. 4786)-

¹⁴ RD 781/2001, de 6 de julio, por el que se regula un programa para el año 2001 de Renta Activa de Inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de cuarenta y cinco años.

¹⁵ A título ilustrativo cfr. STSJ de Cantabria de 17.4.2009 (AS. 1159) y STSJ de Madrid de 5.5.2005 (AS. 1178).

¹⁶ José María García García; “¿Es la Renta Activa de Inserción el Tercer Nivel de Protección por Desempleo?”. Información laboral nº 30/2003; pp. 17-25.

¹⁷ Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz; “Acceso al programa de Renta Activa de Inserción: Parámetros de Cálculo de la Carencia de Rentas”. Aranzadi Social nº 19/2010; pp. 23-30.

Pero aunque la RAI sea una prestación de desempleo que, evidentemente, presenta características propias frente a las otras modalidades de prestaciones ya reguladas en el Título III del TRLGSS, a efectos puramente polemizadores cabe rechazar que la RAI tenga un carácter “diferenciado” frente a las prestaciones reguladas en el Título III del TRLGSS.

El primer argumento que se puede esgrimir es que la propia dicotomía entre nivel “contributivo” y “asistencial” resulta artificial si atendemos a sus vías de financiación puesto que incluso las prestaciones contributivas se nutren con aportaciones del Estado. A mayor abundamiento, la doctrina viene reconociendo desde antiguo a la cotización naturaleza tributaria¹⁸.

En segundo lugar, los beneficiarios de la RAI cumplen el “contributivo” requisito de haber “cotizado” por desempleo previamente para acceder a la prestación económica –igual que los beneficiarios de las prestaciones y subsidios regulados en el Título III del TRLGSS–. Y es que a los beneficiarios de la RAI se les exige, como regla general, haber extinguido la prestación por desempleo y/o el subsidio por desempleo (art. 2.1.c) RD 1369/2006).

En tercer lugar, otro requisito común para el reconocimiento de prestaciones por desempleo, ya sea la RAI o las prestaciones reguladas en el Título III del TRLGSS, es la obligatoriedad de suscribir el compromiso de actividad (art. 231 RD Legislativo 1/1994, art. 300 en el proyectado nuevo TRLGSS).

En cuarto lugar no es baladí resaltar que el artículo 4.3 del RD 1369/2006 en materia de cotización por parte de la Entidad Gestora durante el tiempo de percepción de la RAI remite expresamente al artículo 218 del RD Legislativo 1/1994 (art. 280 TRLGSS en el

¹⁸ Efrén Borrajo Dacruz; Estudios Jurídicos de Previsión Social. Aguilar. Madrid. 1962; pp. 73-101.

proyectado TRLGSS)¹⁹. Es ésta otra nota más en común entre la RAI y el subsidio asistencial por desempleo, pero no la única ya que también se aprecia el paralelismo en cuanto al importe de los subsidios asistenciales de desempleo –que será por regla general igual al 80% del Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples mensual vigente en cada momento– y la cuantía de la RAI (art. 4.2 RD 1369/2006).

En quinto lugar, tanto la RAI como los subsidios asistenciales son prestaciones sometidas a prueba de insuficiencia de recursos por parte de sus beneficiarios. Y a los efectos del cómputo de las rentas el RD 1369/2006 se remite a la normativa aplicable a los subsidios asistenciales (art. 215.3.2 del RDLegislativo 1/1994, art. 275.4 en el proyectado TRLGSS).

No, es, pues extraño que en ocasiones la RAI haya sido calificada como prestación de carácter asistencial (STSJ de Andalucía de 5.12.2014 –JUR 73774–) o que se haya afirmado que es equiparable a un subsidio por desempleo, aunque técnicamente no lo sea (STSJ de Andalucía de 28.1.2010 –JUR 113170–)

Por último, pero no menos importante, hay que tener presente que el artículo 26 de la Ley 14/2000 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al habilitar al Gobierno a regular una Renta Activa de Inserción no proscribía que la prestación sea incardinable bien en el nivel contributivo, bien en el nivel asistencial. Idéntico silencio se predica del número 4º de la Disposición Final Quinta del RDLegislativo 1/1994. Es decir, aunque el legislador no ha clarificado si se trata de una prestación “contributiva” o asistencial, el Reglamento que desarrolla la ley habilitante podría haberse extralimitado al negar

¹⁹ Javier Fernández Orrico; “Sobre la No Contributividad del Nuevo Supuesto de Maternidad y de la Reformada Renta Activa de inserción”. Relaciones Laborales nº 2/2007; pp. 1361-1370.

que la Renta Activa de Inserción pueda incluirse en alguno de los niveles de protección ya regulados en el TRLGSS.

Por todo lo expuesto, a este respecto no se constata que la RAI tenga un “carácter diferenciado y específico” frente a las prestaciones y subsidios regulados en el Título III del TRLGSS.

En cualquier caso, la tesis que a efectos prácticos aquí se defiende es que en base al artículo 86.2.b) RDLegislativo 1/1994 (artículo 109.3.a) en el proyectado nuevo TRLGSS) tienen naturaleza contributiva las prestaciones económicas de la Seguridad Social, con excepción de las listadas en la letra b) del mismo precepto –entre las que no se incluye ni la Renta Activa de Inserción ni ninguna otra prestación de desempleo (asistencial o “contributiva”)–. Por tanto no cabe sino concluir que todas las prestaciones de Seguridad Social que protejan la contingencia de desempleo –y entre ellas la RAI– son de naturaleza contributiva, independientemente de cuál sea su denominación. La “diferenciación” y “especialidad” de la RAI y el resto de prestaciones por desempleo radica realmente en un aspecto formal: su regulación se ha realizado por vía reglamentaria cuando podría y debería haber sido incorporado su articulado al Título III del TRLGSS.

Todo ello sin perjuicio de reconocer que el legislador, que al hilo del proyectado nuevo TRLGSS, ha incluido en el artículo 109.3.b) una nueva prestación no contributiva de Seguridad Social (el subsidio por maternidad) ha dejado pasar la ocasión de incluir también en el nuevo artículo 109.3.b) aquellos subsidios asistenciales por desempleo que innegablemente son prestaciones no contributivas de Seguridad Social (subsidio para emigrantes retornados, liberados de prisión) e, igualmente, podría haber incorporado en ese listado a la RAI.

III. Nacionalidad y beneficiarios

Destinatarios de la RAI son los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo (art. 1 RD 1369/2006).

No obstante hay que matizar que “el empleo que impide el acceso a los programas de inserción es aquél que coloca al individuo dentro de la población realmente activa” y “la finalidad misma de esta modalidad de protección no debe impedir apreciar la concurrencia de la situación de desempleo exigida cuando se da una apariencia formal de empleo exenta de un contenido que verdaderamente pueda calificarse como tal, siendo un empleo que, por otra parte, no impide el alta como demandante de empleo” (STS de 3.3.2010 –RJ 1479–).

De conformidad con el artículo 2 del RD 1369/2006 será preciso que los beneficiarios –que han de ser mayores de 45 años y menores de 65 años– hayan previamente extinguido el derecho a la prestación por desempleo de nivel contributivo y/o el subsidio por desempleo del nivel asistencial, excepto cuando se trate de emigrantes retornados y víctimas de violencia de género o doméstica (en estos dos últimos casos estamos claramente ante prestaciones no contributivas de Seguridad Social material aunque no formalmente).

Los beneficiarios habrán de acreditar, además, los restantes requisitos previstos en el citado art. 2 del RD 1369/2006: figurar inscritos ininterrumpidamente como desempleados en la oficina de empleo durante 12 o más meses y carecer de rentas superiores a las reglamentariamente previstas. En este sentido la RAI es una prestación sometida a prueba de insuficiencia de recursos (rasgo común de la mayoría de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social). Igualmente es necesario que los beneficiarios no estén incurso en los supuestos contemplados en el apartado cuarto del citado artículo 2.

Asimismo, el artículo 3 del RD 1369/2006 exige suscribir el compromiso de actividad (regulado en el art. 231 RDLegislativo 1/1994, artículo 300 del proyectado nuevo TRLGSS).

Respecto a la nacionalidad de los beneficiarios ninguna previsión específica contiene el RD 1369/2006 (ni los programas anuales que lo precedieron).

Pero si se ha defendido supra que se trata de una prestación de Seguridad Social ha de serle aplicable la regulación contenida en el TRLGSS y en la Ley Orgánica 4/2000: beneficiarios podrán serlo los españoles que residan en España (equiparándose a los mismos los ciudadanos de Estados en los que se aplique el Derecho de la Unión Europea) y los extranjeros de Terceros Estados que residan legalmente en España.

Aunque en teoría la aplicación de estas disposiciones no debiera resultar compleja la realidad demuestra todo lo contrario tal y como evidencia la STSJ de Murcia de 16.12.2013 (nº de recurso 441/2013)²⁰ que por razón exclusivamente de la nacionalidad extranjera de la solicitante, revoca la sentencia dictada por el Juzgado nº 8 de Murcia que había reconocido el derecho a incorporarse a la RAI a una ciudadana ucraniana que reunía los requisitos reglamentariamente exigidos.

La Sala fundamenta su decisión en que “la prestación interesada es una prestación no contributiva, de carácter económico integrada dentro del sistema de Seguridad Social, y al tratarse de la solicitud efectuada por una persona extranjera, de nacionalidad ucraniana, en aplicación del art. 7.5 de la LGSS , su regulación se defiere a lo dispuesto en los Tratados, Convenios, Acuerdos o Instrumentos

²⁰ Interpuesto contra la misma recurso de casación para la unificación de doctrina fue inadmitido por falta de contradicción con la sentencia aportada de contraste por Auto de Tribunal Supremo de 17.2.2015 (ATS 2301/2015).

ratificados, suscritos o aprobados al efecto, o cuando les fuera aplicable en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida. Concluye que al no encontrarse recogidas las prestaciones no contributivas en el art. 2 del Convenio sobre Seguridad Social suscrito entre el Reino de España y Ucrania, se ha de acudir al art. 13.3 del mismo, que establece que las prestaciones no contributivas se reconocerán por cada una de las Partes Contratantes a los nacionales de la otra Parte Contratante”.

La citada sentencia del TSJ de Murcia resulta de interés porque reconoce sin ambagues que estamos ante una prestación no contributiva de Seguridad Social, postura que ya había defendido anteriormente en su sentencia de 25.3.2013 (rec. 938/2012). Aunque no se exponga en las sentencias citadas, se infiere que el TSJ de Murcia toma como punto de referencia las vías de financiación de la RAI a la hora de calificarla como prestación “no contributiva”, pero semejante tesis no puede compartirse a la vista de que todas las prestaciones por desempleo son prestaciones contributivas conforme al art. 86.2.b) RDLegislativo 1/1994 (artículo 109.3 en el proyectado nuevo TRLGSS). De igual manera que no puede aplicarse el régimen de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social a los subsidios asistenciales por desempleo, tampoco puede ser de aplicación a la RAI.

A mayor abundamiento, cuando los beneficiarios de la RAI han agotado previamente una prestación “contributiva” o subsidio “asistencial” de desempleo, no puede categóricamente afirmarse que estemos ante una prestación “no contributiva”.

Pero, incluso admitiendo a efectos puramente dialécticos que la RAI fuera material y formalmente una prestación no contributiva de Seguridad Social, la normativa aplicable al caso es la Ley Orgánica 4/2000. De lo que resulta que los extranjeros nacionales de Terceros Estados que residen legalmente en España tienen derecho a acceder a

las prestaciones contributivas y no contributivas españolas de Seguridad Social en igualdad de condiciones que los nacionales, conforme al artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000. Por tanto, el derecho a percibir la RAI de los ciudadanos extranjeros de Terceros Estados dependerá de su situación administrativa en España²¹.

Es más, denegar a un extranjero nacional de un Tercer Estado residente legal en España la RAI por razón únicamente de su nacionalidad podría infringir el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en conexión con el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional.

Y ello debido a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene reconociendo sin fisuras desde el caso *Gaygusuz*²² –que versó sobre el derecho de un ciudadano turco a un subsidio austriaco “mixto” de desempleo denominado “ayuda de emergencia”– que el derecho a una prestación de Seguridad Social es un derecho patrimonial incluido en el ámbito de aplicación del Convenio independientemente de las vías de financiación²³. Exégesis que ha motivado que España haya ya sido condenada en dos ocasiones por el

²¹ Art. 31.2 LO 4/2000: “La autorización inicial de residencia temporal que no comporte autorización de trabajo se concederá a los extranjeros que dispongan de medios suficientes para sí y, en su caso, para los de su familia. Reglamentariamente se establecerán los criterios para determinar la suficiencia de dichos medios”.

²² STEDH de 16.9.1996. Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro; “La Tutela de las Prestaciones Sociales como Derecho de Propiedad: el Asunto *Gaygusuz*”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* 96/1999; pp. 391-434.

²³ Entre otros, casos *Antonakopoulos* contra Grecia; *Wessels-Beergervoet* contra los Países Bajos; *Willis* contra el Reino Unido; *Anzinas* contra Chipre 20.6.2002, analizados en: C. Sánchez-Rodas Navarro; *Coordenadas de la Protección Social de los Migrantes. El Marco Comunitario, Nacional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Laborum. Murcia. 2008; pp. 129-136.

TEDH en materia de protección social –sentencias de 8.12.2009 (caso Muñoz Díaz) y de 3.4.2012 (Manzanas Martín)²⁴.

1. Emigrantes retornados y nacionalidad, un caso peculiar

Conforme al art. 2.2 b) del RD 1369/2006 pueden ser beneficiarios de la RAI “los trabajador emigrantes que, tras haber retornado del extranjero en los 12 meses anteriores a la solicitud, hubieran trabajado, como mínimo, seis meses en el extranjero desde su última salida de España y estén inscrito como demandante de empleo”.

A este colectivo no se les exige el requisito de haber extinguido previamente la prestación por desempleo de nivel contributivo y/o el subsidio por desempleo de nivel asistencial establecidos en el Título III del TRLGSS (art. 2.1. c) RD 1369/2006) ni tampoco el requisito de figurar inscritos como demandantes de empleo como desempleados en la oficina de empleo durante 12 o más meses.

La inclusión de los emigrantes retornados en el ámbito de aplicación de la RAI no se remonta a los primeros programas anuales aprobados, sino que su incorporación se produjo posteriormente por medio del Real Decreto-ley 5/2002 y fue mantenida por la Ley 45/2002 y sucesivos programas anuales hasta la aprobación por el RD 1369/2006 que mantiene la redacción original del Real Decreto-ley 5/2002.

Este recorrido histórico resulta imprescindible para comprender e interpretar el dato de que para ser beneficiario de la RAI no se exija a los emigrantes retornados la nacionalidad española ni se vede su reconocimiento a quienes retornen de un Estado perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo.

²⁴ C. Sánchez-Rodas Navarro; La Residencia en España desde el Prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2014; pp. 105-107.

Requisitos que, en cambio, sí son exigibles a los emigrantes retornados que reclamen el subsidio asistencial por desempleo regulado en el art. 208.1.5 RDLegislativo 1/1994 (artículo 274.1.c) del proyectado nuevo TRLGSS²⁵).

Pero retomando el régimen jurídico aplicable a los emigrantes retornados que reclamen la RAI hay que afirmar que la exégesis conjunta de la regulación contenida en el TRLGSS y en el artículo 2.2.b) del RD 1369/2006 lleva a concluir que el hecho de que se omita el requisito de la nacionalidad de los beneficiarios de la RAI, o el país del que hayan retornado, no es un olvido ni lapsus del legislador.

Por el contrario, estamos ante una opción legislativa expresa que se justifica precisamente por el alcance de las reformas que en materia de protección por desempleo introdujo el Real Decreto-ley 5/2002 y que por medio de su artículo primero, apartado seis, procedió a endurecer los requisitos para acceder al subsidio asistencial para emigrantes retornados introduciendo la exigencia de la nacionalidad española y excluyendo a aquellos emigrantes retornados del Espacio Económico Europeo.

Para “contrarrestar” los efectos de semejante reforma que podía privar a los emigrantes retornados de cualquier prestación de Seguridad Social el propio Real Decreto-ley 5/2002 al regular en su Disposición Adicional Primera el Programa de Renta Activa de Inserción para el año 2002 incluyó por primera vez como beneficiarios de la misma a los “trabajadores emigrantes que, habiendo retornado del extranjero, hubieran trabajado, como mínimo, seis meses en el

²⁵ El citado precepto exige “ser trabajador español emigrante retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, siempre y cuando se acredite haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años en dichos países desde su última salida de España, y no tenga derecho a la prestación contributiva por desempleo”.

extranjero desde su última salida de España, y estar inscrito como demandante de empleo”. Redacción que ha llegado inalterada hasta nuestros días.

Por tanto, no cabe sino concluir que ostentar la nacionalidad española no ha sido nunca, ni es actualmente, un requisito exigible a los emigrantes retornados que soliciten la RAI.

1.1. ¿Es la Renta Activa de Inserción una prestación de Asistencia Social a efectos de la Directiva 2004/38?

La cuestión a dirimir en este epígrafe es si la reforma del RD 240/2007 –que traspuso la Directiva 2004/38²⁶– por el Real Decreto-ley 16/2012 ha alterado el derecho de los emigrantes retornados nacionales de un Estado en el que resulte aplicable el Derecho de la Unión Europea a ser incluidos dentro del ámbito de aplicación del RD 1369/2006.

Conforme a la vigente redacción del artículo 7 del RD 240/2007²⁷ a las personas no activas se les exige como requisito para residir legalmente en España “disponer para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la Asistencia Social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España”.

A mayor abundamiento, el artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38 autoriza a los Estados miembros de acogida a no conceder prestaciones de Asistencia Social a las personas que buscan empleo.

²⁶ Relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros

²⁷ El artículo 7 del Real Decreto 240/2007 fue desarrollado por la Orden PRE/1490/2012 que especifica que “se considerará acreditación suficiente para el cumplimiento de este requisito la tenencia de recursos que sean superiores al importe que cada año fije la Ley de Presupuestos Generales del Estado para generar el derecho a recibir una prestación no contributiva, teniendo en cuenta la situación personal y familiar del interesado”.

Evidentemente este precepto constituye una excepción al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad que el Tribunal de Luxemburgo ha considerado justificado respecto de aquellas personas –que sin desarrollar una actividad económica– ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para optar al derecho de residencia²⁸.

Admitir que personas que no disfrutaban del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 puedan reclamar un derecho a percibir prestaciones sociales en las mismas condiciones que las aplicables a los propios nacionales iría en contra de un objetivo de dicha Directiva, recogido en su décimo considerando²⁹.

¿Qué son prestaciones de Asistencia Social para la Directiva 2004/38?

Ante todo se ha de rechazar que los conceptos nacionales de Asistencia Social resulten vinculantes para el Tribunal de Luxemburgo que ha declarado que este concepto “debe determinarse en función del objetivo perseguido por esta disposición y no en función de criterios formales”. Se identifica con “los regímenes de ayudas establecidos por autoridades públicas, sea a escala nacional, regional o local, a los que recurre un individuo que no dispone de recursos suficientes para sus necesidades básicas y las de los miembros de su familia”³⁰.

El problema se complica si tenemos en cuenta que en el ámbito del Derecho de la UE el concepto de Asistencia Social tampoco es unívoco ya que en primer lugar hay que atender a su finalidad: si las prestaciones en litigio tienen por objeto facilitar el acceso al mercado de trabajo, no pueden considerarse entonces prestaciones de

²⁸ STJ de 11.11. 2014, -333/13 (Dano).

²⁹ Conclusiones del Abogado General presentadas el 26.3.2015 en el asunto Alimanovic.

³⁰ STJ de 19.9.2013,-140/12 (Brey).

Asistencia Social, en el sentido del artículo 24, apartado 2, de la Directiva 2004/38. Aunque el Tribunal de Justicia ha matizado que es “legítimo que el legislador nacional sólo conceda tal prestación tras asegurarse de la existencia de un vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado laboral de este Estado”³¹.

En segundo lugar, el concepto de Asistencia Social de la Directiva 2004/38 no coincide con el concepto de Asistencia Social a los efectos del Reglamento 883/2004 hasta el punto que prestaciones coordinadas por el citado Reglamento como prestaciones especiales no contributivas se calificarían a efectos de la Directiva 2004/38 como prestaciones de Asistencia Social. Sin olvidar que cuando se trate de trabajadores protegidos por el Reglamento 492/2011 estas mismas prestaciones pueden ser calificadas de ventajas sociales.

Pero por lo que respecta a la RAI, y defendiendo que se trata de una auténtica prestación de desempleo contributiva a los efectos de la clasificación contenida en el TRLGSS, la conclusión que aquí se defiende es que no puede calificarse como prestación asistencial a los efectos de la Directiva 2004/38. Por tanto, ha de ser reconocida a los nacionales de Estados en los que el Derecho de la UE resulte aplicable en igualdad de condiciones que a los españoles sin discriminación alguna por razón de la nacionalidad.

Y, por tanto, si los beneficiarios cumplen los requisitos exigidos por el RD 1369/2006 –entre ellos la insuficiencia de recursos calculada conforme a sus reglas específicas– no se les puede denegar la prestación de la RAI si los ingresos del solicitante no alcanzan el umbral exigido por el artículo 7 del RD 240/2007 desarrollado por la Orden PRE/1490/2012.

³¹ STJ de 4.6.2009, asuntos acumulados -22/08 y -23/08 (Vatsouras y Koupatantze).

Es decir, que la tesis que aquí se propugna es la primacía del derecho a la libre circulación de personas y trabajadores por cuenta ajena garantizada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por lo que no puede condicionarse el derecho del solicitante extranjero nacional de un Estado en el que se aplique el Derecho de la Unión Europea de una prestación (RAI) al cumplimiento de un doble requisito de (in)suficiencia de recursos: el establecido por el RD 1369/2006 y el previsto por la Orden PRE 1490/2012 cuando, además, los criterios para fijar el “umbral de pobreza” son diferentes en ambas normas.

Por lo que a los extranjeros nacionales de Terceros Estados se refiere, su derecho a las prestaciones por desempleo de Seguridad Social –incluida la RAI– ya se ha indicado supra que vendrá condicionado por su situación administrativa en España, teniendo reconocido tal derecho sólo quienes residan legalmente en España³², quedando excluidos los extranjeros en situación irregular (art. 36.5 LO 4/2000).

1.2. Estado de retorno

A diferencia del subsidio asistencial por desempleo, para ser beneficiario de la RAI resulta completamente indiferente el país desde el que retorne el emigrante, pudiendo ser incluso un Estado del Espacio Económico Europeo puesto que la normativa específica de la RAI ninguna exigencia al respecto contiene (a diferencia del art. 208.1.5 del RD Legislativo 1/1994, art. 274.1.c) del proyectado TRLGSS).

³² Artículo 31.2 LO 4/2000: “La autorización inicial de residencia temporal que no comporte autorización de trabajo se concederá a los extranjeros que dispongan de medios suficientes para sí y, en su caso, para los de su familia. Reglamentariamente se establecerán los criterios para determinar la suficiencia de dichos medios”.

Por tanto, “donde la norma no distingue, no cabe distinguir” máxime cuando no estamos ante un lapsus legislativo sino de una expresa opción política ya que el mismo Real Decreto-ley 5/2002, que modificó el TRLGSS introduciendo la exigencia de que para ser beneficiario del subsidio asistencial los emigrantes habían de retornar de “países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista Convenio sobre protección por desempleo” incluye a los emigrantes retornados en el ámbito de aplicación de la RAI sin exigirles, por el contrario, los requisitos relativos al país de retorno que sí impone en el caso del subsidio asistencial.

2. Nacionalidad y víctimas de violencia de género o doméstica

La inclusión de las víctimas de violencia doméstica en el ámbito de aplicación personal de la RAI se remonta al Real Decreto-ley 5/2002³³ y se mantuvo hasta la entrada en vigor del RD 205/2005 que sustituyó la expresión “violencia doméstica” por violencia de género”. Dada la controversia suscitada a raíz de esta reforma, el RD 1369/2006 optó por una solución integradora y, actualmente, conforme al art.2.2.c) del RD 1369/2006 pueden ser beneficiarios de la RAI quienes tengan acreditada por la Administración competente la condición de víctima de violencia de género o doméstica³⁴.

El Tribunal Supremo ha establecido que para acreditar la condición de víctima de violencia de género a estos efectos es suficiente aportar

³³ M.^a Dolores Rubio de Medina, “Prestaciones Sociales para Mujeres Extranjeras Irregulares Víctimas de Violencia de Género” en: VV.AA.; Inmigrantes, Mujeres y Menores. Laborum. Murcia. 2010; pp. 165-187.

José Antonio del Olmo; “La Renta Activa de Inserción para las Víctimas de Violencia de Género”. Revista de Información Laboral nº 4/2015; pp. 49-66.

³⁴ Respecto a los rasgos configuradores de la violencia de género frente a la violencia doméstica cfr. Josep Moreno Gené y Ana M^a Romero Burillo; “Mujer, Exclusión Social y Renta Activa de Inserción”. Especial Referencia a la Protección de las Víctimas de Violencia de Género”. Revista Internacional de Organizaciones nº 3/2009; pp. 143-151.

resolución judicial en la que se adopta medida cautelar de alejamiento de su pareja aunque no se haya obtenido orden de protección integral –STS de 2.10.2013 (RJ.7240)–.

A diferencia de otros solicitantes de la RAI, a las víctimas de la violencia de género o doméstica no les exige el RD 1369/2006 ser mayor de 45 años, ni ser demandantes de empleo inscritas ininterrumpidamente como desempleadas en la oficina de empleo durante 12 o más meses, ni tampoco el requisito de haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo y/o el subsidio por desempleo de nivel asistencial establecidos.

En cuanto a la nacionalidad, el RD 1369/2006 guarda silencio.

Beneficiarias podrán serlo tanto víctimas de nacionalidad española como nacionales de Estados en los que se aplique el Derecho de la Unión Europea que hayan ejercido su derecho a la libre circulación por aplicación de la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad garantizada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Respecto a las víctimas nacionales de Terceros Estados habrá que distinguir entre migrantes que residan legalmente en España, que tienen derecho a la prestación de la RAI (artículos 10 y 14 LO 4/2000), y las que se encuentren en situación administrativa irregular. Respecto a este último grupo, el artículo 36.5 LO 4/2000 excluye taxativamente la posibilidad de que inmigrantes irregulares puedan lucrar prestaciones por desempleo.

No obstante, hay que señalar que existe una importante excepción que se circunscribe exclusivamente a las mujeres víctimas de violencia de género³⁵: conforme al art. 31 bis LO 4/2000³⁶ –desarrollado en los

³⁵ Sobre el concepto de violencia de género y delimitación frente a conceptos afines, cfr. Paz Menéndez Sebastián y Teresa Velasco Portero; *La Incidencia de la Violencia de Género sobre el Contrato de Trabajo*, Madrid. Cinca. 2006; pp. 15 y ss.

artículos 113-134 del RD 557/2001– las víctimas extranjeras en situación irregular podrán solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género.

Es decir, que sin necesidad de tener que demostrar la suficiencia de recursos, las mujeres en situación irregular podrán obtener autorización de residencia y trabajo cuando se haya constatado su situación de víctimas de violencia de género de lo que deriva que, igualmente, cuando cumplan los requisitos del RD 1369/2006 también podrán ser beneficiarias de la RAI.

El ámbito de aplicación del artículo 31 bis LO 4/2000 se restringe a las víctimas de violencia de género, por lo que las víctimas de violencia doméstica –que no incluye sólo a mujeres– que carezcan de autorización de residencia no podrán invocar dicho precepto y, en su condición de inmigrantes irregulares, les queda vedado el acceso a la RAI.

IV. La Renta Activa de Inserción, prestación coordinada por el Reglamento 883/2004

1. La coordinación de sistemas de seguridad social

Debido al carácter predominantemente económico que se atribuyó a la Comunidad Económica Europea en sus orígenes, la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros nunca se

³⁶ Cfr. Teresa Velasco Portero; “La Residencia Temporal y Trabajo de las Víctimas de la Violencia de Género o Trata de Seres Humanos y Por Colaboración Contra Redes Organizadas” en: VV.AA; “El Novísimo Reglamento de Extranjería. Laborum. Murcia. 2011; pp. 193-216.

concebido como un fin en sí misma, sino que se le atribuyó un carácter “secundario” o “instrumental”: contribuir a la extensión de la libre circulación de los trabajadores migrantes en el seno de los Estados en los que resulte de aplicación el Derecho de la Unión Europea. La consecución de tal finalidad se hubiera visto seriamente comprometida si, como consecuencia de haber estado sometidos a las legislaciones de Seguridad Social de uno o más países, los migrantes vieran disminuidos el importe o duración de las prestaciones sociales a las que hubieran podido tener derecho de no haberse desplazado dentro de la Unión Europea.

A fin de superar tal obstáculo fue preciso articular mecanismos que permitiesen que los trabajadores migrantes fueran tratados de la misma manera que si hubiera ejercido su actividad profesional en un solo Estado.

Es por eso que el artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea proclama que:

“El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes:

- a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas;
- b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros”.

El artículo 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea encuentra, actualmente, su desarrollo en el Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social que entró en vigor el 1

de mayo de 2010, junto con su Reglamento de Aplicación el Reglamento 987/2009.

Gracias a ambos Reglamentos de coordinación, y sin necesidad de reformar los sistemas nacionales de Seguridad Social, los sujetos incluidos en el ámbito personal de los citados Reglamentos pueden beneficiarse de las prestaciones de Seguridad Social que les correspondan, sin que sus derechos se vean mermados por la circunstancia de haber estado sometidos a uno o más regímenes de Seguridad Social de los Estados en los que resulten aplicable los citados Reglamentos. Asimismo, la coordinación permite que puedan causar derecho y cobrar prestaciones de Seguridad Social exportables independientemente del Estado Miembro en el que hubieran fijado su residencia.

2. El desempleo, contingencia protegida por el Reglamento 883/2004

El Reglamento de coordinación de sistemas de Seguridad Social se aplica a toda legislación relativa a las ramas de Seguridad Social, incluidas las prestaciones por desempleo obviamente (art. 3.1. h Reglamento 883/2004).

De conformidad con el artículo 3.2 del Reglamento 883/2004 quedan incluidos en su ámbito de aplicación material los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos.

No contiene el Reglamento 883/2004 definición alguna de Seguridad Social ni de Asistencia Social.

Y la distinción resulta relevante ya que el artículo 3.5 consagra la exclusión de las prestaciones de Asistencia Social del ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004.

Por su parte, el artículo 3.3 del Reglamento 883/2004 dispone que el citado Reglamento también se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en el artículo 70. De la lectura de este último precepto se infiere que el término “prestación especial no contributiva” se reserva para las prestaciones que los Estados notifiquen en el Anexo X.

A las prestaciones de desempleo dedica el Reglamento 883/2004 su capítulo 6³⁷. Del artículo 61 del citado Reglamento se infiere que las normas de coordinación en este campo se aplican plenamente tanto a los trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia. Es decir, que en el caso español, la prestación por cese de actividad es exportable³⁸.

El período de exportación de las prestaciones por desempleo tendrá una duración de hasta 6 meses (artículo 64.1.c) Reglamento 883/2004).

3. La inclusión de las prestaciones de desempleo españolas en el ámbito de aplicación del Reglamento de coordinación

Originariamente, el Gobierno español notificó en su declaración relativa a los regímenes de Seguridad Social coordinados por los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social sólo las prestaciones por desempleo del nivel contributivo, no así las del nivel asistencial. Tal omisión se debió a su propia denominación como subsidios “asistenciales” que auspició la tesis de que se trataba de prestaciones de Asistencia Social.

Esta laguna –que fue corregida por el Tribunal Supremo en Unificación de Doctrina (SSTS de 8.10.1991, RJ.7741; y de 18.11.1991,

³⁷ Jordi García Viña; “La Coordinación de Prestaciones de Desempleo en el Reglamento 883/2004” en: VV.AA.; La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Laborum. Murcia. 2010; pp. 255-295.

³⁸ C. Sánchez-Rodas Navarro; La Residencia en España desde el Prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Op. cit.; pp. 143-144.

RJ.8247)– quedó totalmente superada tras la rectificación al respecto efectuada por las autoridades españolas en 1993³⁹. A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo confirmó la coordinación tanto de las prestaciones contributivas como asistenciales de desempleo españolas⁴⁰.

Por tanto, actualmente es incuestionable que a las prestaciones de Seguridad Social españolas por desempleo se les aplica el Reglamento 883/2004.

4. El principio de exportación de prestaciones en el Reglamento 883/2004

El artículo 7 del Reglamento 883/2004 lleva por rúbrica “supresión de cláusulas de residencia” y dispone que “salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”.

El principio de supresión de cláusulas de residencia es más conocido como principio de exportación de prestaciones.

El Reglamento 1231/2010 amplía la aplicación del Reglamento 883/2004 a los nacionales de Terceros Estados que residan legalmente en el territorio de la UE, por tanto también a este colectivo le será de aplicación las previsiones comunitarias sobre exportación de

³⁹ DOCE C 321 de 27.11.1993.

⁴⁰ SSTCE de 15.6.1995 (Zabala Erasun) Rec.. I-1567; y 20.2.1997 (Martínez Losada) Rec.I-869..

prestaciones de Seguridad Social coordinadas en el territorio en el que el Derecho de la UE resulta aplicable.

A pesar de que la exportación de prestaciones sociales es un principio básico del Derecho de la Unión Europea conviene matizar que conoce excepciones: conforme al artículo 70.3 del Reglamento 883/2004 no se aplica a las prestaciones especiales en metálico no contributivas que hubieran sido notificadas por los Estados miembros en el Anexo X del Reglamento 883/2004.

España ha incluido en el citado Anexo a las pensiones no contributivas de vejez e invalidez de Seguridad Social, entre otras. Por tanto, los beneficiarios de estas prestaciones no pueden reclamar su abono si trasladan su residencia a otro Estado.

4.1. ¿Es la Renta Activa de Inserción una prestación especial en metálico no contributiva a efectos del Reglamento 883/2004?⁴¹

El Reglamento 883/2004 establece en su 3.3. que “el presente Reglamento se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en el artículo 70”, en cuyo apartado segundo se las define como “aquellas que

a) tienen por objeto proporcionar:

i) cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de seguridad social mencionadas en el apartado 1 del artículo 3, que garantice a las personas en cuestión unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate;

o

⁴¹ C. Sánchez-Rodas Navarro; “Las Prestaciones No Contributivas y el Reglamento 883/2004”. Revista del Ministerio de Trabajo nº 64; pp. 115-133.

ii) únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate,

y

b) cuando la financiación proceda exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones no dependan de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para una completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo,

c) figuren en el anexo X.”

De las consideraciones anteriores se infiere que con independencia de sus características intrínsecas y vías de financiación, sólo se calificarán como prestaciones especiales no contributivas las que expresamente se incluyan en el Anexo X del Reglamento 883/2004.

Por el sólo hecho de ser incluidas en el citado Anexo X, estas prestaciones dejarán de ser exportables a otros Estados (artículo 70.4 Reglamento 883/2004). Todo ello sin perjuicio de que el Tribunal de Luxemburgo sea quien tenga la última palabra a la hora de determinar si la notificación de una prestación no contributiva en el Anexo X del Reglamento 883/2004 se ajusta, o no, al Derecho de la Unión Europea.

A sensu contrario, las prestaciones que aun reuniendo los requisitos para ser calificadas como prestaciones especiales en metálico no contributivas no hayan sido notificadas en el Anexo X, serán exportables.

Para concluir, hay que señalar que la Renta Activa de Inserción no ha sido notificada por el Gobierno español en el Anexo X del Reglamento 883/2004.

Por tanto, a efectos del Derecho de la UE no es una prestación especial en metálico no contributiva.

5. La exportación de la Renta Activa de Inserción

De conformidad con la legislación nacional se trata de una prestación no exportable puesto que el traslado al extranjero es –como regla general– causa de baja definitiva (art. 9.1.h RD 1369/2006).

No obstante, el art. 9.3. RD 1369/2006 prevé una excepción: causarán baja temporal en el programa, sin consumo en la duración de la renta, los trabajadores incorporados a aquel que se trasladen al extranjero para la búsqueda o realización de trabajo o perfeccionamiento profesional o cooperación internacional por un período inferior a seis meses.

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

Y si la tesis que aquí se ha defendido es que todas las prestaciones españolas de desempleo –independientemente de cómo se financien– son prestaciones coordinadas y exportables conforme al Reglamento 883/2004 hay que concluir que los beneficiarios de la RAI podrán exportar la misma cuando se desplacen en búsqueda de empleo a otros Estados en los que se aplique el Derecho de la UE y durante un plazo máximo de seis meses conforme al artículo 64.1.c) del Reglamento 883/2004. Y ello aunque esta posibilidad no esté contemplada por la legislación nacional.

V. Conclusión

Todas las prestaciones por desempleo españolas, como prestaciones de Seguridad Social que son e independientemente de sus vías de financiación, están coordinadas por el Reglamento 883/2004. Esto último es igualmente predicable de la prestación por cese de actividad.

La Renta Activa de Inserción no ha sido notificada en el Anexo X del citado Reglamento 883/2004 como prestación especial no contributiva inexportable.

A la vista de las consideraciones anteriores la única solución que puede alcanzarse es que podrá ser exportada hasta un máximo de 6 meses en el territorio en el que el Derecho de la Unión Europea resulte aplicable al amparo del artículo 64.1.c) del Reglamento 883/2004 cuando los beneficiarios se desplacen en busca de trabajo.

Todo ello sin perjuicio de que llegado el momento y a fin de evitar su exportación el Gobierno pudiera optar por notificar la RAI en el Anexo X, en cuyo caso no serían exportables ni tan siquiera en el territorio en el que el Derecho de la Unión Europea es aplicable. Esta solución ya fue adoptada por el Gobierno para evitar su exportación respecto a las prestaciones instauradas por las CCAA que complementan a las pensiones no contributivas de Seguridad Social de jubilación e invalidez y que garantizan un ingreso mínimo de subsistencia y, que, actualmente, están incluidas en el Anexo X del Reglamento 883/2004.

Aspectos puntuales de la inmigración irregular en el Sistema Nacional de Salud

FUENCISLA RUBIO VELASCO¹

I. La asistencia sanitaria anterior a la LODLex 4/2000

El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros ha sido una de las reivindicaciones más antiguas de las entidades defensoras de los derechos de los inmigrantes.² La LE/1985, mantenía silencio absoluto en relación a este tema, a diferencia del Real Decreto 155/1996³, el cual establecía que “los extranjeros podrán acceder a las prestaciones y servicios organizados por los poderes públicos para la protección de la salud, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación específica sobre la materia.”

Era sorprendente que la LE/1985, no contemplara particularidad alguna sobre tal derecho, ya que al estar incluido entre los derechos del Título I de la CE, se entendía que los extranjeros gozaban del mismo

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D Buenas Prácticas Jurídico Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social (DER 2012-32111) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España) Incorpora el RD 864/2001, de 20 de julio, que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

³ Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985. (Vigente hasta el 1 de agosto de 2001)

según el art. 4.⁴ Por lo que la aprobación de la LGS supuso un salto cualitativo en este punto, aunque sólo ampliara la cobertura para los extranjeros con residencia y autorización de trabajo pues eran los que estarían, por tanto, afiliados al sistema público de protección.⁵ Esta situación cambió con la modificación del art. 7.1 LGSS, por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre⁶ mediante el cual “los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional”, estarán comprendidos en el Sistema de Seguridad Social, a efectos de prestaciones contributivas. Sin embargo, el principio de igualdad se complementa con el de universalidad, en virtud del cual son titulares del derecho a la protección de la salud todos los individuos, todas las personas, quienes tienen derecho a acceder a las acciones sanitarias de tutela de la salud sin necesidad de ostentar ningún título jurídico especial, por tanto, por la sola condición de persona.⁷

⁴ Art. 4 LE/1985”1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. 2. Los extranjeros que, por su residencia o interés, se relacionen con España deberán cumplir los requisitos de identificación que se determinen y estarán sujetos a los deberes, obligaciones y cargas impuestos por el ordenamiento jurídico, con excepción de los que correspondan exclusivamente a los españoles”.

⁵ DE VAL TENA, A.: “El derecho de los trabajadores inmigrantes a la protección de la salud”, en Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Tomo II. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Gobierno de Cantabria, 2003, pgs. 1425-1448.

⁶ de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. BOE de 31 de diciembre de 1996.

⁷ MERCADER UGUINA, J.R.: “La protección social de los trabajadores extranjeros”, en Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Tomo II. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Gobierno de Cantabria, 2003, pgs. 1103-1216.

Así, tras esta primera aproximación, con anterioridad a la LODLex sólo los extranjeros en situación regular podían disfrutar de asistencia sanitaria.⁸

II. La asistencia sanitaria de los extranjeros en la LODLex y sus sucesivas reformas de diciembre de 2000 y 2003

El art. 12 LODLex, que no fue objeto de modificación ni por la LODLex 8/2000, ni por la LODLex 2003⁹, supuso un gran cambio respecto a la anterior legislación, pues regula el derecho a la Seguridad Social, y especialmente, al extender este derecho en determinados supuestos a los extranjeros irregulares¹⁰.

Bien, pues según este art. los extranjeros que se encuentren inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, asimismo derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica, los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, y las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.

⁸ Art. 1 LGS “2. Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional.”

⁹ Será el Real Decreto-ley 16/2012 el que “revolucione” este artículo.

¹⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.: “La protección social de los alógenos”, en Extranjeros en España. Régimen Jurídico. Laborum, Murcia, pgs. 95-139.

En consecuencia, conectando con los artículos 10.1 y 14.1 LODLex, que reconocen el derecho a la Seguridad Social, tanto a nivel contributivo, como en el no contributivo, a los extranjeros que se encuentren en situación regular, y con el art. 1.2 LGS que establece el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de todos los españoles y ciudadanos extranjeros que residan de forma legal en España, podríamos concluir que el art. 12 LODLex se está refiriendo a los que se encuentren en nuestro país con independencia de su situación administrativa, pues el supuesto normal que es encontrarse en situación de regularidad, viene establecido por los artículos 10.1 y 14.1 LODLex, y por el art. 12 LGS. Siendo supuestos en los que no es necesario empadronarse para recibir la prestación de asistencia sanitaria, al igual que ocurre con los españoles.¹¹

En palabras de ÁLVAREZ CORTÉS, este art. 12 LODLex, se encuentra redactado de tal forma que permitirá la protección de extranjeros en situación irregular en España¹².

1. Extranjeros inscritos en el Padrón del municipio

El art. 12.1 LODLex establece que los extranjeros empadronados en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tendrán derecho a la asistencia sanitaria “en las mismas condiciones que los españoles.”

Esta norma contempla la única novedad de sumo interés y relevancia, pues supone superar de modo radical el requisito tradicional de la “residencia legal”. Así, esta garantía de transparencia respecto a la población efectiva de un municipio, se convertirá, en base

¹¹ FERNÁNDEZ COLLADOS, B.: El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España, Laborum, Murcia, 2007.

¹² ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: “Los beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria en la Ley de extranjería”, Relaciones Laborales I, 2001, La Ley, Madrid, 2001, pgs. 365-398.

a la ley, en un presupuesto habilitante para el disfrute de un derecho social a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles, con objeto de conciliar la protección frente a las necesidades asistenciales garantizadas por este derecho de la persona, que llevaría a expandir la tutela a todo sujeto que se halle en un territorio en igualdad respecto a las exigencias de control y racionalidad de todo servicio público universal, que lleva a limitar el acceso a aquellas personas que acrediten una mínima estabilidad o asentamiento en nuestro país¹³. De modo que, por el simple empadronamiento, los extranjeros se convierten en titulares del derecho a la misma asistencia sanitaria que cualquier español¹⁴, y en la “llave de la diferencia.”¹⁵

Y un requisito lógico para los extranjeros irregulares.¹⁶

La gran novedad objeto de reproche y críticas, ha sido la disposición adicional séptima de la LBRL que tras la reforma por la LODLex/2003 establece que, “la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales, preferentemente por vía

¹³ MOLINA NAVARRETE, C.: “Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria”, en Comentario a la Ley y al reglamento de Extranjería e Integración Social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001). Comares, Granada, 2001, pgs. 232-245.

¹⁴ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La protección social de los extranjeros en España”, Aranzadi Social núm. 21/2001 parte Estudio, Aranzadi, Pamplona, 2001, pgs. 1-17. LUJÁN ALCARAZ, J. J.: “El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL2000, 72 y 209)”, Revista Doctrinal Aranzadi Social vol. V parte Tribuna, Aranzadi, Pamplona, 1999, pgs. 1-14.

¹⁵ MERCADER UGUINA, J. R.: “La protección social de los trabajadores extranjeros”, en Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Tomo II. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Gobierno de Cantabria, 2003, pgs. 1103-1216.

¹⁶ BALLESTER PASTOR, M. A. y BLASCO PELLICER, A.: “Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional”, Justicia Laboral núm. 2, Lex Nova, 2000, Valladolid, pgs. 5-32.

telemática. A fin de asegurar el estricto cumplimiento de la legislación de protección de datos de carácter personal, los accesos se realizarán con las máximas medidas de seguridad”. Parece improbable que la Dirección General de la Policía acceda a los datos del padrón para controlar la situación administrativa de los extranjeros¹⁷. Aun así, se estima que si desde la publicación de la LODLex, pocos extranjeros irregulares se han atrevido a inscribirse en el padrón por miedo a sacar a la luz su situación de irregularidad¹⁸, cada vez serán menos los que piensen en la inscripción.

El legislador ha considerado la protección a la salud como un derecho relacionado directamente con la dignidad de la persona, y ha querido reconocer el derecho a la asistencia sanitaria con la misma amplitud que a los nacionales, con la condición de la inscripción en el Padrón.¹⁹

2. Accidente o enfermedad grave del extranjero sin estar empadronado

El segundo apartado del art. 12 LODLex, dispone que los extranjeros que sin estar empadronados sufran un accidente o contraigan una enfermedad grave, tendrán derecho a “la asistencia sanitaria de urgencia y a “la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica”. El concepto de “accidente” no necesita

¹⁷ FERNÁNDEZ COLLADOS, B.: El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España, Laborum, Murcia, 2007.

¹⁸ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: “Los beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria en la Ley de extranjería”, Relaciones Laborales I, 2001, La Ley, Madrid, 2001, pgs. 365-398.

¹⁹ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La protección social de los extranjeros en España”, Aranzadi Social núm. 21/2001 parte Estudio, Aranzadi, Pamplona, 2001, pgs. 1-17.

mayor precisión por significar cualquier daño sufrido por un agente externo.²⁰

2.1. Extranjeros menores de dieciocho años

El art. 12.3 LODLex prevé que los extranjeros menores de dieciocho años que se hallen en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Se vuelve a establecer el criterio de trato igual con los españoles al reconocer este derecho a los extranjeros menores de edad en situación irregular. Hasta la aprobación de la LODLex, la situación sufría de importantes carencias, pues éstos recibían el mismo trato que los mayores de edad en situación irregular. Así, la LODLex legaliza esta práctica hasta esos momentos aislada.²¹

2.2. Extranjeras embarazadas

Del colectivo de extranjeras embarazadas se encarga el art. 12.4 LODLex, al disponer que tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto, en las mismas condiciones que

²⁰ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: Reforma y contrarreforma de la Ley de Extranjería (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España) Incorpora el RD 864/2001, de 20 de julio, que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

²¹ MASSÓ GARROTE, M. F.: Nuevo Régimen de Extranjería. Comentarios, Procedimientos, Formularios, y Modelos de la LO 4/2000, de Extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000. La Ley, Madrid, 2001, pgs. 166-169; MERCADER UGUINA, J. R.: “La protección social de los trabajadores extranjeros”, en Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. Tomo II. XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Gobierno de Cantabria, 2003, pgs. 1103-1216; y USÚA PALACIOS, F.: “Seguridad Social y Servicios Sociales”, en Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000). Comares, Granada, 2001, pgs. 640-658.

las españolas.²² Además, por los términos empleados en el precepto, la asistencia sanitaria cubre no sólo la propia del período de gestación y alumbramiento sino cualquier otra causa.²³

III. La LODLex /2009²⁴ y el acceso al padrón como condición de acceso a la prestación sanitaria

El art. 12 apenas cambia con la LODLex/2009. El único requisito sigue siendo la inscripción en el Padrón del municipio donde residan habitualmente.²⁵ Quedan exentos de cumplir con el requisito del empadronamiento los menores de dieciocho años²⁶ y las extranjeras embarazadas²⁷, que tendrán asistencia sanitaria, en todo caso.

La nueva redacción ofrece una sutil variación para reforzar el disfrute del citado derecho en igualdad de condiciones que los españoles, y no es otro que empadronarse donde “tengan su domicilio habitual”. Este precepto salva cualquier duda sobre la necesidad de que se refiera a residencia habitual en un municipio español que implique una autorización administrativa de residencia. Una lectura del art. 12 junto con el punto VII de la Exposición de Motivos implica que para el ejercicio de los derechos de asistencia sanitaria por parte de los

²² GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.: “La protección social de los alógenos”, en *Extranjeros en España. Régimen Jurídico*. Laborum, Murcia, pgs. 95-139, BALLESTER PASTOR, M. A. y BLASCO PELLICER, A.: “Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional”, *Justicia Laboral* núm. 2, Lex Nova, 2000, Valladolid, pgs. 5-32.

²³ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “La protección social de los extranjeros en España”, *Aranzadi Social* núm. 21/2001 parte Estudio, Aranzadi, Pamplona, 2001, pgs. 1-17.

²⁴ Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 12 de diciembre de 2009.

²⁵ Art. 12.1 LODLex/2009.

²⁶ Art. 12.3 LODLex/2009.

²⁷ Art. 12.4 LODLex/2009.

extranjeros no se debe exigir la residencia o estancia y, con ello, el legislador refuerza la idea de no condicionar el acceso a determinados derechos y, en concreto, el derecho a la asistencia sanitaria a la situación administrativa del extranjero.²⁸

IV. El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones²⁹

El Real Decreto-ley 16/2012, ha modificado la legislación en materia de extranjería y sanidad. Una de las medidas más importantes que establece es la privación del derecho de asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en determinadas circunstancias. Tal y como podemos extraer de la Exposición de Motivos, las modificaciones resultan especialmente necesarias en el contexto de crisis económica en el que nos encontramos, para racionalizar el gasto público y posibilitar una mayor eficiencia en la gestión de los servicios de salud de las comunidades autónomas.

En virtud del artículo 86 de la CE, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas en caso de “extraordinaria y urgente necesidad”. Y, según el TC, el concepto de extraordinaria y urgente necesidad, “no es una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se

²⁸ ARBELÁEZ RUDAS, M.: “La nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Comentarios sobre las modificaciones en la redacción del art. 12 LODYLE”, en Comentarios a la reforma de la Ley de Extranjería (lo 2/2009). Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pgs. 109-114.

²⁹ BOE de 24 de abril de 2012.

mueva libremente sin restricción alguna: es la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes”³⁰.

1. La condición de asegurado

Una de las modificaciones más relevantes que introduce el citado Real Decreto-ley, se refiere al art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo³¹, donde se pasa de la condición de ciudadano a la de asegurado para determinar la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria. A partir de ahora, tendremos que hablar no de personas o ciudadanos, sino de beneficiarios, correspondiendo, no a las Administraciones sanitarias, sino al Instituto Nacional de la Seguridad Social el reconocimiento de tal condición.

2. La inscripción en el Padrón

Otro de los importantes cambios que introduce el citado Real Decreto-ley se refiere a la cuestión de la inscripción en el padrón del municipio donde se resida. Así, los extranjeros en situación irregular, aunque estén empadronados, no tendrán reconocido el derecho a la asistencia sanitaria al modificar la Ley 16/2003, de 28 de mayo, y añadir un nuevo artículo sobre ello.³²

Respecto al derecho a la asistencia sanitaria, también modifica el art. 12 LODLex/2009, el cual establece que, “Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria.”

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2007, de 28 de marzo de 2007 (RTC 2007,68)

³¹ De cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. BOE de 29 de mayo de 2003.

³² Art. 3 ter. Asistencia sanitaria en situaciones especiales. “Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.”

Este retroceso plantea problemas, entre otros, los relacionados con la ética médica, que obliga a prestar asistencia a todo el que la necesite.³³

3. Consideraciones al Real Decreto-ley

Esta regulación excluía del derecho a la sanidad a ciertos colectivos de ciudadanos nacionales, como los mayores de 26 años que no hubiesen accedido todavía a su primer empleo. Esta situación se corregirá con el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto³⁴, que se publica en desarrollo del Real Decreto-ley 16/2012. En él se concretan y amplían las personas que pueden “ostentar” la condición de asegurado, contenida en el apartado 2. del art. 3 de la Ley 16/2003.³⁵

Así, además de estas personas ostentan la condición de aseguradas las que no tengan ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, siempre que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: tener

³³ BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas.” Revista Aranzadi Doctrinal núm. 3/2012 (Tribuna), Aranzadi, Pamplona, 2012, pgs. 1-10.

³⁴ Por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. BOE de 4 de agosto de 2012.

³⁵ Art. 2.1.a) Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, “a efectos de lo dispuesto en este Real Decreto, son personas que ostentan la condición de aseguradas las siguientes: a) Las que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que son los siguientes: 3. Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza. 4. Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza y encontrarse en situación de desempleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. Este supuesto no será de aplicación a las personas a las que se refiere el art. 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo”.

nacionalidad española y residir en territorio español; ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros; ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica.³⁶

El apartado 3 del art. 3 de la Ley 16/2003 establece que los extranjeros que sean “titulares de una autorización para residir en territorio español, si no cumplen alguno de los supuestos mencionados en el apartado 2.º podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superen el límite de ingresos determinado reglamentariamente”.

En consecuencia, para que los extranjeros puedan recibir asistencia sanitaria pública en nuestro país y ser titulares de este derecho en las mismas condiciones que los españoles, han de ser residentes y tener la condición de asegurado, según lo previsto en el art. 3.2 de la Ley 16/2003. En el caso de que no concurra alguno de los supuestos del art. anterior, es preciso que acrediten un nivel de ingresos no superior a cien mil euros y que, además, no tengan cubierta la asistencia sanitaria por otra vía.³⁷

Los extranjeros que se encuentren en situación irregular, aunque se hallen empadronados, ya no podrán ser titulares del derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles o los

³⁶ Art. 2.1.b) Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto. También los menores de edad sujetos a tutela administrativa tendrán la consideración de personas aseguradas, salvo en los casos previstos en el art. 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Art. 2.2 Real Decreto 1192/2012.

³⁷ Art. 2.1.b.3.º Real Decreto 1192/2012; Art. 8 bis Ley 16/2003. Y disposiciones adicionales cuarta y quinta del Real Decreto 1192/2012, modificadas por el Real Decreto 576/2013.

extranjeros residentes, salvo en los casos especiales del art. 3 *ter* de la Ley 16/2003, añadido por el Real Decreto-ley 16/2012. Precepto que reproduce lo dispuesto ya en los apartados 2, 3 y 4 del art. 12 LODLex/2009, que establece que, los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria en casos de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica, y en supuestos de asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

4. Convenio Especial de Prestación Sanitaria

De conformidad con lo dispuesto en el art. 3.5 de la Ley 16/2003, la Disposición adicional tercera del Real Decreto 1192/2012, prevé determinar un convenio especial por el que podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria, a cambio del pago de una contraprestación o cuota, aquellas personas que, no teniendo la condición de aseguradas o beneficiarias, no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título. Entre estas personas podrían estar los extranjeros irregulares. Estamos hablando del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y que modifica el Real Decreto 1192/2013, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.³⁸

Podrán suscribir el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria, las personas que residan en España y que no tengan la

³⁸ BOE de 27 de julio de 2013. En vigor desde el 1 de septiembre de 2003.

condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud que podría extenderse a los inmigrantes en situación irregular. No obstante, la norma exige acreditar la residencia efectiva en España durante un determinado período; estar empadronadas, en el momento de presentar la solicitud del convenio, y no tener acceso ningún sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título. La firma del convenio especial no conllevará la expedición de la tarjeta sanitaria para la persona que lo suscriba.³⁹

El citado convenio de prestación de asistencia sanitaria facilitará a las personas que lo suscriban el acceso a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud.⁴⁰ Se excluyen, prestaciones de la cartera común suplementaria y de la cartera común de servicios accesorios⁴¹ del Sistema Nacional de Salud.⁴² Sin embargo, por su carácter básico, las Comunidades Autónomas podrán facilitar las prestaciones asistenciales propias de su cartera de servicios complementaria, distintas a las incluidas en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud⁴³, siempre que la Comunidad Autónoma las haya incorporado en el convenio especial.⁴⁴

La contraprestación económica mínima que ha de abonar la persona que suscriba el convenio especial es de 60 euros de cuota mensual, cuando el suscriptor tiene menos de 65 años y de 157 euros, si el suscriptor tiene 65 o más años⁴⁵.

³⁹ Art 57 Ley 16/2003 y art.4 Real Decreto 1192/2012.

⁴⁰ Art. 8 bis Ley 16/2003.

⁴¹ Art. 8 quáter Ley 16/2003.

⁴² Art. 8 ter Ley 16/2003.

⁴³ Art. 8 quinquies Ley 16/2003.

⁴⁴ Art. 2.2 Real Decreto 576/2013.

⁴⁵ Art. 6. Real Decreto 576/2013.

En definitiva, lo que prevé el Real Decreto-ley 16/2012, es la atención sanitaria, pública y gratuita para los extranjeros irregulares mayores de edad que se limita exclusivamente a los casos de urgencia por enfermedad grave o accidente, y hasta que reciban el alta médica.

V. Los recursos de inconstitucionalidad al Real Decreto-ley 16/2012

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

Según publica el **Boletín Oficial del Estado**, se admite el recurso del Gobierno andaluz y del asturiano contra los artículos objeto de estudio en este trabajo del Real Decreto-ley 16/2012.

Únicamente nos queda esperar la decisión del TC en respuesta a las importantísimas cuestiones planteadas.

Análisis de sistemas de rentas mínimas autonómicas: divergencias y confluencias

M^a DOLORES RAMÍREZ BENDALA¹

*Profesora del Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

I. Introducción

En el Dictamen de Iniciativa emitido por el Comité Económico y Social, en diciembre de 2013, sobre la Renta Mínima europea e indicadores de Pobreza², y presentado el 12 de febrero de este año en las Oficinas del Parlamento Europeo de Madrid, se insta a las instituciones europeas a poner en marcha una Directiva que extienda los regímenes de renta mínima a todos los Estados miembros, amplíe la eficacia de los existentes, teniendo presente en todo caso, la diversidad de los contextos nacionales. Dicha renta mínima se configuraría como una ayuda a los ingresos (no basada en cotizaciones), que proporcione una red de seguridad para los que no puedan optar a prestaciones de Seguridad Social, y destinada a asegurar ingresos suficientes a sujetos y familiares a su cargo, cuando no tengan otra forma de contribuir a la cobertura de sus necesidades.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D Buenas Prácticas Jurídico Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social (DER 2012-32111) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la renta mínima europea e indicadores de pobreza (Dictamen de Iniciativa) de 11.12.2013. 2014/C 170/04 (DOCE 5.6.2014).

Esta renta se acompañaría de medidas dirigidas a la inclusión social y laboral, como acciones conjuntas de lucha contra la pobreza y la exclusión social.

Este dictamen pone de manifiesto la necesaria implicación de la UE y los Estados miembros, en la consecución del objetivo marcado por la Estrategia Europa 2020³ de reducir, en 20 millones de personas, las situaciones de riesgo de pobreza y exclusión social; ello se llevaría a cabo, entre otras actuaciones, mediante el establecimiento de prestaciones vinculadas a situaciones de necesidad y el acceso a servicios públicos esenciales.

Como puso de relieve el Consejo Europeo⁴ al manifestarse sobre el Programa Nacional de Reformas de España de 2.014, a partir de la crisis nuestro país se sitúa por debajo de la media de la UE por lo que respecta a los principales indicadores que miden la pobreza y la exclusión social, debido principalmente a la situación del mercado de trabajo, pero también a la eficacia limitada de la protección social para paliar y reducir la pobreza. Es cierto que nuestro país cuenta con sistemas de garantía de rentas mínimas (al igual que la mayoría de los estados de la UE) sin embargo su efectividad, aplicabilidad y eficacia aparecen cuestionadas. El objetivo de este estudio se centra en analizar algunos de los regímenes de renta mínima actualmente vigentes en nuestro territorio, y en determinar los puntos neurálgicos determinantes de estos nefastos resultados.

³ Comunicación de la Comisión Europa 2020 “Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”. Bruselas 3.3.2010. COM (2010)2020.

⁴ Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas de 2.014 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el programa de Estabilidad de 2.014 de España (2014/C 247/08). DOCE 29.07.2014.

II. Análisis de distintos regímenes de renta mínima en España

En el sistema español de protección social coexisten diversos modelos de prestaciones de carácter económico, destinadas a paliar la escasez de recursos, unos vinculados al sistema de Seguridad Social (pensiones y prestaciones de naturaleza contributiva/no contributiva y asistencial) y otros que proporcionan las comunidades autónomas y los ayuntamientos en el ejercicio de sus competencias. Es en este espacio donde se configuran las rentas mínimas de inserción, último eslabón del sistema de garantía de rentas, que se desarrolla a través de programas autonómicos, y cuyo objetivo principal es la lucha contra la pobreza y la exclusión social.

La instauración de sistemas de rentas mínimas en España se inicia en los años noventa. La misma se lleva a cabo a través de las competencias que el art 148.1.20 de la CE le otorga a las CCAA (asistencia social), y en virtud de las transferencias que de aquéllas han ido asumiendo, constituyendo así, el ámbito natural de creación y desarrollo el de este nivel territorial. Esas actuaciones regionales suponen un complemento a la acción del Estado, no pretendiendo sustituir la actuación de la administración central respecto a las obligaciones que a la misma le conciernen. Sin embargo, en esta materia, el modelo se descentraliza tomando la iniciativa las administraciones regionales, ante la renuncia de aquélla de asumir un papel principal en el establecimiento de un modelo de Renta mínima. Ello provoca la aparición de una variada ordenación de la materia en función del ámbito regional, y una heterogeneidad territorial no exenta de graves problemas.

1. Sistema vasco de garantía de ingresos e inclusión social

La primera regulación de un sistema de ingresos mínimos en nuestro país se lleva a cabo en el País Vasco, dentro del Plan Integral de Lucha contra la Pobreza, mediante un Decreto del año 1989, y denominado Ingreso Mínimo Familiar⁵. Dicho ingreso consistía en una ayuda de carácter económico, de naturaleza subvencional a fondo perdido, subsidiaria y, en su caso, complementaria de las prestaciones periódicas previstas en la legislación vigente, destinada a aquellas unidades familiares que carecieran de medios económicos suficientes con que atender las necesidades básicas de la vida, y con el fin último de posibilitar la salida de la situación de marginación en la que se encontraban.

Posteriormente, la Ley 18/2008⁶ establece una reformulación del modelo con la finalidad de dotarlo, por un lado, de medios más idóneos que aporten mejores respuestas a las nuevas necesidades, y por otro, corregir las disfunciones observadas en los dispositivos existentes. En su exposición de motivos indica que las administraciones públicas vascas se alertaron de una realidad compleja: la imposibilidad o incapacidad, de parte de la población de ejercer los derechos sociales, fundamentalmente el derecho al trabajo; pero también el acceso a la educación, a la formación, a la cultura, a la salud, a una vivienda digna y a la protección social. Dicho texto incide ya, en línea con las propuestas europeas, en el papel del trabajo como elemento de inclusión, al indicar que, en gran medida, la ruptura del vínculo existente entre el individuo y la sociedad se deriva de su no

⁵ Decreto 39/1989, de 28 de febrero de 1989, por el que se regula la concesión del ingreso mínimo familiar. (BOPV, 06.03.1989).

⁶ LEY 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social. (BOPV 31.12.2008), posteriormente modificada por Ley 4/2011, de 24 de noviembre. (BOE 16.12.2.011).

participación en el proceso productivo; el derecho al trabajo se convierte en condición sine qua non de la plena ciudadanía y adquiere todo su significado como derecho político. Se crea así el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión Social, regulando el derecho a prestaciones económicas y a instrumentos orientados a prevenir el riesgo de exclusión, a paliar situaciones de exclusión personal, social y laboral y a facilitar la inclusión de quienes carezcan de los recursos personales, sociales o económicos suficientes para el ejercicio efectivo de los derechos sociales de ciudadanía.

La regulación de la Garantía de Ingresos y para la Inclusión social se lleva a cabo a través de Ley, instrumento jurídico apropiado para el reconocimiento de los derechos prestacionales públicos, que confiere mayores garantías a los ciudadanos.

Por un lado, la ley propone una modificación, que supone un claro avance hacia la universalización del modelo, consistente básicamente en considerar unidades convivenciales a las personas titulares de pensiones contributivas y no contributivas, junto con las personas que dependan económicamente de ellas.

Por otro, se reconoce el derecho a la renta de garantía de ingresos, en todas sus modalidades, mientras subsistan las causas que motivaron su concesión y se cumplan las obligaciones previstas en la ley. Inicialmente se concederá por un período de dos años, renovable con carácter bienal siempre que se sigan reuniendo las condiciones, económicas o de otra naturaleza, para el acceso a la prestación.

Dicho ingreso se erige en modelo que, posteriormente y con evidentes diferencias cualitativas y cuantitativas, sería seguido por la mayoría de las comunidades autónomas. Actualmente, en ésta se garantizan distintas modalidades: renta básica para la inclusión y protección social, renta complementaria de ingresos de trabajo y prestación complementaria de vivienda. Estamos hablando de

prestaciones garantizadas a la ciudadanía a las que acompañan instrumentos orientados a la inclusión social y laboral (Convenio de inclusión activa y medidas específicas de intervención). El objeto de dicha Garantía de Ingresos es, mediante una prestación periódica de naturaleza económica, ofrecer cobertura a los gastos básicos para la supervivencia, así como a los derivados de un proceso de inclusión social y/o laboral. Va destinada a las personas integradas en unidades de convivencia que no dispongan de recursos o ingresos suficientes para hacer frente a dichos gastos. El reconocimiento de distintas modalidades posibilita, no solo esa cobertura básica cuando el nivel de ingresos se considera insuficiente, sino que además permite complementar el nivel de recursos de las unidades de convivencia, cuando aun disponiendo de ingresos procedentes del trabajo, su nivel mensual de ingresos deviene exiguo. Permite de esta forma acceder a estas garantías incluso cuando se obtengan rentas de otra naturaleza.

Respecto a los requisitos específicos destacar el de la edad, por debajo de otras comunidades autónomas (23 años); estar empadronados y tener la residencia efectiva en el municipio en el que se solicita la prestación, a la fecha de presentación de la solicitud, y empadronamiento y residencia efectiva, en cualquier municipio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, al menos con un año de antelación a la fecha de presentación de la solicitud (si no se cumple ese período mínimo previo, deberán haber estado empadronadas y haber tenido la residencia efectiva en cualquier municipio de esta Comunidad durante cinco años continuados de los diez inmediatamente anteriores).

La regulación de la unidad de convivencia, también es novedosa. Distribuye los supuestos en tres grandes categorías: la primera agrupa los casos básicos; la segunda y tercera supuestos excepcionales y de extrema necesidad, de personas que se integran, o son acogidas, en el

domicilio de una unidad de convivencia de las consideradas en la primera categoría (incluso sin tener relación de parentesco alguno con aquella). La importancia de esta concreción es importante, ya que la unidad de convivencia constituye uno de los componentes esenciales del modelo, en la medida en que su definición es determinante del grado de cobertura de cada una de las prestaciones.

La cuantía de estas prestaciones (entre el 88% y 135 % del SMI) se sitúa entre las más elevadas del resto del territorio nacional, junto a las reconocidas en Navarra, comunidad que se ubica a la cabeza en este aspecto.

En cuanto a su naturaleza y características, destaca el hecho de que, se articula como un derecho subjetivo, de carácter subsidiario y, en su caso, complementario de todo tipo de recursos y prestaciones de contenido económico previstas en la legislación vigente.

2. La renta de inclusión social Navarra

La Ley Foral Navarra⁷ regula la Renta de Inclusión Social como una prestación garantizada, en el sentido de ser exigible ante la administración pública como derecho subjetivo (al igual que la del País Vasco) cuando se cumplan los requisitos específicos de acceso a la misma. Establece una diferencia cualitativa entre las unidades familiares cuyos miembros han perdido su empleo y han agotado las prestaciones y subsidios por desempleo, cuyas demandas se dirigen fundamentalmente a la incorporación laboral; y aquellas otras que precisan un recurso destinado a cubrir necesidades básicas, procurando a su vez la integración social.

⁷ Ley Foral 1/2012, de 23 de enero, que regula la renta de inclusión social (BON N. ° 24 de 3 de febrero de 2012). Recientemente modificada por Ley Foral 6/2015, de 5 de marzo (BON núm. 51 de 16.03.2015).

Con carácter general, tendrá una duración de doce meses, renovables por períodos similares hasta un máximo de treinta y seis, con posibilidad de prórrogas en situaciones excepcionales.

La renta de inclusión Navarra se acompaña de medidas como el Acuerdo de Incorporación (social o laboral) que debe suscribir el beneficiario, así como la disponibilidad para el empleo. Junto a estas acciones de carácter laboral, se incluyen otras relacionadas con la educación y escolarización de los menores, impuestas como obligaciones y cuyo incumplimiento puede ser sancionado.

En relación a los requisitos de acceso a la prestación, indicar que la edad para tener derecho a la misma se sitúa entre los 18 años (o menores emancipados y con hijos menores a su cargo) y los 65 años (incluso mayores con cargas familiares); la residencia en la Comunidad debe ser continuada (con excepciones relacionadas con la salud o motivos laborales) durante 24 meses o durante diez años (en cuyo caso no es necesario el periodo de residencia efectiva de 24 meses); los recursos económicos deben ser inferiores al límite establecido; y es indispensable haber solicitado previamente, de cualquiera de las Administraciones Públicas competentes, las prestaciones, pensiones o subsidios de toda índole que pudieran corresponderles por derecho.

La cuantía varía en función del número de miembros de la unidad familiar y oscila entre el 100% hasta el 150 % del SMI (la más elevada de todo el territorio nacional). Finalmente, y como novedad, se establece la compatibilidad de esta prestación con la percepción de cualquier otra (diferencia importante en relación a la regulación de otras CCAA que establecen regímenes de incompatibilidades concretos).

Indicar que el Gobierno de Navarra destinó en el año 2014, cincuenta y un millón de euros para financiar esta prestación; que la

menor tasa de riesgo de exclusión social de España se sitúa en esta comunidad, ocupando además la cuarta posición europea con menos pobreza severa (0,6%). Datos, todos ellos, que revelan la efectividad de las medidas adoptadas en esta región.

3. Renta garantizada de ciudadanía de Castilla y León

En el ejercicio de su competencia en servicios sociales, en el año 1988 se aprueba en esta comunidad la Ley 18/1988⁸, en cuyo articulado se regulaban prestaciones económicas dirigidas fundamentalmente a paliar situaciones de especial necesidad, siendo los destinatarios aquellas personas que se encontraran en situación de pobreza, marginación, emergencia o necesidad extrema.

Posteriormente, el Decreto 126/2004⁹, que reguló la prestación de Ingresos Mínimos de Inserción, abordó una profunda revisión de la regulación de la misma, concibiéndola como una ayuda social destinada a cubrir las necesidades de subsistencia de quienes carezcan de los medios económicos para ello, profundizando en su carácter integrador y delimitando las situaciones que amparaba. Dicha modalidad se verá absorbida por la Renta Garantizada de Ciudadanía que introduce la Ley 7/2010 y su desarrollo reglamentario¹⁰.

En estos momentos el Decreto Legislativo 1/2014¹¹, que aprueba el texto refundido de las normas legales vigentes en esta materia y en este

⁸ Ley 18/1988, de 28 de diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales (BOE 5.3.1989).

⁹ Decreto 126/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de la prestación de ingresos mínimos de inserción de la comunidad de Castilla y León. (BOCYL 31.12.2.004).

¹⁰ Decreto 61/2010, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y aplicación de la Ley 7/2010, de 30 de agosto, por la que se regula la renta garantizada de ciudadanía de Castilla y León. (BOCYL 20.12.2010).

¹¹ Decreto Legislativo 1/2014, de 27 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de las normas legales vigentes en materia de condiciones de acceso y disfrute de la prestación esencial de renta garantizada de ciudadanía de Castilla y León. (BOCYL

ámbito, también configura a la Renta Garantizada como una prestación esencial, como un derecho subjetivo reconocido a los ciudadanos a través de instrumento legal. La norma referida parte del reconocimiento de unos principios como el de universalidad (acceso garantizado a todos los que reúnan los requisitos exigidos); complementariedad (la prestación tiene una función complementaria de los ingresos en situaciones de carencia); subsidiariedad (última red de protección); principio de estabilidad (mantenimiento de la percepción siempre que persista la situación de exclusión social); y principio de participación de los destinatarios (contribución activa, comprometida y responsable en las actividades y medidas programadas en orden a la inclusión social y laboral); principios que le confieren una posición privilegiada y garantista respecto a las reconocidas en otras regiones. Además, se configura como una prestación familiar, convirtiéndose en destinatarios de la misma tanto el titular, como los restantes miembros de la unidad familiar o de convivencia.

A destacar, el carácter indefinido de esta prestación, cuya percepción se mantendrá mientras continúen reuniéndose las condiciones que dieron lugar a la misma, y se cumplan los compromisos asumidos en el proyecto individualizado de inserción (expresión formal del itinerario programado para la consecución de la integración social).

Respecto a los requisitos generales exigidos por la regulación, son similares al resto de comunidades autónomas: residencia y empadronamiento (con un año de antelación a la solicitud y con excepciones); edad comprendida entre los 25 y 65 años (con excepciones); cumplimiento del compromiso genérico de

3.3.2014). Recientemente modificado por Ley 1/2015, de 4 de marzo (BOCYL 12.03.2.015).

participación activa y no rechazo de oferta de trabajo, así como mantener la inscripción como demandantes de empleo cuando se encuentren en edad laboral.

La cuantía básica mensual de la renta garantizada de ciudadanía estará cifrada entre el 80 y 130 por ciento del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada ejercicio económico.

Al igual que en el resto de comunidades, esta garantía se suele acompañar de medidas complementarias: prestaciones o ayudas al alquiler e hipotecas públicas, destacando el refuerzo especial que, en esta comunidad, se ofrece a la perspectiva de género mediante la previsión de medidas de acción positiva que contemplan las especiales necesidades que concurren en los supuestos de víctimas de violencia de género.

4. Ingreso mínimo de solidaridad de Andalucía.

Tras las experiencias autonómicas antes descritas, encontramos otras, en distintas regiones, con diferencias sustanciales en el tratamiento de la Renta mínima.

En Andalucía, fue en noviembre de 1990 cuando se inicia lo que hoy se conocen como rentas mínimas de inserción. El Programa de Solidaridad de los Andaluces nace como fruto del Diálogo Social, entre la Junta de Andalucía y los Agentes Sociales, procurando poner los medios necesarios para la erradicación de la marginación y la desigualdad en este territorio (Programa de Solidaridad de los Andaluces para la erradicación de la Marginación y la Desigualdad en Andalucía¹²).

¹² D. 2/1999, de 12 de enero (LAN 1999, 42), desarrollado por Orden 8-10-1999 (LAN 1999, 352), que crea el programa de Solidaridad de los andaluces para la erradicación de la marginación y la desigualdad.

A diferencia del reconocimiento de este derecho mediante una norma con rango de ley, que se manifiesta en las comunidades ya referidas, en Andalucía es un Decreto el que regula el Ingreso Mínimo de Solidaridad. En el mismo se contempla dicho Ingreso como un derecho, sujeto a disponibilidad presupuestaria y por lo tanto exento de las garantías conferidas al mismo en las regulaciones anteriormente analizadas.

El Ingreso consiste en una percepción económica, variable en función del número de miembros de la unidad familiar, que oscila entre el 62 y el 100% del SMI, y cuya duración máxima es de seis meses. Para tener derecho al mismo, los miembros de la unidad familiar deben estar empadronados en la comunidad autónoma andaluza con al menos un año de antelación a la presentación de la solicitud; tener recursos inferiores a un determinado nivel; y una edad comprendida entre 25 y 65 años.

A la prestación económica le acompañan otras acciones complementarias en materia educativa (programas de educación permanente de adultos), en vivienda (procedimiento especial de adjudicación de viviendas públicas en régimen de alquiler) y en empleo (itinerarios profesionales). En concreto, destacar el Compromiso de Inserción, que suele versar sobre aspectos personales y familiares (de escolarización, vivienda o salud), y sobre aspectos socios económicos y laborales (orientados a la inserción laboral mediante la formación y capacitación).

Del cumplimiento de obligaciones relacionadas con el empleo y la formación va a depender el mantenimiento del Ingreso Mínimo.

5. Prestación canaria de inserción

En Canarias, la primera regulación de ayudas económicas básicas se lleva a cabo, con carácter urgente, mediante el Decreto 133/1992¹³. Pretendía constituirse en el primer paso para la erradicación de las condiciones de desigualdad económica y social en que se encontraba un amplio sector de la población canaria. Esta norma fue modificada en sucesivas ocasiones y finalmente derogada por el Decreto 13/1998¹⁴.

En el mismo año, el gobierno de Canarias aprueba el Plan de Integración y lucha contra la pobreza y la exclusión social, que incluía una extensa variedad de medidas dirigidas a la asistencia, promoción e integración social de los individuos o grupos con mayores limitaciones o dificultades para acceder al ejercicio efectivo de los derechos sociales y de ciudadanía.

Sin embargo, se manifestaba la necesidad de elaboración de una norma de rango legal, que estableciera el derecho a la prestación reforzando el carácter integrador de la misma. Así, la Ley 1/2007¹⁵, que regula la Prestación Canaria de Inserción, significó un salto cualitativo en la atención a las personas y colectivos más vulnerables de la sociedad canaria, aportando ayuda económica para quienes no tenían cubiertas las necesidades básicas, y posibilitando y favoreciendo su integración social a través de programas específicos de actividades de inserción, adecuados a las características y capacidades de las personas beneficiarias de la prestación económica.

¹³ Decreto 133/1992, de 30 de julio, por el que se regulan con carácter urgente ayudas económicas básicas (BOC 4.9.1992).

¹⁴ Decreto 13/1998, por el que se regulan las ayudas económicas básicas (BOC 2.3.1998).

¹⁵ Ley 1/2007, de 17 de enero, por la que se regula la Prestación Canaria de Inserción. (BOC 23.01.2.007)

La ley 2/2015¹⁶ considera oportuno proceder a una renovación de la misma, atendiendo a la idea de garantizar una mayor eficacia y eficiencia en su aplicación, adaptándola a la nueva realidad social. Entre esas nuevas realidades destaca el replanteamiento del perfil de las personas amparadas y protegidas por esta prestación, ya que no sólo existen colectivos en riesgo de exclusión social, sino sujetos que disponen de herramientas sociales, educativas y culturales, que no pueden cubrir sus necesidades básicas, al no percibir ingresos y haber agotado las prestaciones económicas del sistema público, y que demandan la reinserción laboral. Por ello, esta nueva ley amplía el colectivo destinatario de la prestación a aquellas personas que no dispongan de recursos económicos. Por otro lado, también amplía el ámbito de cobertura, al modificar condiciones de acceso en relación al tiempo exigido de residencia (pasa de tres años a un año), así como el periodo que se computa como ausencia de renta (se reduce de un año a tres meses).

Del mismo modo, reconoce un aspecto fundamental para el ejercicio del derecho cual es el acceso rápido y efectivo a la ayuda, simplificando trámites administrativos y acortando tiempos de respuesta, agilizando de esta forma el actual procedimiento.

La Prestación Canaria de Inserción proporciona, además de ayuda económica básica para la cobertura de las necesidades vitales, apoyos a la integración social (actividades de inserción social, laboral, profesional, ocupacional y educativa). Esta ayuda tendrá carácter subsidiario respecto a pensiones del sistema de seguridad social, o de cualquier otro régimen público de protección social, y carácter complementario respecto de los recursos de que disponga la unidad familiar.

¹⁶ Ley 2/2015, de 9 de febrero de modificación de la Ley 1/2007 por la que se regula la Prestación Canaria de Inserción. (BOE 4.3.2015).

En cuanto a requisitos para el acceso a la prestación se reiteran los ya visto en otras comunidades y en términos similares: edad entre 25 y 65 años (con excepciones); empadronamiento y residencia legal con una antelación mínima de un año (exceptúa de este requisito a las víctimas de violencia de género, personas sin hogar, víctimas de violencia intragénero...); carencia de recursos suficientes en los límites establecidos; y estar inscritas como demandantes de empleo.

La cuantía de la ayuda oscilará entre el 76% y 106% del prorrateo mensual del IPREM. La prestación se concede durante un año, con derecho a continuidad de la percepción hasta un máximo de 24 mensualidades (con posibilidad de prorrogarla en supuestos excepcionales).

6. Renta básica de inserción de la comunidad autónoma de la Región de Murcia

La Ley 3/2007, de Renta Básica de Inserción de la comunidad autónoma de la Región de Murcia, pretende impulsar mecanismos de solidaridad que faciliten la inclusión, de los sectores excluidos, al proceso de desarrollo económico y social. Para ello, reconoce que no es suficiente sólo el apoyo económico, sino que se precisan más medidas de apoyo social que eviten la cronicidad de las situaciones y favorezcan la reinserción social.

La Ley contempla un doble derecho social: derecho a prestación económica para hacer frente a las necesidades básicas de la vida, y derecho a percibir apoyos personalizados para su inserción laboral y social, incluyendo medidas relacionadas con la educación, formación y empleo. El primero viene constituido por la Renta Básica de Inserción, y el segundo por los Programas de los Servicios Sociales y de Empleo (proyectos Individualizados de Inserción).

Este derecho tendrá carácter subsidiario respecto de pensiones y prestaciones contributivas y asistenciales de la Administración general del Estado, y complementará la acción de la misma. Al igual que en otras comunidades, tendrá carácter complementario respecto de recursos y prestaciones económicas que puedan obtener la unidad familiar.

La cuantía se determinará en función del número de miembros de la unidad familiar y fluctuará entre el 75 y 150 % del IPREM. La prestación se extenderá durante doce meses máximo (con posibilidad de prórroga en supuestos excepcionales).

Los requisitos exigidos para poder generar el derecho, se identifican con los ya analizados anteriormente: carencia de rentas y recursos por debajo de un umbral; edad entre 25 y 65 años (con excepciones); residencia en España durante 5 años y un año mínimo de empadronamiento y residencia en la comunidad; no tener derecho a prestaciones de la administración pública análogas, en cuantía igual a la percepción económica aquí reconocida; y participación en proyecto individual de inserción.

El reconocimiento de este derecho también adquiere rango de Ley, pues se considera el ámbito jurídico más preciso de los derechos prestacionales públicos.

A destacar, en esta regulación, el desarrollo de mecanismos de coordinación inter administrativos en aras a la optimización, la garantía y eficacia del derecho y las medidas que le acompañan.

De todas las regulaciones que aquí se han analizado, es ésta la única que contempla la posibilidad de establecer convenios con otras comunidades autónomas para desarrollar el principio de “reciprocidad”, que supondría el reconocimiento del derecho a la percepción de la prestación económica de la Renta Básica de Inserción a personas procedentes de otras comunidades autónomas que fijen su

residencia efectiva y permanente en esta comunidad, siempre que se encuentren percibiendo en aquellas una prestación económica similar, y que se haya expresamente contemplado la reciprocidad. De esta forma se facilitaría la movilidad de los sujetos perceptores, sobre todo desde la óptica de la búsqueda de empleo.

7. Renta básica extremeña de inserción

Una de las primeras comunidades autónomas que reguló mecanismos y ayudas de inserción fue la CCAA de Extremadura, a través del Decreto 66/1990, de 31 de julio, que establecía las Ayudas para la Integración en Situaciones de Emergencia Social (AISES).

En el año 2003 se aprueba la Ley 3/2013¹⁷, de Renta Básica extremeña de Inserción, con la finalidad de asegurar medios de vida suficientes y adecuados a personas en situación de riesgo o exclusión social. A raíz de este momento, se ponen de manifiesto circunstancias susceptibles de perfeccionamiento, así como situaciones no contempladas en el texto legal, que llevan a la modificación parcial del mismo sólo un año después¹⁸. En la nueva redacción se introducen mejoras en el acceso a la prestación y se agilizan las respuestas a las necesidades, abreviando la tramitación. Sin embargo, y a pesar de haber introducido reformas positivas, no se consigue simplificar y acelerar la tramitación de expedientes, no asegurándose la inmediatez de la prestación. Además el colectivo al que va dirigida la prestación, y la extrema situación de necesidad que padecen, requiere una nueva reforma procedimental urgente que asegure una respuesta rápida de la administración, lo que se lleva a cabo a través de la Ley 9/2014¹⁹. Así,

¹⁷ Ley 3/2013, de 21 de mayo, de Renta Básica Extremeña (BOE 7.6.2.013).

¹⁸ Ley 4/2014, de 13 de junio, de modificación de la Ley 3/2013 (DOE 16.6.2.014).

¹⁹ Ley 9/2014, de 1 de octubre por la que se regula la Renta Básica Extremeña de Inserción (DOE 2.10.2014).

se revisan los requisitos, sobre todo en lo referente a la valoración de recursos económicos; se reducen las cargas administrativas en el procedimiento (informatizando el mismo e introduciendo la figura del trabajador social); se establece un nuevo régimen de compatibilidad /incompatibilidad respecto a pensiones y prestaciones del sistema de seguridad social, mutualidades, sistema público de protección y a actividades económicas, mucho más concreto que el anterior; se amplía la duración de la prestación de 6 a 12 meses (con posibilidad de continuidad); incluye la posibilidad de colaboración con empresas de Inserción y entidades sin ánimo de lucro, estableciendo, además, la necesaria coordinación entre las entidades locales y las administraciones públicas implicadas en todo el proceso.

Los requisitos generales para el reconocimiento del derecho vienen referidos también a escasez de recursos; edad (25 años); residencia legal y empadronamiento durante el año anterior a la solicitud; así como la no percepción de pensiones o prestaciones públicas declaradas incompatibles en el mismo texto legal.

La cuantía de la prestación será variable, y dependerá del número de miembros de la unidad familiar (desde un 80% a un 135% IPREM mensual).

Como una de sus finalidades va dirigida a la promoción de la integración socio laboral de los beneficiarios, se articulan actuaciones en el denominado “Proyecto Individualizado de Inserción” (dirigido a los ámbitos personal, familiar, educativo y de salud), a cuyo cumplimiento está condicionada la percepción económica de la ayuda.

III. Aspectos generales de los sistemas de rentas mínimas autonómicas: divergencias y confluencias

Del análisis llevado a cabo anteriormente, se pueden extraer distintas reflexiones. En primer lugar, llama la atención que, a nivel

comunitario, hayan transcurrido más de dos décadas desde que se indicara la necesidad del establecimiento de un sistema de renta mínima, una última red de seguridad, que garantice el derecho a la dignidad de la persona, otorgándole los medios o recursos suficientes para la lucha contra la exclusión social. Sin embargo, aún no se ha puesto en marcha la pretendida Directiva Europea de Renta Mínima que armonice y amplíe los regímenes de renta mínima a todos los Estados miembros. Si esto ocurre a nivel europeo, en nuestro ordenamiento no deja de ser llamativo que estos sistemas de renta mínima se hayan articulado a través de la competencia de asistencia social que el art 148.1.20 CE le otorga a las comunidades autónomas, renunciando la administración central a asumir el papel de establecer un sistema de renta mínima a este nivel. Se configura, de este modo, como un derecho de carácter supletorio y complementario respecto a la acción del estado. Así pues, nos encontramos que en nuestro territorio aparecen regulaciones descentralizadas de la materia objeto de este estudio. Ello ha provocado distintas configuraciones normativas de los sistemas de renta mínima que han generado diferencias sustanciales, cualitativa y cuantitativamente, promoviendo regímenes con distinta intensidad protectora. Estas desigualdades territoriales pueden afectar al principio de igualdad propugnado por nuestro ordenamiento, así como provocar disfunciones relativas tanto a la configuración del derecho, al acceso al sistema de renta mínima, así como a la aplicación y garantía del mismo.

En primer lugar, es significativa la distinta configuración normativa de los sistemas de renta mínima, de forma que mientras algunas comunidades han optado por la regulación mediante norma con rango de Ley, instrumento más idóneo para el reconocimiento de derechos y garantía de los mismos, reforzando el carácter integrador de la prestación, otras han preferido hacerlo a través de Decretos. Del

mismo modo, algunas de las normas analizadas establecen el derecho a renta mínima como un derecho subjetivo o de la ciudadanía, mientras que en otras aparece como un derecho suplementario sujeto a disponibilidad presupuestaria. Las orientaciones a nivel europeo priman que el derecho se considere un derecho subjetivo con vocación de universalidad, hecho este que no se manifiesta en la totalidad del territorio español.

Aspecto que comparten todos ellos es la visión dual de la prestación, un “doble derecho” (protección económica e inserción, tal y como indica el PNAIN 2013-2016²⁰), es decir, junto al reconocimiento de una prestación de carácter económico para hacer frente a las necesidades básicas, aparecen distintas medidas y acciones de acompañamiento dirigidas básicamente a la inserción social y laboral de los sujetos implicados, medidas que a veces se ven complementadas con ayudas a la vivienda, salud, escolarización...etc, otorgando un papel primordial a la activación en el empleo como principal mecanismo de inserción social. Añadir que, como contrapartida, se establecen obligaciones específicas dirigidas a los beneficiarios de los sistemas de renta mínima, obligaciones no sólo relacionadas con la búsqueda activa de empleo, a través de programas e itinerarios de inserción en el mercado de trabajo, sino también relacionadas con el ámbito familiar, social, educativo o sanitario, y de cuyo cumplimiento se hace depender la continuidad del derecho.

Otra de las cuestiones que se suscita es la diversidad terminológica utilizada por la normativa que desarrolla estos sistemas, partiendo de las distintas denominaciones que a éstos le otorga. Así, la conceptualización de la “escasez de recursos”, o de lo que son las “necesidades básicas” difieren en función del ámbito territorial que se

²⁰ Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social del Reino de España 2013-2016.

analice. Y no solo éstos, sino que habría que añadir los distintos conceptos de “unidad familiar”, “vivienda”, “marco físico de alojamiento”, que delimitan situaciones de hecho que darán lugar al nacimiento del derecho, y que condicionarán su cuantía. Al definir las situaciones de exclusión social, algunas comunidades hacen referencia a “unidades familiares más desfavorecidas”, o a “sujetos en situación de exclusión social”, que ya de por sí provocan la estigmatización de los afectados por dicha situación.

En relación a los requisitos específicos exigidos, en la mayoría de las regiones analizadas, se observa que son, en su mayoría, coincidentes en su configuración general (carencia de recursos mínimos de la unidad familiar, requisitos de residencia y empadronamiento, edad, solicitud previa a las administraciones públicas competentes de las prestaciones, pensiones o subsidios a los que se pudiera tener derecho). Las divergencias se producen, sobre todo, en la exigencia de un periodo temporal de residencia y empadronamiento, que varía de un territorio a otro; y la edad, que en términos generales se sitúa entre los 25 y los 65 años máximos, y que algunas comunidades han rebajado.

La diferencia más notable se pone de relieve al analizar las cuantías económicas reconocidas, que en algunas comunidades superan el triple de las reconocidas en otras. Así, a la cabeza se sitúan Navarra, País Vasco, Castilla y León, y las más insuficientes se reconocen en comunidades como Ceuta, Murcia o Extremadura. Junto a las diferencias cuantitativas, es importante destacar la variada cobertura temporal que las mismas ofrecen, siendo en la mayor parte de los casos de duración determinada, y por lo tanto se extinguen por el transcurso de su plazo máximo de percepción, mientras que en algunos supuestos su reconocimiento conlleva la indefinición del ámbito temporal, manteniéndose mientras persistan las circunstancias

que dieron lugar a la misma. Todo ello es consecuencia de la falta de un enfoque global, que adecue las cuantías y los periodos de percepción independientemente del territorio en el que se resida. A ello hay que añadir el hecho de que estas prestaciones no son exportables, es decir no es posible ejercer la movilidad territorial entre las distintas regiones, con el derecho a continuar con el percibo de la prestación. Hemos destacado, en la normativa de la región de Murcia, como se contempla la posibilidad de establecer acuerdos de reciprocidad entre las distintas comunidades autónomas con el fin de poder reconocer la portabilidad de las prestaciones, práctica que se contempla idónea, sobre todo si con ello se facilita la búsqueda de empleo y la inserción socio laboral. El impacto sobre la empleabilidad de estas prestaciones puede ser negativo sin el reconocimiento de esta portabilidad. Por otra parte, hay que superar la teoría de que su percepción pueda desincentivar la búsqueda de empleo, permitiendo compatibilizar las ayudas económicas con rentas de trabajo aunque sean de bajo nivel, haciendo que el trabajo sea rentable.

Para el desarrollo de estos sistemas con garantías de efectividad, es fundamental la coordinación entre las administraciones y entidades públicas competentes implicadas en su ejecución (empleo, formación, salud, servicios sociales, educación, vivienda...), así como la necesaria simplificación y agilización administrativa, suprimiendo los excesivos requisitos, trámites y gestiones necesarios para la solicitud y reconocimiento del derecho, sobre todo teniendo en cuenta el perfil de las personas expectantes del mismo, que debido a la grave situación en la que se encuentran, y a veces a las dificultades y obstáculos que las rodean, necesitan una rápida y eficiente resolución.

Todo ello, nos lleva a considerar la posibilidad de establecer un enfoque global, una regulación a nivel estatal del sistema de rentas mínimas, estableciendo unos mínimos básicos en todo el territorio

nacional, que pudieran ser mejorados en niveles inferiores, y en aras del principio de igualdad. Ya se ha hecho referencia a la idoneidad de establecer de forma homogénea los requisitos de acceso al derecho, las cuantías mínimas y la duración del mismo, resaltando la importancia que debe otorgarse también a la financiación, a la coordinación y colaboración de las administraciones implicadas, y al régimen de seguimiento y evaluación de los resultados, con la finalidad de garantizar la efectividad del sistema.

Algunos autores²¹ proponen modelos de sistemas de lucha contra la pobreza, que integrarían en una única prestación de ámbito estatal de rentas mínimas todas las prestaciones estatales de carácter no contributivo. De esta forma, se establecería a nivel estatal los mínimos básicos del sistema de rentas mínimas: carácter del derecho; requisitos de acceso a las prestaciones; deberes de los perceptores; cuantías básicas; duración de la prestación; criterios básicos del procedimiento para su reconocimiento, seguimiento, evaluación, revisión y extinción; régimen de incompatibilidades; financiación del sistema; formas de colaboración entre administración general y administraciones de las CCAA; participación social en el conocimiento y control de la gestión, y calendario de entrada en vigor. La gestión estaría encomendada de forma exclusiva a cada CCAA, con respeto a condiciones básicas contempladas en la ley. Dicha Ley encontraría su fundamento jurídico en el art 41 de la Constitución, en virtud del mandato a los poderes públicos de establecer un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

²¹ Maravall, H.: "Rentas mínimas y lucha contra la pobreza: urgencia de un nuevo modelo", Gaceta sindical (reflexión y debate) CCOO. Nueva etapa nº 20, junio 2.013.

IV. Bibliografía

AYALA CAÑÓN, L.: “La descentralización territorial de los sistemas de garantías de rentas”, Cuadernos de Relaciones Laborales, 23, núm. 2, 2.005, pgs. 45-67.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA: “Protección social e ingresos Mínimos Garantizados”, Cuadernos del Consejo Económico y Social nº 28, 2014.

MALGESINI REY, G.: “Informe sobre los Sistemas de Rentas Mínimas en España. Análisis y mapa de ruta para un Sistema de rentas mínimas adecuadas y accesibles en los estados miembros de la UE”, European Minimum Income Network, European Comission, Diciembre 2.014

MARAVALL, H.: “Rentas mínimas y lucha contra la pobreza: urgencia de un nuevo modelo”, Gaceta sindical: reflexión y debate. Nueva etapa nº 20, junio 2.013, pgs. 355-370.

PACHECO MANGAS, J. Y HERNÁNDEZ ECHEGARAY, A.: “Los sistemas de rentas mínimas: protección social, ciudadanía y clientelismo político. Un análisis comparado entre Andalucía y Castilla y León”, Revista de servicios sociales, nº 56, 2.014, pgs. 101-114.

SANZO GONZÁLEZ, L.: “La regulación de un sistema de rentas mínimas a nivel estatal: algunas reflexiones”, Revista de servicios sociales, nº 26, 1995.

SANZO GONZÁLEZ, L.: “La introducción de la renta básica en España”, Cuadernos de Relaciones Laborales, 23, núm. 2, 2.005, pgs. 123-149.

SERRANO GARCÍA, J. M.: “Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social”, Relaciones Laborales, 1994, pág. 1437, tomo 2, Editorial La Ley.

Obesidad, discapacidad y el tribunal de justicia de la unión europea

JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ-BENEYTO ABAD¹
Magistrado, Sala Social TSJA, Sevilla

I. Introducción

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó el **18 de diciembre de 2014, una sentencia (Asunto C-354/13, Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL))** en respuesta a la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal Danés en un proceso de reclamación de daños y perjuicios planteado entre un empleado público y la Administración danesa, en la que se analiza la incidencia de la obesidad sobre el mantenimiento y extinción de la relación contractual laboral que vincula a un trabajador con una empresa.

Los hechos son el despido de un cuidador infantil por su empleadora, una administración municipal danesa, extinción basada en razones objetivas, por causas organizativas y productivas: la disminución del número de niños que debe cuidar cada trabajador.

La relación laboral se inicia el 1 de noviembre de 1996, mediante contrato de duración determinada, para cuidar a niños en el domicilio. La contratación temporal se transforma en indefinida dos años más tarde, y dura quince años hasta el despido. Es un hecho conforme que

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D Buenas Prácticas Jurídico Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social (DER 2012-32111) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

desde el inicio de la relación laboral el trabajador estaba “obeso” (IMC superior a 30) y así permaneció durante el tiempo que se mantuvo su relación, habiendo intentado perder peso –incluso con ayuda económica de su empleadora dentro de las políticas de salud dictadas para el desarrollo del empleo público–, pero sin obtener resultados positivos. El trabajador estuvo en excedencia un año y se reincorpora en marzo de 2010 para comunicársele, el 1 de noviembre, por la empresa el inicio de la tramitación del procedimiento legal para la extinción de un contrato por causas objetivas, siéndole alegada como causa del despido “... el número decreciente de niños y por consiguiente de la carga de trabajo, que tiene consecuencias graves para el servicio de cuidados de niños y para la organización de este”. El trabajador despedido fue el único cuidador afectado de la plantilla por la extinción de su contrato y razonablemente sostuvo que la razón auténtica de la extinción de su relación laboral era su obesidad, y alegó que había sido tratado de forma discriminatoria.

El trabajador presentó una demanda en solicitud de indemnización por los daños y perjuicios causados, y el Tribunal de Kolding suspendió el procedimiento para plantear cuatro cuestiones prejudiciales, relativas a la existencia de posible discriminación por obesidad en el marco jurídico europeo, y a la inclusión de esta dentro de la definición genérica de discapacidad.

Sintéticamente, la respuesta del TJUE parte de **dos precisiones** en relación con si el Derecho de la Unión Europea consagra un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación. La primera, que, entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho de la UE, figura un principio general de no discriminación pero ninguna disposición de los Tratados contienen una prohibición específica sobre discriminación por motivo de obesidad. Y, la segunda,

que no procede ampliar el ámbito de aplicación de la citada Directiva por analogía. El TJUE apoya ambas precisiones en los casos Chacón Navas, C-13/05, y Coleman, C-303/06 y concluye afirmando que “el Derecho de la UE no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación”.

Pero el TJUE no pudo desconocer dos circunstancias. Una, la STJUE de 11 de abril 2013 (C-335/11 y C-337/11. HK Danmark) y otra, que la UE por Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009 se adhirió a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo de 2006. La consecuencia es que el TJUE interpreta la Directiva 2000/78 en el sentido de considerar la obesidad como una causa motivadora de discapacidad, elemento que sí es susceptible de ser considerado discriminatorio conforme al art. 1 de la misma. Argumenta, a partir de la equiparación de la obesidad a la discapacidad, que cabe la protección basada en esta tutela cuando concurren las condiciones propias de ésta al amparo de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, esto es: “cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.”

En suma, para el TJUE **el concepto de discapacidad** debe entenderse referido a una limitación de larga duración, derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas, que al interactuar con diversas barreras, puede impedirle ejercer una actividad profesional o una dificultad para el ejercicio de su actividad profesional, de modo que si la obesidad supone una limitación de larga duración, podría estar

incluida en el concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78.

1. Modelos de discapacidad

El gordo, es una persona con una corporalidad no reconocida en su singularidad, y hoy, al igual que la discapacidad, es una construcción sociocultural e histórica de categorías sociales que conforman un imaginario social que opera socialmente tanto como que según que épocas los modelos explicativos de la discapacidad fueron tan diversos como la prescindencia en el mundo greco latino, el castigo divino en la Edad Media, la deficiencia biológica hasta hoy que se solapan modelos, el modelo médico y el modelo social.

Es en los S. XVII y XVIII que la discapacidad se entiende que no tiene un origen divino sino una causa efectiva del organismo y por eso es objeto de la ciencia médica. La discapacidad se entiende fundamentalmente como el sustrato fisiológico que le da origen, es decir, la deficiencia, ya sea física, sensorial o psíquica, y se asocia al concepto de “enfermedad”. La emergencia de las sociedades capitalistas ligadas a la Revolución industrial consolida una visión médico-científica de la discapacidad desde lógicas positivistas y darwinistas. La medicina coloniza los espacios que simbolizan el éxito económico-estético que se reproducen hasta nuestros días: la cirugía estética, las dietas sanas... y un largo etcétera de ejemplos que encarnan al cuerpo “sano”, concebido por identificación como cuerpo bello y asociado este al éxito.

Es con la medicina que la discapacidad adquiere el sentido actual que presupone, porque así lo ha estipulado la ciencia médica, que el organismo humano debe cumplir ciertos estándares en su constitución y en su funcionamiento que lo cualifican como normal. Una desviación de la norma médica implica un cuerpo no apto para

realizar ciertas funciones que un cuerpo normal sí estaría en condiciones de llevar a cabo. A fin de cuentas, la realidad es un constructo social atravesado por los discursos dominantes. Surge así la anormalidad como el otro de la norma, la desviación como otro de la ley, la discapacidad como lo otro de la salud, el cuerpo discapacitado como lo otro del cuerpo sano-bello como canon regulador.

En las últimas décadas, la discapacidad se adscribe a un modelo que se ha denominado de forma predominante como modelo social, para el que la discapacidad en última instancia es causada por el entorno, por el contexto de la persona. No es un modelo que pretenda imponer una visión sociológica para el estudio de la discapacidad, sino, simplemente apuntar que su dimensión social no ha sido lo suficientemente tenido en cuenta, haciendo visible que la discapacidad es el producto de la interacción entre el sustrato fisiológico del individuo y las condiciones sociales del entorno en el que este habita, y que pueden manifestarse en forma de barreras u obstáculos.

Y es que la discapacidad solo adquiere sentido dentro de un contexto sociocultural determinado. La discapacidad puede ser concebida no como una característica objetiva aplicable a la persona, sino como una construcción interpretativa inscrita en una cultura en la cual, en virtud de su particular modo de definir lo normal, la discapacidad sería una desviación de dicha norma. Por ejemplo, la actual jerarquía de los sentidos no ha sido constante y así con la invención del alfabeto se pasa de una cultura oral a una cultura visual, debido a la escritura, que pasó a ser la principal forma de adquisición de conocimientos, hecho que más tarde se intensificaría con la invención de la imprenta y la alfabetización masiva en la escuela pública.

También podemos constatar como la construcción de nuestra identidad personal también es social pues viene, precisamente, de la

convivencia con otros individuos; y en el caso de las personas con discapacidad, dicha identidad está siendo construida por los otros, las personas sin discapacidad.

En última instancia, el proceso que acabamos de describir nos muestra cómo algo en principio aparentemente neutral (la obesidad), se construye socialmente y bajo unos parámetros científicos e ideológicamente interesados, hasta conferirse en el imaginario social una idea que sirve de referente en las actuaciones cotidianas. En el mismo sentido, la obesidad se configura en el mismo imaginario a través de un conocimiento y una intervención científico-médica análoga. Ambas realidades dejan de ser neutrales para normativizarse, y todo lo que no siga la norma es, por definición, anormal, y sobre ello hay que actuar. La realidad social se construye bajo el impulso de unos discursos dominantes que se imponen y terminan considerándose únicos y verdaderos, acallando otros de modo.

2. Discapacidad y fordismo

Tras la Primera Guerra Mundial se producen miles de mutilados de guerra, quienes, finalizado el conflicto, afrontan la imposibilidad de volver a integrarse en la sociedad. Simultáneamente se comienza a vivir y a producir dentro del nuevo régimen económico asociado a la segunda Revolución industrial. Se trata de un nuevo régimen de producción que, por un lado, excluye de la participación en el mismo a quienes no pueden aportar toda su fuerza de trabajo, aquellos que bajo la mirada de la “normalidad estadística” comenzaron a ser definidos como anormales y desviados. Ese régimen de producción se convierte a su vez en un productor eficaz de accidentados laborales: extrabajadores ya no aptos para su desempeño laboral en las fábricas, quienes, sumados al número masivo de los ambulantes mutilados de guerra, llevan a los Estados a poner en marcha políticas y medidas de

asistencia, tanto en un plano social (subsidios, prestaciones, beneficios sociales), como en un plano médico (rehabilitación para el retorno al sistema de producción). Colateralmente surgirán y se consolidarán todas aquellas profesiones vinculadas a tales políticas y medidas.

La actividad laboral se ha consolidado, desde principios del siglo XX, como la condición fundamental de la existencia de todas las personas. La estructura económica articulada en torno a la producción industrial capitalista ha obligado a asumir la condición de trabajadores a la gran mayoría de los seres humanos. El capitalismo fordista necesita unos requerimientos funcionales determinados; dicho de otra forma, necesita de mano de obra capaz, productiva. Por otro lado, también necesita consumidores solventes, siendo para la mayoría necesaria la primera condición para poder cumplir la segunda. Pues bien, para este sistema económico, las personas con discapacidad no reúnen esas condiciones de eficiencia requeridas; lo que justifica que sean apartados del sistema. Como resultado de esta exclusión, la discapacidad adquiere una forma determinada: un problema individual que requería tratamiento médico. La conclusión es obvia ya que si la producción es esencial en las sociedades capitalistas, las personas con insuficiencias están en grave desventaja, pues no pueden vender de la misma manera su fuerza de trabajo, ya que se considera que no producen igual. Desde la óptica del consumo también son borrados de ese espacio, pues tampoco puede consumir bajo esos mismos estándares.

3. Modelo social de la discapacidad

Hacia finales de los sesenta se inicia un movimiento que plantea una vía política para superar la dependencia y la falta de autonomía de las personas con discapacidad bajo las prácticas del modelo médico y se plantea como respuesta y ruptura la idea de independencia. Es

decir, independencia con relación a las prácticas que la niegan y socavan. El énfasis se dirige hacia la igualdad efectiva de derechos y oportunidades de las personas con discapacidad, y hacia la articulación de las medidas necesarias para llevarla a cabo, lo que nos pone sobre la senda de las prácticas características del modelo social entre las que está la consideración de la persona discapacitada como sujeto de derechos. Se va a interpretar que la discapacidad no reside en un substrato fisiológico deficiente, sino en unas estructuras sociales que no tienen en cuenta las auténticas necesidades de las personas con discapacidad y las marginan y excluyen de la participación en la vida colectiva. Así, la discapacidad se traslada desde el plano individual al colectivo, haciendo evidente que, en gran medida, es el contexto social el que contribuye a la construcción de un determinado sentido, y unas ciertas prácticas asociadas, de la discapacidad; un contexto en el que los espacios físicos son inadecuados y los estereotipos discriminatorios.

Una idea básica del modelo social es interpretar la discapacidad como el producto de una sociedad discapacitante, no ya como el resultado de una patología del cuerpo de la persona. La discapacidad es entendida como un problema situado en la sociedad, y el modo de atenuarla exige transformar el entorno social.

Ser discapacitado por la sociedad se relaciona de manera directa con la discriminación.

El modelo social explicó las causas que están en el origen histórico del fenómeno de la discapacidad en su constitución moderna, situando las causas de la opresión en los requerimientos estructurales del sistema capitalista, fundamentalmente, mano de obra capaz, eficiente y productiva.

Asimismo, dado que el modelo social reivindicaba la autonomía de estas personas para decidir respecto de sus propias vidas, dirigió su

atención, para ello, hacia la eliminación de cualquier tipo de barrera, con el fin de ofrecer una adecuada igualdad de oportunidades. Estas barreras provocan inaccesibilidad a la educación, a los sistemas de comunicación e información, a los entornos de trabajo, generan sistemas de beneficencia inadecuados para las personas con discapacidad, servicios de apoyo social y sanitarios discriminatorios, transporte, viviendas, edificios públicos y espacios de entretenimiento inaccesibles, y también la devaluación actitudinal de las personas etiquetadas como discapacitadas por su imagen y su representación social negativa en los medios de comunicación, películas, televisión y periódicos.

La propia UE asume estos nuevos planteamientos acerca de la discriminación por motivo de discapacidad, derivados del modelo social, insistiendo en la necesidad de que los bienes y los servicios de la sociedad se adapten a las posibles necesidades especiales de las personas y no al revés (“Discrimination by design”. Documento de trabajo. Día europeo de las personas con discapacidad. Conferencia 3-12-2001). A tal respecto, cabe mencionar que, históricamente, ya en sus inicios el Movimiento de Vida Independiente, al abogar por la igualdad de oportunidades en el ejercicio de sus derechos civiles para las personas con discapacidad, comenzó a tomar conciencia de que el diseño constituía un elemento clave en el camino hacia dicha igualdad.

4. El modelo de discapacidad hasta la STJUE 18-12-14 (Asunto C-354/13)

El TJUE has esas fechas era **deudor del modelo médico** que considera la discapacidad como una condición individual, resultado de una deficiencia de la persona a nivel físico, psíquico o sensorial. Ha interpretado **la discapacidad como una situación de enfermedad** y se da por supuesto que las personas con discapacidad deben someterse a

un proceso de rehabilitación para asimilarse en la mayor medida posible a las demás personas “sanas” y “capaces” de la sociedad. Las personas con discapacidad se convierten así en objeto de atención principalmente médica y su realidad es considerada desde una perspectiva notablemente medicalizada. Con tales presupuestos el TJUE vino sosteniendo que el trabajador afectado por una enfermedad **quedaba al margen de las normas antidiscriminatorias**. Para el TJUE la enfermedad no es un factor discriminatorio pues ni aparece mencionado como tal en directivas comunitarias ni puede subsumirse en las circunstancias genéricamente aludidas por ellas. Así la STJUE de 11 julio 2006 (Chacón Navas) explicó que la persona despedida exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en la protección de la Dir. 2000/78/CE e interpretó que el Derecho Comunitario descarta equiparar enfermedad y discapacidad pues “ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad” y “no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía”.

Como va siendo cada vez más habitual son **los ecos del Dº. norteamericano** los que cambian la doctrina comunitaria, dados los estrictos márgenes de las causas proscritas de discriminación en el Derecho comunitario que no permiten encajar en su tutela situaciones potencialmente discriminatorias, como la obesidad, en las que concurren los elementos de desvalor que merecen protección legal. Por tanto, aquellas causas que no puedan asimilarse o identificarse con las expresamente tuteladas en las Directivas antidiscriminación (Directivas 2006/54, 2000/78 y 2000/43) las encaja en su tutela antidiscriminatorias **reinterpretando el concepto de discapacidad** para integrar en el mismo, desde la perspectiva de la repercusión funcional, no sólo la imposibilidad de realizar una actividad

profesional, sino también la dificultad para su ejercicio, y, desde la perspectiva de la dolencia que provoca una limitación, cuando las características de ésta y su expectativa de permanencia pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores al interactuar con diversas barreras.

El **Derecho Norteamericano** tiene como **referente la tutela antidiscriminación**, e identifica la obesidad con el supuesto en el que una diversidad funcional, física o mental, determina una limitación mayor o menor en las actividades de la vida, o bien está reconocida médicamente o existe la creencia de que la puede provocar, sin que precise el que concurra con trastorno psicológico alguno para proscribir el despido mientras no exista imposibilidad para seguir realizando las tareas fundamentales de su trabajo, con o sin ajustes razonables, y por tanto si se basa en meras percepciones o prejuicios. Por otra parte, la doctrina norteamericana sostiene distintas tesis favorables al binomio obesidad-discriminación que finalmente asocia a la discapacidad en 2008 en las sentencias EEOC v. Resources for Human Development, Inc, y EEOC v. BAE Systems Tactical Vehicle Systems, LP, y finalmente, Whittaker v. America's Car-Mart, Inc., case No. 1:13-cv-00108, in the U.S. District Court for the Eastern District of Missouri, casos que equiparan la obesidad mórbida a la discapacidad, entendiendo que el supuesto es perfectamente subsumible en la Americans with Disability Act, ADA.

La última de las sentencias es casi coetánea de la STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, Fag og Arbejde (FOA) y Kommunernes Landsforening (KL) que curiosamente llega a similar conclusión para admitir la equiparación de la obesidad a la discapacidad y por tanto la protección basada en esta tutela cuando

concurran las condiciones propias de ésta al amparo de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre.

Los **tribunales canadienses** ya habían proporcionado una respuesta propia, y más interesante, desde el punto de vista de las garantías de derechos del trabajador obeso a propósito de la Ley contra la discriminación en el empleo, superando los estrechos confines de las causas previstas en el Derecho antidiscriminatorio europeo (Canadian Charter of Human Rights and Freedoms, Parte I de la Constitution Act, 1982, Schedule B de la Canada Act 1982/97, c. 11; la Employment Equity Act de 1986).

Se dio un tratamiento específico en el ámbito laboral a esta causa de discriminación, pero **en el marco de los derechos humanos** entendiendo que es ahí donde se cubre específicamente la tutela frente a la obesidad por la vía de su asimilación a la discapacidad.

5. El modelo de discapacidad en la STJUE 18-12-14 (Asunto C-354/13)

Es por influencia del Dº norteamericano el que **el Derecho comunitario gira hacia el modelo social** que no en vano tiene su origen en esa orilla del Atlántico.

Considera que la discapacidad no tiene que ver con causas de naturaleza individual y médica, sino sociales, cuyo origen son las limitaciones de la sociedad para ofrecer servicios que tengan en cuenta los requerimientos de funcionamiento (físico, psíquico y sensorial) de todas las personas. Asume que las personas con discapacidad pueden participar en la sociedad en igualdad de condiciones con el demás, lo que exige la inclusión y la aceptación plena de su diferencia. La discapacidad es interpretada como el resultado de una sociedad discapacitante y el modo de atenuarla requiere, por lo tanto, transformar el entorno social.

El conjunto de prácticas atribuibles al modelo social surge como respuesta a las anteriores prácticas del modelo médico, con una componente fundamentalmente emancipadora desde la que se reivindica un imaginario totalmente opuesto a las representaciones del modelo médico. Surge la consideración de la persona con discapacidad como sujeto de derechos, lejos de su visión como mero objeto de asistencia rehabilitadora; unos derechos que se reivindican desde la afirmación de su autonomía y capacidad de decisión, desde la exigencia de respeto a las mismas y a la igualdad de oportunidades en todos los espacios y entornos de la sociedad.

Capacidad y discapacidad remiten a **condiciones de funcionamiento**. El funcionamiento, al igual que esas categorías, es así una construcción social vinculada al cuerpo. Las categorías del funcionamiento se relacionan con la diferencia orgánica entre un cuerpo sano y uno enfermo, entre salud y enfermedad, lo que trasladado al plano funcional lleva a definir un funcionamiento eficiente (capacidad) y otro deficiente (discapacidad). Esto conduce a interpretar, por ejemplo, la denominada “discapacidad física” como un funcionamiento físico deficiente, o un funcionamiento deficiente a nivel físico. De manera que a partir de las condiciones de salud y enfermedad atribuidas al organismo se llega a la construcción médico-social del funcionamiento en términos de capacidad (eficiencia funcional) y discapacidad (deficiencia funcional).

La STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto C-354/13, Fag og Arbejde (FOA) y Kommunernes Landsforening (KL) supone el giro al modelo social de la discapacidad y literalmente la concibe como “limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás

trabajadores”. Para el TJUE la obesidad debe reunir las siguientes características para equipararla a la discapacidad:

a) Que exista un grado de obesidad que per se pueda ser indicio de un trato peyorativo, al interactuar con diversas barreras, y de impedir la participación plena y efectiva de quien la sufre en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (parag. 59), con independencia de la causa que haya motivado la misma (parag. 56), sin que sea discapacitante en sí la propia obesidad por grave que ésta sea (parag. 58).

b) Que la obesidad limite o impida la realización de las tareas propias de la profesión, con independencia o no de que se apliquen ajustes razonables (parag. 57), como consecuencia de la movilidad reducida o la concurrencia de patologías limitantes o impeditivas del ejercicio de la actividad profesional (parag. 60).

c) Que la obesidad sea de larga duración, entendiéndose por tal de carácter permanente aunque no sea definitiva.

d) El tribunal o juzgador al que se someta la cuestión deberá comprobar tanto la permanencia de la dolencia o limitación excluyente como la existencia de las barreras que pudieran interferir sobre la plena inclusión laboral de la persona hipotéticamente discriminada (parag. 62), conforme a la regla de la “flexibilización” de la carga de la prueba (parag. 63).

II. Crítica

Aunque desde el punto de vista político las propuestas nacidas del modelo social parecen suficientes para conseguir legalmente la igualdad de oportunidades y la ausencia de discriminación, desde el ámbito de la ética el modelo presenta carencias pues toda vida humana, con independencia de la naturaleza o complejidad de la diversidad funcional que le afecte, goza de igual valor en dignidad, eso

sí definiendo la idea de dignidad de modo que no deje a nadie afuera, ni dé lugar a interpretaciones que supongan que determinados seres humanos pueden ser más dignos que otros.

La conclusión es que las personas con discapacidad tienen el derecho a la igualdad de oportunidades, en razón de su igual humanidad, y no por ser iguales funcionalmente. Nos situamos más allá de la noción tradicional de dignidad humana manejado por el modelo social, basado en la capacidad, en una serie de competencias, generalmente racionales, que se consideran propias de un ser humano normativo y funcional, dando el mismo valor a las vidas de todos los seres humanos, sea cual sea su diversidad funcional, y garantizar los mismos derechos y oportunidades a todas las personas. Para ello se debería usar el término diversidad funcional en sustitución del término discapacidad como expresión positiva de esta situación vital que es inherente a la vida humana, y aceptar la diversidad funcional como una más de las diversidades que conforman y enriquecen la humanidad. En este **modelo de la diversidad** toda persona adquiere una misma condición de dignidad y de humanidad. Todas las personas tienen un mismo valor moral, independientemente de sus capacidades, o discapacidades, y por tanto, tienen que tener garantizados los mismos derechos humanos. Aquí, el hecho de la discapacidad se convierte en una cuestión de carácter ético y filosófico, y adquiere un estatus moral (hasta la fecha inalcanzable), a través del cual, toda persona con grave discapacidad, y aunque no pueda cuidar de sí misma, adquiere la misma condición de humanidad y dignidad; y por tanto, toda discriminación que sufra será entendida explícitamente como una violación de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

III. Bibliografía

BONETE, E. (2009) “Ética de la dependencia. Bases morales, debates políticos e implicaciones médicas de la Ley de Dependencia” Madrid: Tecnos.

CAMPILLO, José E. (2010) “El mono obeso. La evolución humana y las enfermedades de la opulencia: obesidad...” Barcelona: Crítica.

COURTIS, C. (2004) “Discapacidad e inclusión social. Retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003” Jueces para la Democracia nº 51.

GARCIA-ALONSO, J. V. (coord.) (2003) “El movimiento de vida independiente. Experiencias Internacionales” Madrid: Fundación Luís Vives.

GEREMEK, B. (1989) “La piedad y la horca. Historia de la miseria y de la caridad en Europa” Madrid: Alianza Editorial.

GOMEZ-MILÁN, M^o. José (2014) “Discapacidad, estados de salud y discriminación en el marco jurídico de la igualdad de Reino Unido” BIB 2014/1541

LEDESMA, J. A. (de.) (2008) “La imagen social de las personas con discapacidad” Madrid: Cinca.

NUSSBAUM, Martha (2012) “Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano” Barcelona: Paidós.

PALACIOS, A. y BARRIFFI, F. (2007) “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad” Madrid: Cinca.

PALACIOS, A. y ROMANÑACH, J. (2006) “El modelo de la diversidad: La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional” Valencia: Diversitas-AIES.

RIVAS, Pilar (2015) “¿Es la obesidad causa de discriminación tutelable en el ámbito laboral?” IUSLabor 1/2015 pag. 1-29.

RODRÍGUEZ, V. (2014) “Discapacidad y mercado de trabajo: Tres análisis empíricos con la muestra continua de vidas laborales” Madrid: FUNCAS

ROJO, Eduardo (2014) “¿Es, o puede ser, la obesidad, una discapacidad que provoque discriminación en el trabajo? Sí en determinadas condiciones. Notas a la sentencia del TJUE de 18 de diciembre.” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/12/es-o-puede-ser-la-obesidad-una.html>

SEMPERE, Antonio (2013) “Discriminación laboral por enfermedad” BIB 2013/1497

Buenas prácticas en materia de organización del tiempo de trabajo para fomentar la igualdad de oportunidades en la empresa

M^a TERESA VELASCO PORTERO¹

Doctora en Derecho

Universidad Loyola Andalucía

I. Introducción

La igualdad de oportunidades en la empresa está íntimamente ligada a la conciliación de la vida familiar, laboral y personal. La corresponsabilidad aún es una asignatura pendiente en la sociedad actual, de forma tal que las mujeres asumen el cuidado del hogar, de los menores y los dependientes en mayor medida que los hombres². Por tanto, teniendo en cuenta este elemento de género, para conseguir una auténtica igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres es

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D Buenas Prácticas Jurídico Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social (DER 2012-32111) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² De acuerdo con los datos de la última Encuesta de Empleo del Tiempo (2009-2010), el porcentaje de mujeres que empleaba tiempo en el cuidado del hogar y de la familia era del 91,9% y destinaban una media de 4 horas 29 minutos diarios (el 74,7% de los hombres destinaba 2 horas 32 minutos). (Fuente de los datos: Indicadores Demográficos Básicos. Instituto Nacional de Estadística. Más información en: http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176815&menu=resultados&idp=1254735976608).

muy importante establecer medidas que permitan que la persona trabajadora concilie las dos facetas de su vida (trabajo y familia) y que al mismo tiempo permitan y fomenten la corresponsabilidad del hombre.

A nivel legislativo existe un importante acervo de derechos laborales en este sentido, pero es a nivel convencional y de práctica de empresa donde pueden adaptarse y mejorarse, perfilando y completando las medidas legales. Las buenas prácticas empresariales en esta materia pasan por tener en cuenta la perspectiva de género, valorando el diferente impacto que tienen en sus trabajadores y trabajadoras los sistemas de organización del tiempo de trabajo rígidos o centrados únicamente en las necesidades de producción.

Es evidente que el contrato de trabajo es por naturaleza subordinado, y que el poder de dirección y control de la actividad laboral recae en el empresario (art. 20 ET). Sin embargo, no es menos cierto que en ocasiones la organización del tiempo de trabajo se centra demasiado en la presencia, la rigidez en el cumplimiento de horarios, la homogeneidad y la libertad del empresario para imponer cambios de última hora basados en supuestas necesidades de producción de última hora. Este tipo de sistemas organizativos, que a priori son percibidos por la empresa como favorables por la amplia libertad que le otorgan, tienen unos efectos secundarios nada despreciables. Por una parte, suponen mayor exigencia para las mujeres que para sus compañeros varones, ya que su carga familiar es mayor. Esto puede suponer o bien un mayor estrés para ellas, o bien que directamente tengan que renunciar a determinados puestos. Pero no solo esto, sino que para el conjunto de la plantilla aumentan el malestar y la escasa satisfacción laboral, pues en definitiva todos se ven afectados por esta situación de falta de consideración a su situación personal.

Por ello, es necesario un replanteamiento de las políticas empresariales, que superen las visiones rígidas e incorporen, en la medida de lo posible prácticas que faciliten un mayor grado de compatibilidad de vida laboral y familiar de los trabajadores y trabajadoras. En este trabajo expondremos algunas de ellas.

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

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

La posibilidad de distribuir irregularmente la jornada, que inicialmente estaba reservada a la negociación colectiva o al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, fue extendida por la reforma laboral de 2012 a la voluntad unilateral del empresario, con unos límites que han sido objeto de ampliación por el RDley 16/2013. Así, el art. 34.2 ET, en su redacción actualmente vigente, establece que “Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla. La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los

representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.”

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

Como hemos dicho, con anterioridad a la reforma laboral de 2012 la posibilidad de establecer una distribución irregular de la jornada estaba reservada al convenio colectivo o, en su defecto, al acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores. De hecho, en la práctica de la negociación colectiva española era y es habitual que el tema de la jornada quede más o menos predeterminado en los convenios colectivos de sector, fijando una jornada máxima en cómputo anual y habilitando expresamente la posibilidad de adoptar distribución irregular al pacto o acuerdo de empresa. Esta solución es bastante razonable, ya que con la distribución irregular de la jornada lo que se pretende es permitir una mayor adaptación de ésta a las necesidades de los procesos productivos, por lo que determinación debe estar a nivel de empresa.

La gran mayoría de los convenios colectivos recogen la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada, de manera más o menos explícita y con diversos grados de rigidez. Si atendemos, por ejemplo, a

los convenios colectivos de ámbito nacional, se observa la siguiente variedad de fórmulas, que se combinan entre ellas:

A) Convenios que atribuyen en exclusiva al empresario la potestad de distribuir irregularmente la jornada. Es una posibilidad minoritaria. En algunos se establece esta posibilidad, pero exigiendo la causalidad para la aplicación de la jornada irregular.

B) En la mayoría de los convenios se exige la participación de los trabajadores para llegar a un acuerdo. A ese acuerdo unas veces no se le ponen más límites que los periodos de descanso obligatorios por imperativo legal y otras veces se le ponen limitaciones (por ejemplo, que no se puedan realizar más de un número de horas al día, o a la semana, o ambas cosas).

C) Convenios en que se atribuye al empresario la facultad de distribuir irregularmente la jornada con limitaciones, con la posibilidad de ir más allá mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores. Lo mismo ocurre cuando se señala que la distribución irregular de la jornada debe ser pactada entre empresas y trabajadores, pero al mismo tiempo se establece una “bolsa de horas” que la empresa puede distribuir libremente.

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

por defecto, se compensen en el año siguiente al momento en que se produzcan (“En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan”). De esta manera, la planificación de la vida privada del trabajador queda muy condicionada.

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

La expansión de las fórmulas de distribución irregular de la jornada por voluntad unilateral del empresario para ajustarse a necesidades del proceso productivo provoca, ineludiblemente, una situación de indefinición y precariedad del trabajador, puesto que la planificación de su vida personal y familiar queda sometida a vaivenes imprevistos de la organización del trabajo en su empresa. Como hemos dicho, la imposición de esta fórmula a los trabajadores por la vía del poder de dirección tiene consecuencias negativas para la gestión de recursos humanos, por varios motivos: utilizar la vía de la imposición unilateral en los casos de tensiones concretas y reales entre vida familiar y laboral de los trabajadores no resuelve dicha tensión, sino que estropea el clima laboral y, en última instancia, la productividad. Las empresas tienen que tener en cuenta que obviar los problemas de conciliación del trabajador no los soluciona, y que eso va a tener un impacto en el trabajo. Además, por el ya señalado reparto de roles en la sociedad española, son las mujeres las que van a sufrir en mayor medida las consecuencias de la tensión. Por ello, se puede producir una huida del talento femenino hacia fórmulas de reducción de jornada o bien que la empresa encuentre dificultades para la contratación de mujeres en

estas condiciones. En ambos casos se estaría produciendo una discriminación indirecta.

Se puede producir también una colisión con el derecho del trabajador a la adaptación de la distribución de la jornada consagrado en el art. 34.8 ET. Aunque el ejercicio de este derecho está sometido a “los términos que se establezcan en la negociación colectiva o el acuerdo a que se llegue con el empresario”, la cuestión de qué ocurre cuando no existe ese acuerdo no es pacífica, lo que analizaremos en detalle cuando hablemos de este derecho de conciliación.

Por todo ello, en el contexto de un régimen legal tan generoso con las facultades del empresario y que se abstrae de las posibles choques con los problemas de conciliación del trabajador, sería conveniente que la negociación colectiva se ocupase del tema, fijando una serie de criterios generales en la materia y evitando así que el empresario tenga que ir dando soluciones puntuales y posiblemente contradictorias a los problemas prácticos concretos. La previsión puede hacerse bien en los convenios colectivos o bien en los acuerdos de empresa, además de en los Planes de Igualdad en el caso de que existan en la empresa. Hasta ahora no ha sido un elemento que se tenga muy en cuenta por la negociación, aunque sí que se han utilizado algunas fórmulas que diferencian la distribución irregular de la jornada entre trabajadores con y sin responsabilidades familiares. Dado que está en juego el interés superior de la familia, se podrían pactar jornadas irregulares sólo para aquellos miembros de la plantilla que no tengan a su cuidado un hijo o pariente dependiente, y por el mismo motivo también serían admisibles las cláusulas convencionales y contractuales de renuncia a la disponibilidad horaria irregular por razones familiares.

A modo de ejemplo de buena práctica podemos citar el art. 42.3 XVII Convenio General de la Industria Química 2013-2014 que, con respecto a la jornada flexible señala que “no podrá aplicarse a

trabajadores y trabajadoras que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o periodos de lactancia”. También contiene este convenio una ampliación del periodo de preaviso, puesto que se establece que “para la aplicación de la hora flexible se tendrán en cuenta los criterios de causalización y explicación de las razones técnicas productivas u organizativas que lo justifiquen a los representantes de los trabajadores, así como a los directamente afectados, con siete días de antelación”. La ampliación del periodo de preaviso (que en el ET son solo 5 días) es otra medida importante que facilita la organización del propio trabajador y, por tanto, la conciliación.

III. La fijación de las vacaciones (art. 38.2 ET) y la conciliación de vida personal y familiar

El ET remite la cuestión de la fijación de la fecha de disfrute de vacaciones al común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones. En caso de desacuerdo, el ET establece que será la jurisdicción competente la que fije la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecorrible. Con esta escueta regulación la ley deja el establecimiento de los criterios para la fijación de la fecha de disfrute a la negociación colectiva, sin establecer ningún derecho de preferencia ni pronunciarse sobre la primacía de las necesidades de la empresa o las del trabajador.

La importancia del acuerdo es reconocida por nuestros tribunales, que no admiten que la empresa pueda fijar el calendario unilateralmente, de manera que si éste es impuesto, se puede recurrir por la vía del conflicto colectivo (lo que supone que se admite la prevalencia del interés general). Así, se ha resuelto que el período de vacaciones debe fijarse de conformidad entre el empresario y los

representantes de los trabajadores y no cabe su determinación unilateral alegando imposibilidad de acuerdo o reiteración de años anteriores. Sin embargo, también a falta de pacto, se admitió que la empresa fijase unilateralmente su fecha de disfrute por resultar razonables las fechas fijadas en función de la productividad. En todo caso, cuando se trata de una obligación asumida por la empresa, fruto de la negociación colectiva, decae la facultad del empresario de establecerlo unilateralmente, aunque se ha admitido la posibilidad de modificar la forma de disfrute de las vacaciones anuales establecida en convenio colectivo mediante acuerdo entre la empresa y dos de los sindicatos con representación en ella.

Por tanto, descartada la posibilidad de una imposición unilateral del empresario en la que se tuviesen en cuenta tan solo las necesidades productivas, la sede propia de regulación del tema es la negociación colectiva. Y efectivamente así ocurre en la práctica, estableciendo los convenios colectivos sistemas de fijación de vacaciones de lo más variado, en el que ocupa un lugar muy destacado el criterio de la antigüedad. Hay cláusulas por ejemplo que establecen un orden rotativo –que a veces se erige en criterio fundamental o exclusivo–, o que contemplan un sistema de sorteo, o la categoría del trabajador. Junto a ellas (aunque minoritariamente) también se encuentran recogidos criterios relativos a circunstancias personales del trabajador, como su edad, o la existencia o no de familiares a cargo, preferentemente hijos en edad escolar obligatoria o preescolar, para que las vacaciones coincidan con las del período lectivo, o bien la coincidencia de un matrimonio dentro de la misma empresa. En este sentido, es destacable el XII Convenio colectivo de la empresa Hibu Connect, SAU, que señala que “los padres con hijos en edad escolar obligatoria tendrán preferencia para el disfrute de las vacaciones en el período de vacaciones escolares”. También el VI Convenio colectivo

de la empresa NCR España, SL, cuyo art. 33 establece que “dentro de la categoría, los empleados con mayor antigüedad en la Empresa tendrán derecho preferente a elegir sus vacaciones respecto a los demás miembros del Departamento, Sección o servicio, salvando el derecho que tienen los empleados con hijos en edad escolar de disfrutar sus vacaciones dentro de dicho periodo escolar. Se entiende por edad escolar la comprendida entre los 4 y 18 años y por periodo de vacaciones escolares el que en cada momento determine la autoridad académica competente.” Como curiosidad de adaptación a las nuevas realidades familiares podemos mencionar el Convenio colectivo de la empresa Alcatel Lucent España, S.A., cuyo art. 8. establece que “En el caso de empleados afectados por un convenio regulador por separación o divorcio, se dará prioridad al disfrute de vacaciones coincidiendo con el período de custodia de los hijos, por lo que la planificación del período de vacaciones entre los empleados y sus supervisores, en función de las necesidades de trabajo, deberá realizarse con al menos dos meses de antelación”.

La preponderancia del criterio de antigüedad es muy criticable, tanto desde el punto de vista de los valores constitucionales como desde el punto de vista práctico. La importancia del derecho constitucional a la conciliación y su relación con la igualdad de oportunidades merecería que los convenios otorgaran mayor valor a los criterios relacionados con las responsabilidades familiares frente a otros tan neutros como el de antigüedad pero es que, además, obviar los factores subjetivos y las necesidades de conciliación del trabajador en un tema con tanta repercusión práctica en la organización de la vida familiar y personal puede incluso vaciar de contenido el derecho a vacaciones, dificultando el descanso real del trabajador.

Por otra parte, y en relación con el tema concreto de las vacaciones y la suspensión por maternidad conviene recordar que, después de un

accidentado camino evolutivo en el que ha tenido una importancia fundamental la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, nuestro ET reconoce ahora un completo régimen protector para el trabajador. El art. 38.3 ET establece que cuando el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural, o con el periodo de suspensión del contrato por maternidad (en todas las modalidades previstas en el 48.4 ET) o por paternidad, “se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o la del disfrute del permiso (...) al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural al que correspondan”. Como acertadamente señala GORELLI, lo que consagra este artículo es el derecho al cambio de fechas en el disfrute de las vacaciones, pero no que el trabajador o trabajadora afectados puedan fijar unilateralmente las nuevas fechas de vacaciones. Antes al contrario, habrá que estar nuevamente a la regla general en materia de fijación de fechas de las vacaciones, que es la del acuerdo entre las partes y de conformidad a las reglas que pueda establecer el convenio colectivo. En cuanto a la cuestión de si la fecha de disfrute en estos casos tiene que ser necesariamente después de la suspensión (como parece desprenderse de la literalidad del precepto), consideramos que el acuerdo entre trabajador y empresario no tiene por qué estar sometido a dicha limitación. Dado que las reglas generales de la fijación de fecha de disfrute remiten al pacto, en éste se puede acordar el disfrute antes del inicio de la suspensión, o incluso una vez finalizado éste pero intercalando un periodo de trabajo efectivo. Consideramos que la previsión estatutaria solo tendría virtualidad si no se llega al acuerdo y la controversia tiene que resolverse por la vía judicial.

Para articular esta cuestión con las reglas generales de fijación de las vacaciones sería interesante que el convenio incluyese alguna preferencia a favor de las mujeres gestantes.

IV. La determinación de la fecha de disfrute y la concreción horaria de las suspensiones y permisos vinculados a la conciliación. El caso particular de la acumulación del permiso de lactancia

El ET recoge una serie de derechos a la suspensión del contrato así como a ausencias retribuidas en supuestos relacionados con el cuidado de hijos: las suspensiones por maternidad y paternidad, el permiso para cuidado de neonato hospitalizado y el permiso de lactancia; algunos de ellos necesitan una concreción horaria y otros admiten distintas posibilidades de fecha de disfrute. La regla general suele ser que ambas cuestiones corresponden al trabajador o trabajadora titular del derecho, respetando en todo caso las limitaciones legales.

Con carácter general esta regla es aplicable también al permiso de lactancia (derecho a ausentarse diariamente una hora del trabajo, que se puede dividir en dos fracciones, o reducir la jornada diaria en media hora), con respecto al cual el art. 37.6 ET establece que su concreción horaria y determinación del periodo de disfrute “corresponderán al trabajador dentro de su jornada ordinaria”. Sin embargo, hay una modalidad de ejercicio del permiso de lactancia que se vincula a las previsiones del convenio colectivo y, en segundo lugar, al posible acuerdo individual con el empresario en todo caso sometido a las previsiones del convenio colectivo: la acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas.

Según el art. 37.4 ET “Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá (...) acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con

el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla”. Por tanto, lo establecido en el convenio actuará como norma mínima, pudiendo producirse una eventual mejora de las condiciones convencionales por medio del acuerdo entre trabajador y empresario.

El convenio tendrá que determinar la forma, los requisitos y la duración del ejercicio del derecho. Para el cálculo de los días de acumulación se debe tomar como referencia el derecho a una hora de ausencia por día (no media), independientemente de la jornada real del trabajador (es decir, sin aplicación proporcional a la jornada); hay que tener en cuenta que el derecho comienza con el nacimiento del niño y se prolonga hasta que cumple los nueve meses, y que puede ser ejercido por la misma persona que ejerce el derecho a la suspensión por maternidad o por otra. Por tanto, es criticable el hecho de que muchas regulaciones convencionales partan del presupuesto de que es la madre la que ejerce ambos derechos y, por tanto, lo calculen en función del periodo que media desde las dieciséis semanas hasta los nueve meses.

El convenio colectivo tiene libertad para fijar el régimen jurídico de la acumulación, pudiendo establecer un tope de acumulación, un tope con un número de días superior o inferior, o incluso excluir incluso la acumulación, como ha señalado nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 11-11-09. Por otra parte, a pesar de la remisión que hace la ley al convenio, esto no quiera decir que si este guarda silencio no se pueda utilizar dicha fórmula. Nuestros tribunales han avalado la posibilidad de que se invoque, por ejemplo, una práctica habitual de la empresa de conceder 13 días de permiso de lactancia acumulada e, incluso, han reconocido que si no se dice nada en el convenio y se opta por la acumulación, ha de referirse a cada hora diaria de ausencia.

La posibilidades de disfrute acumulado que podemos encontrar en los convenios colectivos son muy variadas; a título de ejemplo

podemos citar la modalidad de acumular el total de horas por permiso de lactancia disfrutándolo de forma ininterrumpida a continuación de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, o bien acumular el número de horas correspondiente a un trimestre o un semestre para disfrutarlo de la misma manera que en el caso anterior y también, de manera más frecuente, la sustitución por unos días adicionales de permiso por maternidad . Más concretamente, vemos que hay convenios que hablan de 7 días sin solución de continuidad tras la baja, acumular en jornadas completas tras el permiso maternal tan solo el 85% de las horas que le pudieran corresponder, 15 días laborales tras el alta de maternidad, 15 días naturales a continuación del descanso de maternidad, tres semanas después de la suspensión por maternidad, 11 días, 14 días naturales, e incluso de 26 días. En general, son regímenes de disfrute excesivamente simplistas y con la inercia de considerar que es la mujer la titular del derecho y que, además, lo va a disfrutar la misma persona que disfruta de la suspensión por maternidad. Deberían adaptarse este tipo de formulaciones a la nueva regulación legal, mucho más amplia en cuanto a la titularidad, y fomentar de esta manera la corresponsabilidad.

V. La concreción horaria y la determinación de la fecha de disfrute de la reducción de jornada por motivos familiares

1. Cuestiones Generales

El ET reconoce diversos derechos de conciliación que consisten en la posibilidad de reducir la jornada por motivos familiares, y no todos tienen el mismo régimen jurídico con respecto a su concreción horaria y determinación de la fecha de disfrute. En unos casos es una facultad

que corresponde al trabajador, sin limitaciones, y en otros se establece que los convenios colectivos podrán fijar criterios en los que también se tengan en cuenta las necesidades organizativas de la empresa.

El supuesto en el que el trabajador disfruta de más libertad es en el caso de nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto: el art. 37.4 bis ET establece que el padre o la madre pueden ausentarse del trabajo durante una hora, sin pérdida de retribución, o bien reducir la jornada con disminución proporcional del salario la reducción de jornada (hasta dos horas). En ambos casos, en virtud de la literalidad del art. 37.6 ET la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute corresponden al trabajador dentro de su jornada ordinaria.

En cambio, en el caso de los restantes derechos a la reducción de jornada por motivos familiares (los dos supuestos previstos en el art. 37.5 ET), la vigente redacción del 37.6 ET comienza atribuyendo el derecho a la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute al trabajador, pero a continuación introduce una referencia a los criterios establecidos por la negociación colectiva que puede condicionar los intereses familiares. Esto afecta tanto al supuesto de reducción de jornada para cuidado de un menor de doce años o persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe actividad retribuida como al supuesto de reducción para cuidado de familiares, cuyo titular es la persona que precise encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

Como punto de partida, consideramos que la atribución genérica al trabajador de la facultad de concretar el horario y la fecha de disfrute supone darle prevalencia al interés de la conciliación, ya que no es

necesario llegar a un acuerdo con el empresario. Sin embargo, no queremos decir con esto que no existan límites a la voluntad del trabajador. El derecho del trabajador a la concreción horaria puede entrar en colisión con el derecho de dirección y organización del empresario, y por eso el propio art. 37.6 ET establece que las discrepancias surgidas entre trabajador y empresario sobre concreción horaria se resolverán por los tribunales, por la vía del procedimiento especial del art. 139 LJS. De todas formas, consideramos que hay que dar una interpretación restrictiva a las posibilidades empresariales de discrepar porque, en caso contrario, se podría vaciar de contenido y alterar el espíritu y finalidad del derecho a la reducción de jornada por cuidados familiares.

La discrepancia del empresario tendrá siempre que estar fundada en razones organizativas o productivas y no en motivos arbitrarios. Cuando estas razones existan estaremos ante una colisión entre dos principios constitucionales, el de libertad de empresa y el de protección a la familia; por tanto, a pesar de que como regla general habrá de prevalecer en la interpretación el segundo, habrá siempre que atender a las circunstancias concretas de cada caso, incluida la buena fe, para finalmente resolver la discrepancia en un sentido o en otro. Recae sobre el trabajador la prueba de las razones que legitiman su posición y su interés en su nuevo horario frente al propuesto por la potestad organizativa empresarial, de manera que la concreción no debe ser abusiva ni contraria a las exigencias de la buena fe, ni ser arbitraria, inusual o menos acomodada al fin del cuidado del menor.

Ahora bien, establecida como regla general que la concreción del horario y la fecha de disfrute corresponde al trabajador, la reforma laboral de 2012 introdujo para los casos de reducción de jornada del art. 37.5 ET un sometimiento a los posibles criterios fijados en la negociación colectiva en los que se tengan en cuenta tanto los

derechos de conciliación del trabajador como las necesidades productivas y organizativas del empresario. Además, ahora se consagra la posibilidad de que el convenio fije un periodo de preaviso al empresario superior a quince días: “El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.”

De esta manera la reforma laboral de 2012, respondiendo a su objetivo general de flexibilizar las condiciones de trabajo para su adaptación a las necesidades productivas y organizativas, da entrada en este tema a la negociación colectiva, para que pueda fijar criterios en los que expresamente se tengan en cuenta dichas necesidades.

Esta cuestión ha sido criticada por la doctrina porque podría llevar a que el convenio vaciase en la práctica el derecho del trabajador a concretar el horario. Antes de la reforma, el tema del ejercicio del derecho a la reducción de jornada (como el de los restantes derechos de conciliación) era uno de los contenidos posibles de la negociación colectiva según el art. 85.2 ET, pero partiendo de la premisa de que la reducción de jornada era un derecho necesario relativo, respecto del cual la negociación colectiva solo podía mejorar el régimen legal. De hecho, los tribunales habían anulado determinadas cláusulas convencionales restrictivas, por considerar que la regulación no podía realizarse “limitando de forma genérica el derecho del trabajador a la determinación de la citada concreción”. Reviste particular interés la STS de 21/03/2010, que anuló un precepto de un convenio colectivo que establecía una serie de requisitos para la concreción horaria de la reducción de jornada que no aparecen en el art. 37 ET. Las razones que el TS esgrimió para la anulación son muy interesantes, por lo que merece la pena exponerlas:

1. En primer lugar, el TS recuerda que el artículo 37.5 ET forma parte del desarrollo del art. 39 CE, que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa (STS 20-7-00).

2. En segundo lugar, señala que el artículo 37.5 ET establece que la reducción de jornada constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres, por lo que su ejercicio, en principio, no debe tener más limitaciones que las establecidas en el artículo 7 CC, es decir, que ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y no ha de suponer abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo. Y considera que la denegación –o en su caso limitación– del ejercicio del derecho a disfrutar permisos parentales establecidos en la Ley puede incidir en la vulneración de derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras –discriminación indirecta, por ser las mujeres trabajadoras notoriamente el colectivo que ejercita en mayor medida tal derecho– por lo que se encuentra en juego el ejercicio de un derecho fundamental. (STC 3/07 de 15 de enero).

3. Junto a ello, reconoce también el Alto Tribunal que el ejercicio del derecho a la reducción de jornada puede incidir en la esfera de actuación de otros derechos que también son dignos de protección, como puede ser el derecho del empresario de ejercer el poder de dirección del art. 20 ET, y que el reconocimiento ilimitado del derecho del trabajador pudiera ocasionar serias dificultades organizativas a la empresa.

Partiendo de esta base, el tribunal analiza el precepto impugnado, y observa que en él “no se realiza ponderación alguna de los intereses en juego sino que, con carácter general, se procede a establecer una serie de limitaciones al ejercicio del derecho de reducción de jornada en orden a la concreción horaria de la misma”. Es por esto por lo que se

declara la nulidad del precepto, aunque añade la sentencia: “Las anteriores consideraciones no suponen que se prive a la negociación colectiva de la posibilidad de establecer la forma de efectuar la concreción horaria de la reducción de jornada, pero ha de tenerse presente que dicha concreción ha de realizarse ponderando los intereses en juego, no limitando de forma genérica el derecho del trabajador a la determinación de la citada concreción pues ha de tenerse en cuenta que estamos ante el ejercicio de un derecho individual y toda limitación del mismo ha de obedecer a razones suficientemente justificadas.”

Pues bien, esta doctrina puede quedar cuestionada por la nueva redacción del art. 37.5 ET, al menos en lo referente al punto segundo de que el ejercicio del derecho a la reducción no debe tener más limitaciones que las establecidas en el art. 7 CC. Ahora expresamente el art. 35.6 ET autoriza a los convenios colectivos a que fijen los criterios de concreción horaria en atención “a los derechos de conciliación (...) y a las necesidades productivas y organizativas de la empresa”, sin priorizar a ninguno de los dos intereses en juego. Aunque hay autores que advierten de ese peligro, consideramos que sigue siendo necesaria la ponderación, en la cual tendrán particular importancia el derecho constitucional a la protección de la familia y el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación.

En todo caso, la negociación colectiva posterior a la reforma no ha hecho mucho uso de la facultad que le otorga el nuevo texto del art. 37.6 ET. Tal como venía ocurriendo anteriormente, no abundan los convenios colectivos que se ocupen del derecho a la reducción de jornada, y en muchos casos lo hacen tan solo para repetir lo establecido en el ET, a veces incluso sin actualizar. Sin embargo, en ciertos supuestos sí se establece alguna limitación al derecho de concreción, como la recogida en el art. 21 XIV Convenio

Interprovincial para el comercio de flores y plantas cuando señala que “La referida concreción horaria no podrá afectar al régimen de turnos establecido en el Centro, si lo hubiere”.

2. Concreción horaria y turno de trabajo

El horario de un trabajador, clave para la conciliación de su vida laboral, familiar y personal, está muy condicionado por la posible existencia de turnos de trabajo dentro de la empresa. Por ello, la existencia o no de un posible derecho del trabajador a que se le conceda el cambio de turno (o la adscripción a un turno fijo en caso de que sean rotatorios) es una cuestión con gran trascendencia práctica, y que ha levantado un encendido debate en doctrina y jurisprudencia.

En sede judicial, se da un tratamiento distinto al problema dependiendo de que el cambio de turno esté asociado o no a una reducción de jornada, más favorable para el trabajador en este último caso. Así, a pesar de que jornada y horario son conceptos distintos, podemos afirmar que la doctrina más reciente de nuestros tribunales admite el derecho del trabajador a solicitar el cambio de turno en los casos en que se produce una reducción de jornada, aunque hay que hacer algunas precisiones al respecto. Para la doctrina judicial más afianzada, la generalidad de los términos en que está redactado el art. 37.6 ET no autoriza a excluir cualquier posibilidad de que el ajuste de horario a la nueva duración de la jornada reducida pueda comportar un cambio en el régimen de turnos, o incluso establecerse un turno fijo. En el caso de que la empresa se oponga a la concreción horaria propuesta habrá que ponderar casuísticamente todas las circunstancias concurrentes, debiendo resolverse el conflicto entre el derecho del trabajador a conciliar y el derecho de la empresa a la organización del trabajo a favor de aquél cuyo interés resulte prevalente para favorecer la efectividad de los derechos constitucionales en juego sin provocar

ningún perjuicio trascendente a la actividad productiva de la empresa. En este sentido de la ponderación es clave la STC 3/2007, de 15 de enero, en la que se enjuiciaba el caso de una trabajadora de un centro comercial con una jornada de doble turno de lunes a sábado, que para poder conciliar la vida laboral y familiar solicitó a la empresa la reducción de la jornada, pero además que la jornada reducida en vez de prestarla de lunes a sábado se le acumulase de lunes a miércoles, y pasar de turnos rotatorios a turno fijo de mañana. El TC hace hincapié en que hay que interpretar los derechos del 37.5 y 6 ET teniendo en cuenta los derechos constitucionales en juego, que son la no discriminación y la protección a la familia y el menor. También considera que, al no decir nada el ET sobre cuáles son los intereses que prevalece, si los del empresario o los del trabajador, esto significa que se tiene que hacer la ponderación para hacer compatibles todos ellos. Finalmente, el TC concluye que, dado que en este caso la valoración de las circunstancias concretas no se realizó, el derecho fundamental de la trabajadora no fue tutelado y se produjo una discriminación indirecta.

Por tanto, podemos afirmar que en los casos en que el trabajador solicite al mismo tiempo la reducción de jornada y el cambio de turno no hay que aceptar automáticamente el cambio, pero tampoco será automático su rechazo. En esta línea, la doctrina judicial más reciente entiende que también en estos casos habrá que ponderar, y la ponderación exige tener presentes las exigencias de la buena fe, la interdicción del abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, de modo que se compatibilicen los intereses del menor y del trabajador con las facultades empresariales de organización del trabajo. Y, por supuesto, como en los demás casos de concreción horaria, teniendo en cuenta que la protección de la familia y derecho a la igualdad son derechos constitucionalmente reconocidos, lo que les da un especial valor.

Esta doctrina, consolidada con respecto a los casos en que el cambio de turno se plantea en el contexto de una reducción horaria, no se aplica cuando el trabajador solicita el cambio de turno como única reivindicación. En este segundo supuesto el derecho que ejerce el trabajador es de adaptar la duración y distribución de la jornada, reconocido en el art. 34.8 ET, y la solución dada por los tribunales es desestimatoria para los intereses del trabajador, en los términos que expondremos en el apartado siguiente.

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

1. Regulación legal y doctrina judicial

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

El precepto plantea muy diversos problemas de interpretación, alguno de los cuales no ha tenido repercusión práctica, como es el de la delimitación de la denominada “adaptación de la duración de la

jornada”. La adaptación de la duración supone el derecho a una reducción de jornada (con o sin reducción de salario) más allá de los supuestos expresamente previstos en el art. 37. 4, 4 bis y 5 ET. En la práctica esta posibilidad no ha despertado el interés de los trabajadores, dada la amplitud de los supuestos reglados de reducción de jornada por motivos familiares y el amplio abanico de medidas de seguridad para el trabajador que los acompaña. Dejando aparte esta cuestión, el debate se ha centrado en la determinación del grado de exigibilidad que se le atribuya al derecho: si se trata de un reconocimiento directo del derecho a la adaptación de la jornada o si, de manera más matizada hay que entender que está supeditado a lo que pudiese establecerse en convenio colectivo o en acuerdo individual con el empresario. Para ello hay que poner en relación el art. 38. 4 ET (“El trabajador tendrá derecho a adaptar la (...) distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla”) con lo establecido en el art. 85 ET (“Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad...”).

La doctrina admite de manera unánime que el derecho a la adaptación de la jornada no es absoluto a favor del trabajador, sino sometido a los términos y condiciones que establezca la negociación colectiva. Ahora bien, las opiniones se dividen a la hora de considerar qué ocurre si la negociación colectiva guarda silencio sobre el tema. ¿Hay que entender en este caso que el trabajador no tiene derecho a

ningún tipo de adaptación de su jornada, aunque acredite sus necesidades de conciliación y no existan necesidades organizativas o productivas que lo impidan? Esta es la solución por la que se inclina la doctrina judicial, aunque gran parte de la doctrina laboral la considera poco adecuada. Algunos autores defienden que si el convenio guarda silencio estaría incumpliendo el deber impuesto por el art. 85 ET, y el trabajador tendría derecho a que se tomara en consideración su petición y se procediese a la ponderación, mientras otros afirman sin matices que el derecho del art. 34.8 ET no es directamente invocable ante los órganos judiciales. Existen posturas menos polarizadas, como la del prof. LAHERA, que defiende una vía intermedia que toma en consideración el deber de negociar medidas de igualdad que tienen las empresas, la prohibición de discriminación y el derecho a la tutela judicial efectiva para concluir que, aunque no exista un derecho unilateral del trabajador, la empresa tampoco puede denegar sin negociar su propuesta horaria de manera injustificada o desproporcionada, sacrificando valores constitucionales. Compartimos esta última opinión, aunque desde luego no es la que vienen aplicando la jurisprudencia y doctrina judicial, sobre todo en los frecuentes casos en que el trabajador solicita un cambio de turno o la adscripción a uno determinado sin que esté vinculado a una reducción de la jornada. En este sentido, se constata que a partir de la Sentencia de 13/06/08, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha venido manteniendo en distintas resoluciones (SS 18/06/08, 20/05/09, 19/10/09 y 24/04/12 y Auto 21/07/09) que el derecho que reconoce al trabajador el art. 37.6 ET a fijar la concreción horaria está vinculado a la existencia de una reducción de jornada, con la consiguiente reducción de retribuciones, por lo que deben quedar extramuros de su ámbito de aplicación aquellos supuestos en que la solicitud de cambio de horario o turno de trabajo no vaya unida a una petición de

reducción de jornada. Asimismo, en ellas se sienta el criterio de que en ausencia de previsión convencional al respecto y de pacto alcanzado mediante la autonomía individual, la pretensión de variación horaria o alteración de turno de trabajo carece de amparo legal; el mismo criterio siguen de manera mayoritaria los Tribunales Superiores de Justicia.

Sin embargo, a pesar de que esta viene a ser la tónica general de los pronunciamientos judiciales, también encontramos sentencias discordantes que reconocen que, aunque la adaptación horaria se solicite de manera independiente de la reducción de jornada, los principios constitucionales en juego exigen la ponderación.

2. La flexibilidad en la negociación colectiva

A pesar de la importancia de la negociación colectiva para la concreción del derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada, y del llamamiento que le hace tanto la LOI como el propio 34.8 ET, la realidad es que la práctica convencional no se preocupa demasiado de regular medidas de flexibilidad horaria a favor del trabajador. En los casos que lo hace, unas veces consiste simplemente en la previsión de que en determinados departamentos se pueda establecer un horario flexible de entrada y salida, previa petición de parte y acuerdo con la empresa³; otras veces la flexibilidad se limita a determinadas franjas horarias, o para las personas que tengan menores o dependientes a su cargo. Hay casos interesantes de regulación de una bolsa individual de tiempo disponible⁴, en la que se

³ Art. 42 CC de las empresas y trabajadores de perfumería y afines para los años 2012 y 2013. Una regla parecida, y remitiendo al acuerdo de empresa, art. 42 XV CC de la industria química.

⁴ Art. 45 bis XVII CC de la industria química: “1. La bolsa individual de tiempo disponible se conforma con todas las horas de descanso obligatorio, ya sean las derivadas de la recuperación, ya sean las derivadas de las compensaciones por horas

integran todas las horas de descanso obligatorio derivadas de recuperación, de compensación por horas flexibles, horas extraordinarias o prolongaciones de jornada acordadas, así como días de libre disposición o excesos de jornada en el calendario anual. También, como en el caso del art. 74 del XVIII Convenio Colectivo de SEAT, S.A. se puede combinar un sistema de cuenta de horas personal con otro colectivo

También se aprecia cierta sensibilidad en algunos convenios colectivos al establecer criterios de preferencia para la elección de turno de trabajo. Es el caso por ejemplo del Convenio colectivo de la empresa Hertz de España, SL, suscrito con fecha 30 de mayo de 2013, cuyo art. 24 se refiere expresamente a las situaciones personales a tener en cuenta en el establecimiento de los turnos: “En el momento de la negociación de los turnos, y por el orden que se indica, se tendrán en cuenta los siguientes puntos: a) Situación familiar, fundamentalmente, número de personas bajo relación y dependencia familiar (...)”

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

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

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

La demanda de medidas provisionales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

ANA MARÍA CHOCRÓN GIRÁLDEZ¹

Profesora Contratada Doctora (Acreditada TU)

Departamento de Derecho Procesal. Universidad de Sevilla.

I. Introducción

Las disposiciones relativas a las medidas provisionales que pueden solicitarse ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se hallan previstas en los artículos 278 y 279 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Conforme a dichos preceptos, los recursos interpuestos ante el TJUE no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el Tribunal podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado o, adoptar otras medidas provisionales necesarias. Por consiguiente, debe subrayarse desde el principio que la concesión de medidas provisionales supone una excepción a la regla general según la cual los actos adoptados por las instituciones de la Unión gozan de presunción de legalidad y tienen, en principio, fuerza ejecutiva.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D Buenas Prácticas Jurídico Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social (DER 2012-32111) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Esta normativa debe completarse con otras disposiciones: el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (de 29 de septiembre de 2012) y en concreto los artículos 160 a 166 dentro del Título dedicado a los Recursos directos; las Instrucciones prácticas a las partes sobre los asuntos sometidos al Tribunal de Justicia (25 de noviembre de 2013) donde se detallan los aspectos más singulares del procedimiento para la adopción de medidas provisionales (entre otros, requisitos de la demanda, presupuestos, decisión del Tribunal). Por otra parte, la demanda de medidas provisionales se contempla también, sin variaciones sustanciales, en relación al Tribunal General que igualmente dispone de su propio Reglamento de Procedimiento (2 de mayo de 1991)².

A estos textos haremos referencia en estas líneas para repasar la regulación de las medidas provisionales en el ámbito de la Unión Europea. Igualmente, nos referiremos a resoluciones dictadas en relación con el tema que nos ocupa y que nos van a evidenciar la importancia de esta figura en garantía de la protección jurisdiccional dispensada por el Tribunal de Justicia.

II. Tutela judicial provisional

Entre los derechos recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales vigentes en la Unión Europea se hallan aquellos relacionados con el valor Justicia y, como no podía ser de otro modo, el derecho a la tutela judicial efectiva ocupa un lugar prioritario ya que

² Como es sabido, el Tribunal de Justicia es uno de los tres tribunales que conforman el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la institución jurisdiccional de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA). Los otros dos tribunales son el Tribunal General y el Tribunal de la Función Pública. Su misión es garantizar el respeto al ordenamiento jurídico y la interpretación y aplicación de los Tratados, en particular, controlando la legalidad de los actos de la Unión.

sirve de pórtico al resto de derechos que se contienen en el artículo 47 relacionados con las garantías procesales de las partes y, en particular, con el derecho de defensa³.

Hay que recordar que la tutela cautelar, al igual que sucede en los ordenamientos internos, está íntimamente relacionada con la necesidad de lograr la efectividad de la tutela judicial. En otras palabras, con las medidas cautelares se trata de asegurar la efectividad de los procedimientos de declaración y ejecución de derechos ya que el tiempo que media entre uno y otro puede desvirtuar la resolución que en su día se dicte.

Por esa razón, el fundamento de estas medidas lo hallamos en la necesidad de garantizar la efectividad de una futura sentencia ante el inminente riesgo de frustrar la tutela judicial que pudiera otorgarse al demandante de la medida. De su trascendencia ha dado buena cuenta el TJCE en su célebre sentencia *Factortame* (19 de junio de 1990, Asunto C-213/89)⁴, al ofrecer una amplia interpretación de la adopción de medidas cautelares por los jueces nacionales para la salvaguarda de la efectividad de la tutela del derecho comunitario

³ Dice el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”. DOUE, núm. 83, de 30 de marzo de 2010

⁴ Un análisis exhaustivo de esta sentencia en GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 2006, pg. 97 y ss. Véase también las sentencias dictadas en los asuntos *Zuckerfabrik* (21 de febrero de 1991) y *Atlanta* (9 de noviembre de 1995).

obviando, cuando fuere necesario, las eventuales prohibiciones impuestas por el Derecho interno para adoptar tales medidas.

Más recientemente y tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), la Carta de Derechos Fundamentales pasa a tener el mismo valor jurídico que los Tratados de ahí que, con base en la misma, el Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2013 (Asunto C-390/13, TJ 3013/795) determine la necesidad de la medida solicitada ante *el riesgo inminente de una vulneración grave e irreparable* del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta. Se trataría entonces de “una protección provisional vinculada a la protección judicial efectiva”⁵.

Con todo, no puede decirse que la desestimación de una solicitud de una medida provisional comporte, sin más, una infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 47, toda vez que la adopción de estas medidas cuenta con una configuración legal en la normativa europea que se caracteriza por la exigencia de unos requisitos que hacen viable su adopción y por su sujeción a un régimen procesal específico⁶.

La finalidad de las medidas provisionales es garantizar la plena eficacia de la futura decisión definitiva al objeto de evitar una laguna en la protección jurisdiccional que depara el Tribunal de Justicia. Esta declaración es reiterada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia cuando tiene que pronunciarse en el marco de una solicitud de medidas provisionales (por todas, Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2014, Asunto C-574/13, TJ

⁵ GARCÍA VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R. y CARPI BADÍA, J M^a.: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco la construcción europea”, Revista Jurídica de Castilla León, nº 3, 2004, pg. 38.

⁶ Nos referimos a los citados arts. 278 y 279 del TFUE y en la misma línea el art. 104 y ss. del Reglamento de procedimiento ante el Tribunal General (RPTG) y art. 160 y ss. del Reglamento de procedimiento ante el Tribunal de Justicia (RPTJ).

2014/36). Pero, además, nos sirve de entrada para efectuar algunas reflexiones sobre la figura de las llamadas medidas provisionales en el ámbito europeo.

1. Hay que hacer notar que la normativa europea se refiere a “medidas provisionales” aunque lo cierto es que la STJCE de 26 de marzo de 1992 (Asunto C-261/90) aludió en su día a medidas provisionales o cautelares como *aquellas que están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al Juez que conoce del fondo del asunto*.

2. Tanto el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (arts. 165 y 166) como el del Tribunal General (art. 110) prevén la realización de una serie de actuaciones que, pese a estar integradas en el mismo capítulo dedicado a las medidas provisionales, no constituyen tales medidas por cuanto no están ligadas a un proceso principal cuya resolución procuran asegurar⁷. Se trata de las demandas presentadas al amparo de los artículos 280 y 299 del TFUE y del artículo 164 del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA) y del artículo 81 TCEEA.

3. En todo caso, la regulación legal de las medidas provisionales va ligada a los presupuestos propios de las medidas cautelares (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) y a los caracteres propios de estas medidas aunque de ellas se derive un efecto protector que supone ampliar el horizonte de la tutela cautelar. Por lo demás, la doctrina científica más acreditada le otorga el tratamiento de medidas

⁷ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.: Derecho Procesal Comunitario, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 293.

cautelares por más que la normativa comunitaria se refiera a medidas provisionales⁸.

III. Características de las medidas

En efecto, a la hora de repasar las características de las medidas provisionales podemos comprobar cómo la normativa europea destaca que le son de aplicación las mismas que, de ordinario, se desprenden de las medidas cautelares. Ocurre así con la notas de la provisionalidad e instrumentalidad; veamos un ejemplo a partir del Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2013 (Asunto C-426/13, TJ 2013/848) en el que se señala: *el juez que conoce de las medidas provisionales dispone de competencias cuyos efectos van más allá de los efectos inherentes a una sentencia de anulación, siempre que estas medidas provisionales sólo se apliquen mientras dure el procedimiento principal (...)*. Luego tienen una vigencia temporal supeditada a la obtención de una resolución de fondo.

Pero, además, si hay una nota exigible en toda medida cautelar esa es la ya citada nota de instrumentalidad. Es decir, la medida no puede existir de manera autónoma sino que se halla supeditada o al servicio de un proceso principal. De igual forma, se ha dicho que las medidas cautelares anticipan de alguna manera los efectos de la decisión final, STC 39/1995, de 13 de febrero (RTC 1995/39), por lo que resulta evidente que no cabe acordar cautelarmente medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final. Por eso resulta interesante subrayar que el propio Tribunal de Justicia en el citado Asunto C-426/13, señala dos notas exigibles a las medidas

⁸ PASTOR BORGÑOÑ, B. y VAN GINDERACHTER, E.: El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia de y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Civitas, Madrid, 1993.

provisionales: a) no prejuzgar la decisión sobre el fondo del asunto y b) no obstaculizar el efecto útil del procedimiento principal⁹.

En relación a la primera de las notas, el Tribunal Europeo debe referirse a que el juez competente para acordar la medida solicitada tiene limitado su conocimiento a la concurrencia o no de los requisitos establecidos legalmente para la adopción de la misma. Pero si partimos de la consideración de estar ante verdaderas medidas cautelares, habrá que acabar por aceptar que es posible adoptar medidas de contenido semejante e incluso prácticamente idéntico al del contenido de la sentencia principal. Sin embargo, la medida provisional *stricto sensu* lleva aparejada un visible matiz protector de ciertos intereses que no se observa en la medida cautelar ordenada, como se ha dicho, a garantizar la eficacia de una sentencia estimatoria para el demandante¹⁰.

Por lo que respecta a la segunda de las notas, es claro que la medida adoptada no puede neutralizar o impedir los efectos de la resolución que precisamente tienden a garantizar.

⁹ Véase en la misma línea el artículo 162.4 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

¹⁰ Continuando con el Asunto C-426/13, el Estado miembro como solicitante de la medida provisional apoyó su petición en “el fin de proteger la salud de los niños” que eran los destinatarios de los juguetes cuya fabricación, con materiales controvertidos, formaba parte del litigio principal.

De cualquier forma, el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia no es precisamente riguroso en el tratamiento de las medidas provisionales y buena prueba de ello es considerar tales a las demandas de suspensión de la ejecución forzosa de una decisión del Tribunal o de un acto del Consejo, de la Comisión Europea o del Banco Central Europeo, presentada al amparo de los artículos 280 TFUE y 299 TFUE y 164 TCEEA, o la presentada al amparo del artículo 81 TCEEA (arts. 165 y 166), ya que no están ordenadas a la finalidad de garantizar la plena eficacia de la futura decisión definitiva.

IV. Tipos de medidas que pueden adoptarse

Las medidas que pueden ser adoptadas de conformidad con los artículos 278 y 279 del TFUE se distribuyen en dos bloques:

- El primero establece una medida provisional específica, esto es, la suspensión de la ejecución del acto impugnado
- El segundo se refiere a otras medidas que, sin ser precisadas, fueran necesarias a juicio del tribunal competente

En relación a los antiguos artículos 242 y 243 (hoy 278 y 279) se ha criticado la inexistencia una enumeración tasada de las posibles medidas a través de las cuales el juez puede ordenar cualquier actuación que estime oportuna¹¹. En contraposición, nuestro ordenamiento interno establece un elenco de medidas específicas que cierra con una clausula cautelar genérica al disponer en el artículo 727.11^a de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil “aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”. Por tanto, bien mirado y salvando las evidentes diferencias, el esquema esencialmente es el mismo: medida específica –la suspensión de la ejecución del acto impugnado que en la práctica es la que se utiliza–, y medidas que se reputen necesarias para alcanzar la finalidad propia de la medida provisional.

Por otra parte, la actual regulación legal de las medidas provisionales se mantiene en el actual Tratado distribuida en dos preceptos distintos como ya lo hiciera el Tratado Constitutivo de la

¹¹ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I: La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE, Aranzadi, Pamplona, 2003, pg. 180

Comunidad Europea. Esta sistemática ha sido explicada utilizando como argumento las competencias asumidas por el Tribunal de Justicia europeo: por un lado, como órgano jurisdiccional administrativo y, por otro, como órgano jurisdiccional civil¹². En uno y otro ámbito se requiere dos tipos distintos de medidas provisionales, la específica del artículo 278 y las generales del 279.

Antes de realizar un breve comentario sobre los dos bloques indicados, nos referiremos al ámbito de aplicación de las medidas provisionales. En ese sentido debe subrayarse que desde el punto de vista legal la solicitud de medidas provisionales se halla prevista en el marco de los llamados *recursos directos*. Por esa razón, es común su planteamiento, mediante escrito separado, en recursos de anulación (y por omisión) interpuestos contra las instituciones de la Unión por los Estados miembros, las propias instituciones y cualquier persona física o jurídica si se trata de una decisión de la que sea destinataria.

Teniendo en cuenta lo anterior, no corresponde al TJUE la adopción de medidas provisionales cuando conozca de un recurso indirecto a través de la cuestión prejudicial dirigida a garantizar una interpretación uniforme del Derecho de la Unión Europea ante el evidente riesgo de dispersión interpretativa que pudiera derivarse de su aplicación por los diferentes Estados miembros. Es decir, procurar que se alcancen los mismos efectos en todo el ámbito de la Unión. Se trata del artículo 267 del TFUE según el cual:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

¹² PASTOR BORGÑOÑ, B. y VAN GINDERACHTER, E., p. 15.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.

El tema de los poderes cautelares del Juez nacional con respecto al Derecho Europeo ha sido abordado por el Tribunal de Justicia en diversas ocasiones existiendo una destacadísima jurisprudencia derivada de los Asuntos sometidos a su consideración. A título de ejemplo la Sentencia *Zuckerfabrik* de 21 de febrero de 1991, asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89. Más reciente en el tiempo es la sentencia *Unibet* (de 13 de marzo de 2007, C-432/05) *“en caso de duda sobre la conformidad de disposiciones nacionales con el Derecho comunitario, la concesión de medidas cautelares para suspender la aplicación de dichas disposiciones hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de éstas con el Derecho comunitario se rige por los criterios establecidos por el Derecho nacional aplicable ante el órgano jurisdiccional competente, siempre que dichos criterios no sean menos favorables que los referentes a recursos*

*semejantes de naturaleza interna ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil la tutela judicial cautelar de tales derechos*¹³.

1. Sobre la medida provisional de suspensión del acto impugnado

Así las cosas, la demanda de suspensión provisional del acto impugnado sólo será admisible si el demandante hubiera impugnado dicho acto mediante recurso ante el Tribunal (art. 160. 1 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia), de donde cabe colegir que el acto cuya suspensión se pide debe coincidir con el acto impugnado en el proceso principal¹⁴.

No obstante, no siempre se exige con rigor ese requisito y así el Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 2013 en el Asunto C-551/12 (TJ 2013/157) establece que *si bien en el presente asunto la demanda de medidas provisionales no trata de conseguir formalmente la concesión de la suspensión de un acto, debe señalarse que la medida provisional solicitada se asemeja a dicha suspensión, porque el recurrente desea disponer de un plazo adicional de más de dos años para elegir entre las opciones impuestas por el compromiso asumido en relación con el proyecto Nest-Energie*.

Por el contrario, en el Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2014 en el Asunto C-574/12 (TJ 2014/36) sí puede apreciarse la coincidencia entre el acto cuya suspensión se pide y el acto impugnado en el recurso principal. En este caso el Estado miembro interpone un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión sobre devolución de una ayuda a nivel nacional (ayuda de

¹³ Ampliamente en BENGOETXEA CABALLERO, J. y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J; "Breves apuntes sobre sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea" UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 33, 2014, pp. 443 a 483.

¹⁴ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.: op. cit., p. 292.

Estado) y, paralelamente, interesa la adopción como medida provisional de la suspensión de la Decisión controvertida hasta que el Tribunal General se pronunciara sobre el fondo del recurso, al entender que *la ejecución inmediata de la decisión controvertida que ordenaba recuperar de la Société Nationale Corse Méditerranée (SNCM) una cantidad superior a 220 millones de euros y anular todos los pagos posteriores a la fecha de notificación de aquella Decisión, provocaría inevitablemente la insolvencia y la liquidación de esta sociedad y, por tanto, perjuicios graves, irreparables para ese Estado miembro*

2. Sobre otras medidas adecuadas para garantizar la eficacia de la futura decisión sobre el fondo del asunto

Como se ha dicho, al amparo del artículo 279 TFUE, pueden ser adoptadas otras medidas provisionales, si bien, sólo serán admisibles en dos situaciones concretas (art. 160.2 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia):

- a) Si se formulan por una de las partes de un asunto sometido al Tribunal
- b) Si guardan relación con el mismo.

Esta precisión ha llevado a sostener que deben tratarse de medidas equivalentes a las que se adoptarían para la ejecución de la sentencia estimatoria¹⁵. En efecto, en el Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2013 (Asunto C-426/13, TJ 2013/848) se aborda la adopción de una medida consistente en autorizar, con carácter provisional, el mantenimiento de disposiciones nacionales más estrictas que la legislación europea sobre el material empleado en la fabricación de juguetes. En puridad, pues, no se persigue la

¹⁵ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M, op. cit., pg. 293:

suspensión de la ejecución de un acto en el sentido del artículo 278 del TFUE, sino de otra medida provisional que concede mayor protección a los destinatarios de los juguetes, en el sentido del artículo 279 del TFUE.

V. Presupuestos

Los artículos 160.3 y 107 de los Reglamentos de Procedimiento del Tribunal de Justicia y del Tribunal General respectivamente, disponen que la adopción de medidas provisionales se halla sujeta a “las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho que justifiquen a primera vista la concesión de la medida provisional solicitada”. A ello debe añadirse que “la ejecución del auto podrá subordinarse a que el demandante constituya una caución cuyo importe y modalidades se determinarán habida cuenta de las circunstancias concurrentes”. Se configuran de esta forma los denominados presupuestos de las medidas cautelares que en nuestro ordenamiento interno (art. 728 LECiv) se corresponden con la apariencia de buen derecho o “*fumus boni iuris*” y el peligro por la mora procesal o “*periculum in mora*”.

En la jurisprudencia comunitaria, el juez competente puede conceder la suspensión de la ejecución u otra medida provisional cuando concurren los siguientes presupuestos:

- a) La urgencia, es decir, la necesidad de que la medida se adopte y surta sus efectos antes de que se resuelva el recurso en cuanto al fondo a fin de evitar un perjuicio grave e irreparable a los intereses de la parte que los solicite¹⁶. Por tanto, la urgencia debe apreciarse en relación

¹⁶ Ampliamente sobre la noción de perjuicio grave o irreparable en PASTOR BORGONÓN, B. y VAN GINDERACHTER, E..op. cit. pg. 97.

con la necesidad proteger provisionalmente los intereses de la parte solicitante y se relaciona con la probabilidad de un perjuicio grave e irreparable¹⁷.

- b) *Fumus boni iuris*, que se cumple cuando la parte solicitante demuestra que su concesión está justificada a primera vista desde el punto de vista fáctico y jurídico¹⁸.

En ese orden, incumbe a la parte de la medida solicitante la carga de acreditar ante el órgano competente ambos presupuestos, si bien, se afirma que no es necesario que la parte pruebe en todos los casos que el perjuicio se producirá de modo inevitable, sino únicamente que existe una probabilidad razonable de que éste puede producirse¹⁹. En otros términos, no es necesario que la inminencia del perjuicio sea probada con absoluta certeza, sino que su producción sea previsible con un grado de probabilidad suficiente. Lo dicho no obsta para reconocer que la parte solicitante de la medida debe probar los hechos que sustentan la creencia de que se producirá el mencionado perjuicio. La misma exigencia se mantiene cuando están en juego derechos fundamentales incluso con la protección reforzada que les dispensa el Tratado de Lisboa. En ese sentido la jurisprudencia del Tribunal de

¹⁷ Cfr. con el *periculum in mora* previsto en el art. 728 de la LECiv: “Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendency del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”.

¹⁸ Cfr. con el *fumusboni iuris* previsto en el art. 728 de la LECiv: “El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión”

¹⁹ PASTOR BORGONÓN, B. y VAN GINDERACHTER, E..op. cit. pg.. 97. Véase también Caso Comisión Europea contra ANKO AE Antiprospeccion, Emporioukai Viomichanias. Auto de 8 abril 2014. TJCE 2014\161 y jurisprudencia citada

Justicia mantiene que la mera invocación de un perjuicio de un derecho fundamental no lo equipara a un perjuicio irreparable²⁰.

Tampoco en relación con el *fumus boni iuris* se requiere desplegar una actividad probatoria más allá de la mera justificación *prima facie* de la idoneidad de la medida solicitada a los fines propios de garantizar la eficacia de la decisión definitiva. Sobrepasar esa línea supone entrar en una consideración probatoria ajena a la valoración provisional que debe efectuar el juez competente.

Con todo, uno de los extremos más complejos en el procedimiento de medidas provisionales es precisamente el de la valoración provisional que debe realizar el juez a fin de estimar la demanda en solicitud de medidas provisionales. En este punto hay que destacar:

- La necesidad de tomar en consideración la demanda de medidas provisionales en su conjunto ya que tanto el *fumus boni iuris* como la urgencia y el perjuicio que se puede deparar, son presupuestos acumulativos por lo que las solicitudes de medidas provisionales deben ser desestimadas cuando no concurra cualquiera de ellos (Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 1996, Asunto C-268/96).
- Ponderar los intereses en conflicto y optar por favorecer unos en sacrificio de otros²¹. La ponderación llevará al juez

²⁰ Véase Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 15 de abril de 1998, Camar/Comisión, C-43/98).

²¹ La ponderación de intereses en nuestro ordenamiento jurídico viene ligada a la adopción de medidas cautelares en la impugnación de actos administrativos. En esa línea, se prevé como medida específica “la suspensión cautelar del acto o resolución administrativos recurridos” y, en general, “cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia” (art. 129 y 130 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Véase MAURANDI GUILLEN, N.: Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, AAVV, Dir. Folguera Crespo, Salinas Molina y Segoviano Astaburuaga, 3ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2012, pg. 655.

de medias provisionales a efectuar una comparación o cotejo entre los intereses contrapuestos.

VI. Procedimiento

La demanda o solicitud de suspensión de la ejecución de un acto o la demanda de medidas provisionales especificarán el objeto del litigio, las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho que justifiquen a primera vista la concesión de la medida provisional solicitada, conforme previenen los Reglamentos del Tribunal de Justicia (art. 160.3 RPTI) y del Tribunal General (art. 104.2 RPTG). Asimismo deberá presentarse en escrito separado²², por lo que se descarta la posibilidad, permitida en nuestra LECiv²³, de solicitar la medida conjuntamente con la demanda principal.

Sin embargo, la regulación del procedimiento para la concesión de medidas provisionales se caracteriza, a nuestro entender, por dos notas: 1) su parquedad y concisión limitándose los Reglamentos a establecer los aspectos más básicos, y 2) por conceder un amplio margen de discrecionalidad al juez competente para decidir cuestiones

²² El RPTJ se remite al contenido de la demanda de los recursos directos que contendrá (art. 120):

- a) el nombre y domicilio del demandante;
- b) el nombre de la parte contra la que se interponga la demanda;
- c) la cuestión objeto del litigio, los motivos y alegaciones invocados y una exposición concisa de dichos motivos;
- d) las pretensiones del demandante;
- e) las pruebas y la proposición de prueba, si ha lugar.

²³ El artículo 730.2 de la LECiv dice: “Podrán también solicitarse medidas cautelares antes de la demanda si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad”

procedimentales en modo alguno secundarias (forma de contestar la demanda, recibimiento a prueba).

En todo caso, el procedimiento se basa en los principios de celeridad –habida cuenta de la urgencia que le sirve de fundamento– y en el de justicia rogada.

- Momento procesal para formular la petición: La solicitud de medidas provisionales suele acompañar a los recursos directos aunque la posibilidad contemplada en los Reglamentos de presentar demanda de medidas provisionales fundada en nuevos hechos tras la desestimación de una demanda previa (art. 164 RPTJ y 109 RPTG), lleva a colegir que, pendiente el litigio principal, el demandante podrá sopesar el momento en que surge la necesidad de solicitar una medida provisional o suspender provisionalmente un acto que le depara un perjuicio grave e irreparable.
- La competencia para conocer del procedimiento de medidas provisionales se atribuye al Presidente del Tribunal que resolverá él mismo o atribuirá sin dilación la decisión al Tribunal. El RPTG contiene una particularidad en este punto y es que en caso de ausencia o impedimento del Presidente del Tribunal General, éste será sustituido por otro Juez en calidad de “juez de medidas provisionales”.
- La legitimación activa corresponde sin duda al demandante cuando se trata de solicitar la suspensión de la ejecución del acto; más problemática es la legitimación cuando se trata de conceder otras medidas provisionales solicitadas “por una de las partes de un asunto sometido al Tribunal”. En ese caso se ha planteado dar entrada a un

tercero que coadyuve en la posición demandante²⁴. La legitimación pasiva corresponde al demandado del pleito principal.

- Tramitación contradictoria (alegaciones del demandado): La demanda se notificará a la otra parte a fin de que proceda en breve plazo –que no se especifica– a contestarla (“presentación de observaciones”) oralmente o por escrito, aunque sin sujeción a forma²⁵.
- Medidas provisionales y provisionálísimas. En caso de extrema urgencia (a falta de previsión legal al respecto, entendemos que debe ser valorada por el Presidente en cada caso concreto), el Presidente podrá acceder provisionalmente a la demanda incluso antes de que la otra parte haya contestado (inaudita parte), si bien la resolución por la que se ponga fin al procedimiento de medidas provisionales sólo podrá adoptarse tras haber oído a esa parte. Esta medida podrá ser modificada posteriormente o revocada, incluso de oficio.
- La decisión sobre la demanda de medidas provisionales o suspensión de la ejecución de un acto, adopta forma de auto que será notificado inmediatamente a las partes. El Presidente puede, cuando lo considere oportuno, estimar de forma parcial una demanda de suspensión de la ejecución de un acto (Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de 20 de noviembre de 2013, Asunto C-390/13).
- Recursos: contra el auto dictado por el Presidente del Tribunal de Justicia no cabe recurso alguno, en

²⁴ PASTOR BORGONÓN, B. y VAN GINDERACHTER, E., op. cit. pg. 46.

²⁵ Con carácter orientativo véase art. 124 RPTJ sobre el escrito de contestación a la demanda en la fase escrita de los recursos directos.

consecuencia resulta de obligado cumplimiento para las partes y adquiere el valor de cosa juzgada relativa²⁶. Los autos dictados por el Tribunal General son susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal de Justicia.

- Modificación de la medida: a instancia de parte, el auto resolutorio podrá ser modificado o revocado en cualquier momento si varían las circunstancias.

VII. Bibliografía

BENGOETXEA CABALLERO, J. y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J: Breves apuntes sobre sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea” *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 33, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 2006.

GARCÍA VALDECASAS Y FERNÁNDEZ, R. y CARPI BADÁ, J M^a: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco la construcción europea, *Revista Jurídica de Castilla León* nº 3, 2004.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I.: *La eficacia de las sentencias dictadas por el TJCE*, Aranzadi, Pamplona, 2003

²⁶ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M, op. cit., pg. 304. Téngase en cuenta que el auto tendrá un carácter meramente provisional y no prejuzgará en modo alguno la decisión del Tribunal General sobre el asunto principal.

MAURANDI GUILLEN, N.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, AAVV, Dir. Folguera Crespo, Salinas Molina y Segoviano Astaburuaga, 3ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2012, p.655.

PASTOR BORGONÓN, B. y VAN GINDERACHTER, E.: *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia de y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*, Civitas, Madrid, 1993.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.: *Derecho Procesal Comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001

Las tasas judiciales y el derecho a la tutela judicial efectiva

TERESA MEANA CUBERO¹

Doctora en Derecho

I. La madre de todas las batallas

Antes de abordar la cuestión que nos ocupa debemos advertir sobre la falta de estudios económicos de los costes que supone la Justicia española, que vendrían a dar sustento a las opiniones que pudieran verse sobre la materia: habría que desentrañar los costes que supone la actuación de los tribunales pero también los beneficios que su actividad comporta, con sus disfunciones propias como las demoras, que benefician a los deudores y con ello a los poderes públicos, que habitualmente ocupan la posición de demandados, sobre todo en la Jurisdicción Contencioso-administrativa. BORRAJO INIESTA (2013) nos ilustra sobre la forma de financiación de la Justicia española: desde sus orígenes existía un complicado sistema de aranceles junto a unos presupuestos cada vez más exiguos, hasta que la Ley 25/1986, de 24 de Diciembre, (RCL 1986,3892) vino a suprimir todas las tasas y aranceles vigentes hasta el momento. En 2002 se reimplantan las tasas tímidamente en los órdenes civil y contencioso-administrativo a través de la Ley 53/2002, de 30 de Diciembre (RCL 2002,3081 y RCL

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D Buenas Prácticas Jurídico Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social (DER 2012-32111) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

2003,933): gravaba a grandes empresas y con cuantías moderadas. Diez años más tarde la Ley 10/2012, de 20 de Noviembre (RCL 2012,1586), por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses –BOE de 21 de Noviembre– ha venido a generalizar las tasas, sujetando al pago de las mismas a todas las personas físicas y jurídicas, en los órdenes civil, social y contencioso-administrativo, amén de incrementar notablemente las cuantías. Se ha manifestado en diversos ámbitos que las tasas han venido para quedarse, que es discutible que la gratuidad de la Justicia proclamada en el art. 119 CE (RCL 1978,2836) sea lo más conveniente por el vertiginoso aumento de procesos producido desde que en 1986 se suprimieran los aranceles judiciales –aun cuando puedan existir otros factores concomitantes–, y que el acceso a la Justicia deba ser subvencionado sin limitación alguna con los impuestos, que deben atender igualmente a otras muchas necesidades sociales.

En Febrero de 2012 y en el marco de una grave crisis económica, el entonces Ministro de Justicia D. Alberto Ruíz Gallardón anunció una normativa sobre tasas, afirmando que no las habría en primera instancia y sí en segunda, pero en forma simbólica, para disuadir a los que hacían un uso torticero de la Justicia. Nadie se manifestó en contra de estas afirmaciones a la espera de conocer en qué se iba a concretar la propuesta, pero el Ministro no cumplió su palabra y con la publicación de la temida norma se inició una protesta generalizada a todos los ámbitos de la comunidad jurídica que ha durado más de mil días.

El Preámbulo de la Ley 10/2012 de 20 de Noviembre (RCL 2012,1586) vino a establecer como objetivo de las tasas racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, al mismo tiempo que la tasa aportará unos mayores recursos que permitan una mejora en la financiación del sistema judicial y, en particular, de la asistencia

jurídica gratuita. De forma que la finalidad primordial, amén de reducir pretendidamente la litigiosidad, era el copago por parte de los ciudadanos de los servicios judiciales, al modo del establecido en el ámbito de la Seguridad Social en determinadas Comunidades Autónomas. Asimismo –continúa estableciendo el Preámbulo– se pretende incentivar la solución de los litigios por medios extrajudiciales, al prever la devolución de la tasa en todos aquellos procesos en los que se alcance la tan deseada terminación extrajudicial.

Esta Ley vino a extender a las personas físicas la exigencia del pago de tasas por instar el amparo judicial, incrementando de forma exorbitante el importe que estableció una regulación anterior, contenida en el art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 de Diciembre, (RCL 2002,3081 y RCL 2003,933) de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que recuperó la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, modificado por una reforma posterior por Ley 4/2011 que modificó la Ley 1/2000 de 7 de Enero (RCL 2000,34) de Enjuiciamiento Civil, extendiendo el pago de la tasa a todos los procesos monitorios, y por la Ley 37/2011, de 10 de Octubre (RCL 2011,1845) de Medidas de Agilización Procesal.

No obstante, la referida Ley no ha hecho sino dificultar o impedir el acceso a la Justicia a miles de ciudadanos: en los casi dos años y medio de vigencia de las tasas establecidas en la Ley 10/2012(RCL 2012,1586) se han recaudado más de 500 millones de euros, sin que uno solo de esos euros haya revertido en beneficio de la Justicia en general, ni menos aún de la Justicia Gratuita en particular como se proclamaba en su Preámbulo. El rechazo que la Ley 10/2012 (RCL 2012,1586) ha generado entre todos los operadores jurídicos por la limitación que ha supuesto para el acceso universal a la Justicia se ha destacado desde todos los ámbitos. La lucha –encarnizada, por otra parte– por la supresión de las tasas judiciales ha venido liderada por el Consejo

General de la Abogacía (en adelante CGAE), que ha pedido en todos los lugares posibles –Ministerio de Justicia, Defensor del Pueblo, partidos políticos, Tribunal Constitucional, Cámaras Legislativas, Gobiernos autonómicos o a pie de calle–, que se pudiese fin a lo que se ha considerado un inmenso error. Se ha argumentado a favor de dicha supresión que la Justicia no se puede impartir en contra de la ciudadanía o estableciendo barreras –algunas infranqueables, por cierto– al ejercicio legítimo de sus derechos; la Justicia no es patrimonio de los Jueces, de los Fiscales ni mucho menos de los políticos: la Justicia pertenece a los ciudadanos y para ellos se imparte, de forma que cualquier obstáculo que venga a entorpecer aún más el acceso a la solución jurisdiccional de los conflictos debe ser objeto de rechazo por todos los sectores implicados. La Abogacía ha defendido desde Abril de 2012, con una carta remitida al anterior Ministro de Justicia Alberto Ruíz-Gallardón con motivo de la aprobación en Consejo de Ministros del Anteproyecto de Ley de Tasas Judiciales, la derogación de las tasas por injustas y desmedidas, sin que existieran fundamentos jurídicos ni constitucionales para justificar su imposición, como se recogió en un informe de la Comisión Jurídica del CGAE de Junio de 2012; se han considerado desde el principio un impedimento innecesario e injustificado para acceder al derecho a la tutela judicial efectiva, que perjudica precisamente a quienes tienen menos medios económicos, haciendo la Justicia inalcanzable para un sector muy amplio de la sociedad. Como las tasas no se modulan en función de la capacidad económica, es la clase media la que viene sufriendo su aplicación, y ello si se puede considerarse "clase media" a aquellas familias que sobrevivan con 1.100 euros mensuales fijados como límite para la exención de tasas. A las empresas les resulta irrelevante la tasa, pues a diferencia de los ciudadanos de a pie para ellas es un gasto deducible fiscalmente como el IVA; el deudor en

concurso también está exento y el asimismo el Estado. La Ley 10/2012 (RCL 2012,1586) ha venido a consagrar una indefensión anudada a la impunidad del poderoso y una desprotección frente a la arbitrariedad de los Poderes Públicos: pensemos únicamente en el recurso contencioso administrativo frente a una multa de tráfico, en el cual el importe de la tasa podía incluso ser de cuantía superior al montante de la multa. Y mayor gravedad presentaba la desaparición de la protección de los consumidores: tasas altísimas para asuntos pequeños, como puedan ser las reclamaciones de consumidores frente a las grandes empresas, donde directamente las tasas son un mecanismo más que disuasorio.

El Proyecto de Ley, aprobado en Consejo de Ministros en Julio de 2012, se tramitó en el Congreso de los Diputados con carácter urgente, siendo aprobado en la Comisión de Justicia del Congreso el 30 de Octubre de 2012. Al día siguiente miles de Abogados protagonizaron protestas en todo el país respondiendo a la convocatoria de la Confederación Española de Abogados Jóvenes. En Noviembre de 2012 el presidente de la CGAE solicitó a la Defensora del Pueblo la presentación de un recurso de inconstitucionalidad. Varias concentraciones de letrados tuvieron lugar durante los aproximadamente 1000 días de vigencia de la norma: además de la referida de 31 de Octubre deben destacarse las de 20 de Noviembre en Madrid, con más de 25.000 abogados de toda España, y la de decanos y miembros de Juntas de Gobierno de 83 Colegios de Abogados encabezados por Carlos Carnicer, Presidente del CGAE.

Publicada en el BOE de 21 de Noviembre de 2012 la Ley 10/2012 de tasas judiciales (RCL 2012,1586), se unieron a la lucha, formando frente común con el CGAE, Jueces y Fiscales, realizando todos ellos un Acto Público de Defensa de la Administración de Justicia en Diciembre de 2012. Ese mismo mes se creó la Plataforma *Justicia para*

Todos, integrada por el CGAE, el Consejo de Consumidores y Usuarios y los sindicatos UGT, CCO, USO y CSI-F, quienes rechazaron conjuntamente la Ley de Tasas y el anteproyecto de Ley de Justicia Gratuita, que a su juicio obstaculizaban el acceso a la Justicia de amplios sectores de la sociedad.

En el ámbito parlamentario el Grupo Socialista presentó en Febrero de 2013 recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional –en adelante TC–, al que se unieron los presentados por la Generalidad de Cataluña, la Junta de Andalucía, el Gobierno de Canarias y la Diputación General de Aragón.

Deben destacarse igualmente iniciativas como la recogida de más de 170.000 firmas a través de Internet o la resolución de la Federación de Colegios de Abogados de Europa pidiendo la derogación de la normativa española sobre tasas y aprobando en su Congreso de Frankfurt una resolución de rechazo total a la normativa aprobada por nuestro Gobierno. Asimismo, un acuerdo de Junio de 2013 del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Cuarta de nuestro Tribunal Supremo niega la exigencia de las tasas a trabajadores, sindicatos, beneficiarios de la Seguridad Social, funcionarios y personal estatutario en recursos de suplicación y casación. Voces de la Universidad se alzaron de igual modo en contra de la normativa: un informe de la Universidad Autónoma de Madrid puso de manifiesto en Julio de 2013 cómo las cifras reales de procedimientos tramitados constituyen un 20% de las cifras manejadas por el CGPJ, de forma que las cifras de litigiosidad no podían en modo alguno emplearse como argumento por parte del Ministro de Justicia a favor de la implantación del sistema de tasas.

La lucha se extendió a las redes sociales: la Brigada Tuitera, con hasta más de 8.000 juristas, se creó transcurrido un año de vigencia de la norma y desde un primer momento se mostró muy activa en su rechazo a la normativa, incluso mediante la celebración de Seminarios

especializados y concentraciones como la "noche antitasas" en el Colegio de Abogados de Madrid; se definió como movimiento reivindicativo al margen de cualquier ideología y cuyo objetivo era advertir a los ciudadanos del desmantelamiento de nuestra Justicia. Y el rechazo unánime se extendió durante todo el año 2014 hasta la dimisión del entonces Ministro Alberto Ruíz Gallardón el 23 de Septiembre, siendo sucesor en el cargo Rafael Catalá, quien en su toma de posesión anunció una modificación de la normativa sobre tasas judiciales, constituyéndose una Comisión Mixta de trabajo con el CGAE para abordar las necesarias reformas anunciadas por el nuevo Ministro. La tan ansiada reforma de la Ley de Tasas fue anunciada por el Ministro en el ámbito parlamentario y más concretamente en el Senado el 2 de Diciembre de 2014, arguyendo que las tasas nunca deberían suponer una limitación al derecho de acceso a la Justicia de los ciudadanos.

Hito fundamental en este proceso de encarnizada lucha lo constituye la publicación en el BOE de 18 de Marzo de 2015 de la Resolución de 12 de Marzo del Congreso de los Diputados, por la que se ordenaba la publicación del Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 1/2015, aprobado en Consejo de Ministros de 27 de Febrero, de mecanismos de segunda oportunidad y reducción de la carga financiera y otras medidas del orden social. Dicha norma fundamenta la supresión de las tasas judiciales para las personas físicas en los signos esperanzadores de recuperación de la economía española y en *resultar inaplazable atender a la situación económica desfavorable de un importante número de ciudadanos que, no siendo beneficiarios del derecho de asistencia jurídica gratuita, debe ser objeto de atención en cuanto al impacto que sobre ellos está teniendo el sistema de tasas por el ejercicio de la potestad jurisdiccional*; es ésta una forma eufemística de reconocer lo que desde todos los ámbitos de la

comunidad jurídica se ha recordado al Gobierno durante los dos años y medio de vigencia de las tasas aplicadas a las personas físicas. Se ha utilizado el Real Decreto-ley para llevar a cabo la tan ansiada reforma por reconocerse desde el Gobierno la *extraordinaria y urgente necesidad*, poniendo fin a una situación que había generado tanto rechazo social, eliminando un elemento de retraimiento en el acceso a los tribunales. El Gobierno recoge en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 1/2015 el efecto colateral que debía minimizarse con una tramitación de la norma por la vía empleada: que fuesen demasiados los asuntos cuya judicialización decidiera posponerse para un momento posterior a la aprobación de la norma, dando lugar entonces a una masiva entrada de asuntos en los Juzgados y Tribunales, razón por la cual se ha empleado este vehículo normativo del Real Decreto-ley, más ágil temporalmente.

No obstante, la lucha no ha tocado a su fin, toda vez que las tasas se mantienen en las personas jurídicas y pueden afectar a las pymes por diversas razones que adujo el Ministro Sr. Catalá: los conflictos en los que se ven envueltas las mismas suelen ser de cuantía inferior a dos mil euros, alcanzándoles la exención prevista legalmente, o bien las empresas podrían emplear las tasas como gasto deducible fiscalmente en el Impuesto de Sociedades. Parece que la intención del Ministro es volver al régimen vigente en 2003. El CGAE a través de su Presidente Sr. Carnicer ha anunciado que no cejará en el empeño hasta conseguir la derogación de las tan denostadas tasas respecto a los autónomos y pymes, algo que redundará sin duda alguna en un mayor crecimiento económico y creación de empleo.

II. Doctrina constitucional: la Sentencia del TC 20/2012, de 16 de Febrero (BOE 61/2012, de 12 de Marzo de 2012) (RTC 2012/20)

Las tasas judiciales aprobadas por Ley 10/2012, de 20 de Noviembre (RCL 2012,1586), constituyen el acontecimiento jurídico que más ha afectado al derecho a la tutela judicial efectiva en los últimos años. No se trata de una medida nueva, ya que el art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 de Diciembre (RCL 2002,3081 y RCL 2003,933), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social las implantó como exigencia en el acceso a la Administración de Justicia. Modificada parcialmente la Ley 10/2012 (RCL 2012,1586) por RDL 3/2013, de 22 de Febrero, aquélla supuso una serie de novedades respecto a la regulación inmediatamente anterior: una extensión de las tasas al orden jurisdiccional social, desaparición de la exención a favor de las personas físicas y una sustancial elevación de su cuantía. La reacción de la comunidad jurídica ha sido, como ha quedado expuesto, visceral, y en el plano jurídico se han formulado hasta cinco recursos de inconstitucionalidad, amén de diversas cuestiones de constitucionalidad por diversos órganos jurisdiccionales, pendientes aún de resolución por el TC.

No obstante, nuestro TC tuvo ocasión de pronunciarse sobre las tasas judiciales en STC 20/2012, de 16 de Febrero (RTC 2012/20) resolviendo la cuestión que había suscitado sobre ella un Juzgado de Primera Instancia de La Coruña, que el propio Legislador empleó como argumento a favor de la implantación del sistema de tasas en el Preámbulo de la Ley 10/2012 (RCL 2012,1586), afirmando que la misma había venido a confirmar la constitucionalidad de las tasas, *reconociendo la viabilidad de un modelo en el que parte del coste de la Administración de Justicia sea soportado por quienes más se benefician*

de ella. Esta sentencia vino a pronunciarse sobre la constitucionalidad del art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 de Diciembre (RCL 2002,3081 y RCL 2003,933), avalando la conformidad con el texto constitucional de la exigencia de tasas judiciales en aquel precepto, siendo ésta la lectura que el Legislador recoge en el Preámbulo de la Ley 10/2012 (RCL 2012,1586). Cabe plantearse si ello es realmente así.

Creemos con VILLAFÁÑEZ (2014) que la respuesta a esa pregunta debe ser negativa, pues lo que vino a consagrar dicha sentencia es el principio general sobre libertad de configuración por el Legislador del sistema de financiación del coste de la Justicia, de forma que optar por un modelo u otro corresponde efectivamente al Legislador (FJ 8º). Sentado este principio, el TC desciende a la regulación concreta contenida en el precepto discutido, art. 35 de la Ley 53/2002 (RCL 2002,3081 y RCL 2003,933), y en su FJ 9º manifiesta que *en principio no vulnera la constitución que una norma con rango legal someta a entidades mercantiles, con un elevado volumen de facturación, al pago de unas tasas que sirven para financiar los costes generados por la actividad jurisdiccional que conlleva juzgar las demandas que libremente deciden presentar ante los Tribunales del orden civil para defender sus derechos e intereses legítimos*. Esta afirmación, sin embargo, sufre una importante matización en el FJ 10º al manifestar que dicha conclusión general *sólo podría verse modificada si se mostrase que la cuantía de las tasas son tan elevadas que impiden en la práctica el acceso a la jurisdicción o lo obstaculizan (...) en términos irrazonables*, remitiéndose aquí a los criterios de la Jurisprudencia sobre el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE (RCL 1978,2836), el cual *podrá verse conculcado por aquellas disposiciones legales que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la Jurisdicción, si tales trabas resultan*

innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador(FJ 7º).

Las conclusiones básicas que MAGRO SERVET (2013) extrae de la STC 20/2012 (RTC 2012/20) son:

a) Es constitucional condicionar la prestación de la actividad jurisdiccional en el orden civil al pago de tasas judiciales.

b) Carece de lógica reprochar al Legislador haber optado por un determinado sistema de financiación de la Justicia por los justiciables como es la exacción de tasas.

c) El Legislador ha optado por condicionar el acceso a la Justicia de las sociedades de grandes dimensiones a la liquidación y abono de una tasa que permita sufragar parcialmente el coste de atender y resolver su demanda.

d) Es constitucionalmente válida la limitación impuesta por la norma contenida en el art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 de Diciembre (RCL 2002,3081 y RCL 2003,933).

VILLAFÁÑEZ (2014) sostiene que la sentencia no se ha limitado a afirmar la constitucionalidad del sistema recogido en el art. 35 Ley 53/2002 (RCL 2002,3081 y RCL 2003,933), sino que ha introducido una salvaguarda del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en consonancia con la doctrina del TEDH y del TJCEE: el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y puede estar sujeto a limitaciones, las cuales serán contrarias al art 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos si suponen restringir el acceso de tal forma que quedara dañada la verdadera esencia del derecho. Las restricciones sólo serán compatibles con dicho precepto si persiguen un fin legítimo y existe proporcionalidad entre los medios empleados y el fin legítimo a perseguir, de forma que cuando las tasas suponen un desprecio a la situación financiera del sujeto pasivo o son excesivamente altas y totalmente inflexibles suponen por sí mismas un impedimento u

obstáculo en toda regla al acceso a la Jurisdicción. Se ha dicho que la STC 20/2012 (RTC 2012/20) nada tiene que ver con el alcance y contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que fue dictada a propósito de la compatibilidad de un art. de la Ley 53/2002 (RCÑ 2002,3081 y RCL 2003,933) con el art. 24.1 CE (RCL 1978,2836); en contra de esta afirmación VILLAFÁÑEZ (2014) sostiene que la nueva regulación coincide en lo sustancial con la contenida en la Ley 53/2002 (RCL 2002,3081 y RCL2003,933), siendo así que la doctrina contenida en la STC 20/2012 (RTC 2012/20) sería de aplicación para determinar la conformidad con el texto constitucional de la Ley 10/2012 (RCL 2012,1586), toda vez que esta norma introduce un requisito procesal de tipo económico y que resulta obstaculizador del acceso a la Jurisdicción, de forma similar a como lo hace el art. 35 de la Ley 53/2002 (RCL 2012,3081 y RCL 2003,933). El autor destaca la rigidez de la regulación de las tasas en la Ley 10/2012 (RCL 2012,1586), contrastando con la flexibilidad que se advierte, en cambio, en la regulación del derecho a la Justicia Gratuita –Ley 1/1996, de 10 de Enero (RCL 1996,89), de Asistencia Jurídica Gratuita–, donde deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse el pago, deberían dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar. Dicha normativa contempla distintos mecanismos de flexibilidad, como el reconocimiento del derecho a los que no reuniendo los requisitos del art. 3, sus recursos económicos brutos no superen ciertos límites o carezcan de patrimonio suficiente, o cuando concurren determinadas circunstancias familiares o de salud del solicitante. Y tal derecho se garantiza mediante la posibilidad de impugnación judicial de las resoluciones que denieguen o reconozcan el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

En contraste con esta regulación, la Ley 10/2012 (RCL 2012,1586) no ha previsto un sistema similar para modular la aplicación de las

tasas en función de determinadas circunstancias concurrentes en los sujetos pasivos, de ahí la inflexibilidad o rigidez referida, y se ha omitido un trámite procedimental específico que, con suspensión del proceso, permita cuestionar la exigibilidad de las tasas. El TC, pues, reconoce en definitiva que no son conciliables con el derecho a la tutela judicial efectiva las tasas que por su elevada cuantía supongan un impedimento en la práctica o lo dificulten en términos irrazonables. Ello nos lleva a afirmar con BORRAJO HINIESTA (2013) que la Ley 10/2012 (RCL 2012,1586) afecta al derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 CE (RCL 1978,2836) cuando grava la interposición de demandas o el acceso al recurso legal; por consiguiente, su validez va a depender de que persiga una finalidad legítima con medidas proporcionadas.

VILLAFÁÑEZ (2014) mantiene que ante la falta de un trámite específico habría que acudir a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000,34) con carácter supletorio y aplicar el trámite previsto para las *cuestiones incidentales de previo pronunciamiento* (arts. 392 y 393 de la Ley 1/2000) (RCL 2000,34), en la medida en que las tasas suponen un obstáculo a la continuación del juicio por sus trámites ordinarios. Estaríamos en el supuesto del art. 391.3º de nuestra Ley rituarial referido a supuestos de cuestiones de previo pronunciamiento: *3.º cualquier otra incidencia que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación*. Este incidente de previo pronunciamiento tendría efecto suspensivo y para adoptar la decisión podrían tomarse en consideración cualesquiera circunstancias que pudieran comprometer la efectividad del derecho a la tutela judicial en la práctica.

En definitiva, se trataría de ponderar las circunstancias concurrentes y de buscar el equilibrio entre las exigencias legales y la

garantía de este derecho fundamental de acceso a los Tribunales del art. 24.1 CE (RCL 1978,2836), el cual ha de ocupar un lugar preeminente en una sociedad democrática. Es legítimo pues, acudir al recurso y cuestión de constitucionalidad ante nuestro TC para verificar la acomodación de la Ley 10/2012 (RCL 2012,1586) al Texto Fundamental, como efectivamente ha ocurrido en el transcurso de los cerca de mil días de vigencia de las tasas judiciales cuyo sujeto pasivo eran las personas físicas.

III. Reflexión final

Se ha manifestado desde diversos ámbitos que las tasas han venido para quedarse, que es discutible que la gratuidad de la Justicia proclamada en el art. 119 CE (RCL 1978,2836) sea lo más conveniente por el vertiginoso aumento de procesos producido desde que en 1986 se suprimieran los aranceles judiciales –aun cuando puedan existir otros factores concomitantes en dicho aumento–, y que el acceso a la Justicia deba ser subvencionado sin limitación alguna con los impuestos, que deben atender igualmente a otras muchas necesidades sociales. No obstante, la ampliación elefantiásica del sistema de tasas abordada por la Ley 10/2012 (RCL 2012,1586) ha sido muy poco meditada, sin estudios sobre el coste real de la Justicia y sin ponderar los distintos intereses en conflicto, de espaldas a la comunidad jurídica y a los intereses básicos de los ciudadanos. Si a ello se une la circunstancia de no haber revertido en modo alguno el importe recaudado por tal concepto, que asciende a 564,4 millones de euros, en una mejora de la financiación de la Justicia Gratuita, como solemnemente proclama el art. 11 de la Ley 10/2012 (RCL 2012,1586), no modificado por disposiciones posteriores, debe entenderse que el sistema ideado por el ex Ministro Gallardón no haya contado con el apoyo de ninguno de los sectores implicados y haya sido objeto de

reivindicaciones por la Abogacía y otros sectores judiciales a nivel institucional tanto como a pie de calle. Si efectivamente las tasas han venido para quedarse, resultará inexcusable establecer un sistema distinto: será preciso potenciar la condena en costas para evitar litigiosidad temeraria, que se rebajen las cuantías a un módico importe fijo, amén de suprimirlas en la Jurisdicción Social y establecer algunas exenciones por razón de la materia en los ámbitos civil y contencioso-administrativo.

Y aún el actual Ministro ha manifestado que la derogación parcial de las tasas respecto de las personas físicas ha obedecido no tanto al hecho de suponer un obstáculo para el acceso a la Justicia como a la mejora del clima económico del país y por no suponer una partida importante para el Erario público, con lo que ello supone de desconsideración a tantos y tantos ciudadanos que se han visto afectados por la imposibilidad de ejercitar sus pretensiones al no poder hacer frente a esta exacción legal. No podemos comprender, después de las miles de voces que se han alzado desde todos los ámbitos contra la norma durante los casi mil días de su vigencia, el alcance de las palabras del Ministro: ningún problema existiría en reconocer el error cometido al universalizar el sistema de tasas a personas físicas y jurídicas y optar por otro sistema diferente de financiación de la Justicia, siempre que ello se hiciera consensuadamente con la participación de todos los sectores implicados, mediante una reflexión sosegada que tenga en consideración todos los intereses en conflicto.

IV. Bibliografía

BORRAJO INIESTA, I. (2013): *El marco constitucional de las tasas judiciales*, en Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 1, Mayo 2013. Madrid: El Derecho Editores.

GIMENO SENDRA, J. V. (2013): *Acerca de la constitucionalidad de la Ley de Tasas Judiciales*, en Revista General de Derecho Procesal, nº 29.

LOREDO COLUNGA, M. (2005): *Las tasas judiciales: una controvertida alternativa de financiación de la Justicia*, en InDret, Revista para el Análisis del Derecho, nº 270, recuperado de http://www.indret.com/pdf/270_es.pdf

MAGRO SERVET, V. (2013): *Las tasas judiciales y su visión jurisprudencial. Respuesta de los tribunales*, en Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 1, Junio 2013. Madrid: El Derecho Editores.

MONTÓN REDONDO, A. (2004): *La reintroducción de las tasas judiciales y sus consecuencias*, en La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía, nº 3, pp. 1928-1934.

MORENO FERNÁNDEZ, J. I. (2004): *La problemática constitucional de las tasas judiciales*, en Actualidad Jurídica Aranzadi nº 650, pp. 10-11.

PÉREZ DEL BLANCO, G. (2013): *Problemática procesal de la aplicación de la Ley de Tasas Judiciales de 2012*, en Revista Jurídica nº 27, pp. 273 a 290

VILLAFÁÑEZ GALLEGOS, R. (2014): *¿Pueden los jueces controlar directamente las tasas judiciales?*, en Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 1, Abril 2014. Madrid: El Derecho Editores.

Nuevas tendencias en Seguridad y Salud en el Trabajo: buenas prácticas *versus* aplicación meramente formal de la norma jurídica

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ¹

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla*

I. Buenas prácticas en Seguridad y Salud en el Trabajo: ¿Qué son y para qué sirven?

Una de las primeras interrogantes que surgen para quien pretende adentrarse en un estudio de "buenas prácticas" en un ámbito específico, viene relacionado, lógicamente, con su definición. O lo que es tanto como decir que lo primero que debemos cuestionarnos es ¿qué entendemos por buenas prácticas? En este sentido, y más allá de su frecuente conexión con la calidad² o su supuesta equivalencia a algo tan simple con la idea de "hacer lo que hay que hacer y hacerlo bien"³,

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D Buenas Prácticas Jurídico Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social (DER 2012-32111) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² En opinión de Cabré Castellví, M.T., "Terminología y buenas prácticas", Atti Convegno Assiterm 2009, Publifarum. 12, 2010, consultado el 16/04/2015, url: http://publifarum.farum.it/ezine_pdf.php?id=161, la noción de calidad es un precedente a la de buenas prácticas en distintos ámbitos.

³ Aníbal Rodríguez, C., "Buenas Prácticas en Salud y Seguridad en el Trabajo", p. 9, white.lim.ilo.org/spanish/260ameri/oitreg/.../buenaspracticas2.pdf.

existe un alto grado de consenso a la hora de entenderlas como una forma de actuación innovadora que aporta mejoras en términos de efectividad o pertinencia (adecuación a fines) a las soluciones existentes y que es susceptible de ser transferida a otros para cubrir la misma finalidad pretendida por quienes la generan⁴.

Pese a la existencia de dificultades a la hora de encontrar una definición unívoca de buenas prácticas, lo anterior supone admitir que en su concepto encajan las experiencias exitosas, con altos estándares de calidad y que provocan efectos positivos demostrados en base a la evidencia o en función de unos criterios determinados⁵. Por tanto, la tendencia imperante, por tanto, es hacia la formulación de definiciones amplias donde tengan cabida distintos tipos de prácticas. En esta línea, en relacione laborales se ha entendido como "toda experiencia que se guía por principios, objetivos y procedimientos adecuados y/o pautas aconsejables que se adecuan a una determinada perspectiva normativa o a un parámetro consensuado, así como también toda experiencia que ha arrojado resultados positivos, demostrado su eficacia y utilidad en un contexto concreto"⁶. Hemos de tener presente que nos hallamos, como no podría ser de otra manera, ante un concepto dinámico, en la medida en que es pasible de cambios y va evolucionando con el transcurso del tiempo⁷.

⁴ Cultura preventiva y buenas prácticas, Foment de Treball Nacional, 2014, p. 12; Olivarri, R. (Coord.), Un análisis de evidencias y experiencias de gestión de la prevención para la identificación de buenas prácticas: informe bibliográfico, INSHT-Universidad de Cantabria, 2010, p. 6.

⁵ Boletín del observatorio de la exclusión social (edit.um.es/exclusion-social/buenas-practicas-inclusivas).

⁶ Rueda-Catry, M. y Vega Ruíz, M.J., Buenas prácticas de Relaciones Laborales en las Américas, Oficina Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2005, p. 9.

⁷ En esta línea, Rueda-Catry, M. y Vega Ruíz, M.J., Buenas prácticas..., op. cit., p. 12.

De todo lo anterior podríamos extraer, de manera sintética, tres grandes características propias de una buena práctica:

- 1.-relevancia para los objetivos pretendidos;
- 2.-utilidad demostrada;
- 3.-potencialidad para ser exportada o adaptada a distintos escenarios⁸.

Partiendo de estas necesarias premisas, resulta interesante entrar en un análisis más concreto de las buenas prácticas en el ámbito de la Seguridad y Salud en el Trabajo, en especial en relación con su actualidad, su finalidad y centralidad en las políticas preventivas, las líneas de actuación comunes extraíbles de experiencias contrastadas e insistir en la necesidad de seguir avanzando en este ámbito. De los aspectos clave de las definiciones esbozadas, a nuestro juicio, son de destacar por su relevancia en este ámbito los relativos a la efectividad y la utilidad de la buena práctica o la experiencia para la mejora progresiva de las condiciones de vida y trabajo y su transferibilidad, esto es, el que resulten transferibles o puedan servir de ejemplo o pauta a seguir para otras empresas, del mismo u otro sector de actividad.

Desde esta perspectiva, las buenas prácticas harían referencia a actuaciones innovadoras o proyectos puestos en marcha por las empresas que arrojan resultados positivos en la mejora continua de las

⁸ En este sentido, la UNESCO, en el marco de su programa MOST (Management of Social Transformation) caracteriza a la buena práctica como innovadora (desarrolla soluciones nuevas o creativas); efectiva (demuestra su impacto positivo y tangible para la mejora); sostenible (por sus exigencias sociales, económicas y medioambientales puede mantenerse en el tiempo y producir efectos duraderos) y replicable (sirve como modelo para desarrollar políticas, iniciativas y actuaciones en otros lugares), <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/most-programme>. Referencia extraída de MECED, Sobre el concepto de "Buena Práctica", www.mecd.gob.es/dctm/cee/encuentros/buenapractica.pdf?documentId. En una línea similar se mueve también la OIT, puede verse Rueda-Catry, M. y Vega Ruíz, M.J., Buenas prácticas..., op. cit., p. 10

condiciones de Seguridad y Salud en el Trabajo, que partiendo, lógicamente, del marco normativo vigente, buscan su aplicación eficiente, participada, transparente y cuyo objetivo último, más allá de la reducción de la siniestralidad laboral, viene constituido por la garantía de la salud en el trabajo, entendida como estado completo de bienestar físico y mental (OMS). Este esbozo definitorio enlaza de forma patente con una característica definidora de las buenas prácticas en este terreno que sería su voluntariedad para las empresas y la implicación en la mejora de la Seguridad y Salud que las mismas, de suyo, conllevan.

Delimitada someramente la buena práctica, hemos de entrar siquiera brevemente a reflexionar sobre su importancia en el ámbito que nos ocupa. La necesidad de identificar buenas prácticas, implantarlas, impulsarlas y difundirlas, conecta de modo esencial con uno de los principales problemas que aqueja la gestión de la prevención de riesgos laborales en las empresas, esto es, su ineficacia e ineficiencia y las prácticas desviadas de cumplimiento meramente formal del ordenamiento jurídico. Situaciones que en ocasiones van ligadas a las propias dificultades inherentes a la gestión preventiva y que afectan de modo especial a las PYMES y microempresas, sobre todo en determinados países Europeos, entre los que España ocupa un lugar destacado.

En este momento parece conveniente llamar también la atención sobre el carácter primordial de las buenas prácticas en aquellos ámbitos donde las distintas decisiones y formas de actuación no vienen determinadas por medio de opciones cerradas o, lo que es igual, que admiten un amplio margen de maniobra y consecuentemente distintas alternativas de cumplimiento. En este sentido, resulta evidente que la normativa de Seguridad y Salud en el Trabajo es un banco de pruebas destacado para la observación e

identificación de buenas prácticas, en la medida en que la norma tolera diversas fórmulas en su aplicación, incluye altas dosis de flexibilidad y requiere la adaptación y adecuación a las necesidades de la organización. Características que pueden conllevar dificultades en el cumplimiento, interpretaciones desviadas o malas prácticas o prácticas inadecuadas e ineficientes. De ahí la relevancia de los avances en el campo de las buenas prácticas y su extensión a otras empresas, en la medida en que ello resulte posible y adaptado⁹, en especial en las microempresas.

II. El impulso a las buenas prácticas desde las instancias comunitarias y nacionales: el Marco Estratégico UE (2014-2020) y la Estrategia Española (2015-2020)

Aunque no es una cuestión absolutamente novedosa, puesto que en nuestro país hace ya algún tiempo que se pone el acento en la necesidad de implementar y compartir buenas prácticas en el ámbito de la Seguridad y Salud en el Trabajo, la cuestión ha recibido un notable impulso por parte de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a un Maco Estratégico de la UE en materia de Salud y Seguridad en el trabajo 2014-2020¹⁰. No es

⁹ En este sentido, aunque obvias, nos permitimos reproducir las palabras empleadas por la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo que afirma que las buenas prácticas que se han ensayado con éxito en un lugar de trabajo pueden adaptarse y utilizarse en otros lugares. Por supuesto, antes de intentar trasponer un ejemplo de buena práctica, es necesario realizar una evaluación de los riesgos y peligros presentes en el centro de trabajo, refiriéndose a la legislación nacional pertinente, <https://osha.europa.eu/es/practical-solutions>. In extenso sobre la relevancia de la evaluación y su análisis desde la perspectiva de la gestión, Olivarri, R. (Coord.), Un análisis de evidencias y experiencias..., op. cit., p. 62.

¹⁰ Bruselas 6.6.2014, COM (2014) 332 final.

ésta, de todas formas, la primera vez que la Unión centra la atención en este aspecto, puesto que ya la Estrategia Comunitaria 2002-2006¹¹ hacía referencia a iniciativas distintas a la elaboración normativa y que pasaban por el intercambio de buenas prácticas y el diálogo social.

Centrados en el Marco Estratégico actual, éste viene precedido del Informe de evaluación final sobre la aplicación de la Estrategia 2007-2012¹², texto que aunque parte de una valoración global positiva sobre su relevancia y sobre su actuación en el establecimiento de unas bases políticas claras y un marco para la coordinación y un sentido de dirección común para los actores nacionales, considera que queda un importante campo para la mejora. A los efectos que ahora nos interesan, no debe ignorarse que el punto en el que la Estrategia vencida ha cumplido de manera menos eficiente sus objetivos ha sido el relativo a la necesidad de adaptar, mejorar y simplificar el marco jurídico existente¹³, donde los avances brillan por su ausencia. En esta línea, se concluye que pese a haberse llevado a cabo muchas de las acciones previstas, como el intercambio de buenas prácticas o los preparativos para la revisión de la legislación, en la práctica la actualización y simplificación del marco legal ha sufrido pocos progresos significativos y siguen existiendo lagunas fundamentales.

¹¹ Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: Una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2002.

¹² DG Employment, Social affairs and inclusion, Final Report: Evaluation of the European Strategy on safety and health at work 2007-2012, Denmark, 2013.

¹³ Solamente se han simplificado los informes de aplicación de las Directivas, vid. Directiva 2007/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/391/CEE del Consejo, sus directivas específicas y las Directivas 83/477/CEE, 91/383/CEE, 92/29/CEE y 94/33/CEE del Consejo, a fin de simplificar y racionalizar los informes sobre su aplicación práctica, DOUE 27 de junio de 2007, nº L 165.

Una vez definidos sus retos y objetivos centrales, el Marco Estratégico presta especial atención a una serie de mecanismos e instrumentos esenciales para la implementación de las políticas nacionales, a través de la coordinación, el aprendizaje mutuo y la utilización de sus fondos. Habida cuenta que uno de los grandes caballos de batalla es la falta de cumplimiento de la normativa por parte de las microempresas y las pequeñas empresas, considerada la primera causa del fracaso de la política preventiva, se pone el acento en la mejora de la calidad de la orientación y en proporcionar herramientas prácticas que faciliten el cumplimiento de la legislación en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo. Para ello se propone acentuar las ayudas financieras y técnicas encaminadas de forma especial a implantar herramientas para la evaluación; elaborar directrices y recabar ejemplos de buenas prácticas¹⁴; fomentar el intercambio de estas últimas y continuar con las campañas de sensibilización.

A juicio del Marco Estratégico, una vez analizadas las necesidades de la UE y, de modo particular, las carencias y los problemas de obsolescencia y complejidad del marco jurídico comunitario, se busca avanzar por caminos menos explorados hasta la actualidad. En definitiva, aunque se parte de la utilidad de la legislación para dotar a la UE de un corpus común de definiciones, normas, métodos y herramientas, resulta el momento de centrar la atención en herramientas no legislativas, entre otras las relacionadas con las buenas prácticas.

Basta ahora dejar también constancia de que las actuaciones en este sentido de la UE vienen ya desarrollándose desde hace algún tiempo, entre otras a través de la Campaña Europea "Trabajos saludables"

¹⁴ Puede verse, Olivarri, R. (Coord.), Un análisis de evidencias y experiencias..., op. cit.

2012-2013, "Trabajando juntos por la prevención de riesgos". También en la Declaración de Luxemburgo sobre la promoción de la salud en el lugar de trabajo en la Unión Europea, 1997, la promoción de la salud en el trabajo es la combinación de los esfuerzos de las empresas, los trabajadores y la sociedad para mejorar la salud y el bienestar de las personas, a través de la combinación de medidas como la mejora de la organización del trabajo y el entorno laboral, el fomento de la participación activa en el proceso y la promoción del desarrollo personal. Considerando esenciales la sensibilización y el compromiso, la identificación y difusión de buenas prácticas, directrices para la efectiva promoción de la salud en el trabajo y otras análogas¹⁵.

A nivel internacional, también la OIT reconoce la relevancia del intercambio de buenas prácticas a distintos niveles en materia de Seguridad y Salud. Entre otros ejemplos, así se plasma expresamente en la Declaración de Seúl sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, suscrita en la Cumbre de Seguridad y Salud en el Trabajo celebrada en la República de Corea el 29 de junio de 2008¹⁶.

Siguiendo lógicamente la estela trazada por el Marco estratégico que venimos comentando, hemos de destacar la reciente aprobación de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 en la que las buenas prácticas ocupan un lugar relevante, teniendo en cuenta sus objetivos de mejora continua, eficiencia,

¹⁵ "Los Gobiernos locales por la calidad en el empleo. Municipios andaluces y prevención de riesgos laborales. Buenas prácticas de Seguridad y Salud", Federación Andaluza de Municipios y Provincias, Junta de Andalucía, Prevenlo, 2007, pp. 9 ss.

¹⁶ Se puede consultar en www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/.../wcm_095955.pdf. También figuran las buenas prácticas entre las actuaciones relevantes en la materia en la Estrategia global en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, Conclusiones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 91.ª reunión, 2003, OIT, Ginebra, 2004. Es interesante también la consulta del Plan de Acción Mundial sobre la Salud de los Trabajadores 2008-2017 de la Organización Mundial de la Salud.

incentivación, sensibilización y concienciación, liderazgo e implicación en el compromiso. La Estrategia afirma que ambiciona alcanzar una sociedad en la que el bienestar en el trabajo se perciba como una realidad y no una utopía, de forma que el enfoque hacia el bienestar debe ir acompañado de una mejora continua de las condiciones de trabajo y la reducción constante y paulatina de los accidentes y enfermedades profesionales. Para ello debemos trabajar más y mejor, de manera proactiva, consolidando los logros obtenidos y fijándonos nuevas metas alcanzables que vayan más allá del mero cumplimiento de obligaciones legales.

Al decir de la Estrategia (objetivo 2. C) es fundamental promover las actuaciones de intercambio de buenas prácticas entre empresas y estimular los esfuerzos realizados en pro de la excelencia en la gestión de la Seguridad y Salud en el trabajo mediante reconocimientos, premios o incentivos... entre las empresas de manera que se consigan entornos de trabajo mejores, más seguros y saludables. Es línea de actuación prioritaria fomentar la excelencia en la gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo mediante el reconocimiento, intercambio y difusión de buenas prácticas; situando a la Red Española de Seguridad y Salud en el Trabajo como vehículo destacado en este terreno. Asimismo, se incide en aspectos más específicos, cobrando un lugar primordial en el ámbito de las PYMES así como las buenas prácticas en relación a riesgos concretos: relacionadas con el accidente de tráfico laboral, la salud mental o encaminadas a la mejora del nivel de protección de determinados colectivos de trabajadores, como los temporales, jóvenes, trabajadores de edad avanzada y mujeres.

III. Objetivos de las buenas prácticas en Seguridad y Salud: la mejora continua de las condiciones de vida y trabajo

Aunque se ha convertido casi en un auténtico "lugar común" señalar que uno de los grandes problemas de la Seguridad y Salud en las empresas es la falta de cumplimiento de la normativa, su aplicación incompleta o inadecuada y la patente ineficacia de las medidas adoptadas, no ha perdido un ápice de certeza. Como vimos, el objetivo perseguido con la implementación y difusión de buenas prácticas pasa por la mejora constante de los niveles de protección de la Seguridad y Salud en el trabajo, el aumento de la eficacia y la eficiencia de las políticas preventivas y, junto a lo anterior, por qué no, el logro del incremento de la productividad de la empresa¹⁷, aspecto en el que también centran la atención el Marco Estratégico y la propia OIT.

En líneas generales, con las buenas prácticas no se busca únicamente la accidentalidad cero, sino que se persiguen unos objetivos más ambiciosos que incluyen evitar las propias situaciones inseguras y el logro del bienestar en el trabajo. Para algunas empresas¹⁸ resulta patente que las mejoras logradas con estas experiencias propician que la empresa sea más competitiva, se fomente la innovación en materia preventiva y, como resultado, sea una empresa socialmente responsable y sostenible. La relación coste-beneficio de este tipo de actuaciones suele considerarse muy positiva por las

¹⁷ Sobre los relevantes efectos de las buenas prácticas en los resultados económicos de la empresa, cuestión que excede los márgenes de este trabajo, es interesante la consulta de las conclusiones contenidas en el estudio de Olivarri, R. (Coord.), *Un análisis de evidencias y experiencias...*, op. cit., p. 13.

¹⁸ Por ejemplo en el proyecto de Croda-mevisa incluido en "Buenas prácticas en liderazgo y participación de los trabajadores en prevención de riesgos", en <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1fla3bc79ab34c574c2>.

empresas, en especial en aspectos como la mejora constatable de los índices de satisfacción laboral, la calidad, el clima laboral, el propio compromiso, motivación e implicación de los trabajadores. Aunque son diversas y muy variadas las facetas positivas de las buenas prácticas en este ámbito, dadas las consideraciones ya realizadas sobre su necesidad, a modo de ejemplo, nos parece un gran punto a su favor su capacidad de irradiarse a empresas contratistas y subcontratistas, normalmente de menor tamaño y menos comprometidas con la Seguridad y Salud, que colaboran de forma más o menos permanente con grandes empresas que, de momento y por razones obvias, son las más implicadas en este tipo de acciones¹⁹.

IV. Líneas maestras de las buenas prácticas en Seguridad y Salud

El análisis de un nutrido grupo de ejemplos de buenas prácticas implementadas en diversas empresas permite concluir que es posible trazar unas líneas maestras o una serie de elementos reiterados que resultan clave para el éxito. Antes de entrar a enunciarlos, resulta conveniente destacar que partimos del sustrato común de organizaciones que han huido de una aplicación meramente formal y estandarizada de la LPRL. Por tanto, en todas ellas, la integración de la prevención es una realidad o va camino de serlo y donde el primer paso emprendido ha sido el logro de un auténtico sistema de prevención, con líneas de actuación planificadas y metodológicamente²⁰ acertadas,

¹⁹ Ejemplo, entre otras, en la empresa Aigües de Barcelona (Grupo Agbar), en Cultura preventiva..., op. cit., p. 20.

²⁰ Sobre la necesidad de que las características de sistematicidad y metodología, implícitas en la propia normativa de prevención, concurren en una estrategia de buenas prácticas preventivas, entre otros, Olivarri, R. (Coord.), Un análisis de evidencias y experiencias..., op. cit., pp. 32 ss.

realmente adaptado a las características específicas de la empresa, su plantilla y el diseño de sus centros de trabajo. Una vez emprendidos estos primeros pasos es cuando la empresa suele proponerse abordar proyectos específicos en prevención, bien generales bien centrados en aspectos concretos (riesgos psicosociales²¹, ergonomía, cultura preventiva u otros) que giran sobre la implantación de buenas prácticas en Seguridad y Salud.

Sentado lo anterior, podemos ofrecer un pequeño elenco de las líneas de actuación comunes a las buenas prácticas, sin perjuicio de otras más puntuales o menos extendidas y dejando constancia de que no tienen por qué concurrir todas ellas cumulativamente para considerar la existencia de una buena práctica en prevención de riesgos, que comprendería las siguientes:

a) Liderazgo: En un ingente número de buenas prácticas rastreadas se pone el acento en primer lugar en la relevancia de un liderazgo²²

²¹ De interesante consulta la Guía Buenas prácticas sindicales en evaluación de riesgos psicosociales, Observatorio de riesgos psicosociales, Secretaría de Salud Laboral de la UGT-CEC, UGT, 2012. También centra de manera reiterada la atención en las buenas prácticas el documento Vega Martínez, S. (Coord.), Experiencias en intervención psicosocial. Más allá de la evaluación del riesgo, INSHT, Madrid, 2009. Puede verse la Guía de buenas prácticas para prevenir o minimizar los riesgos del amianto en los trabajos en los que esté presente (o pueda estarlo), destinada a empresarios, trabajadores e inspectores de trabajo, Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo, Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, Bruselas, 2006.

²² Con mayor amplitud, European Agency for Safety and Health at Work, *Diverse cultures at work: ensuring safety and health through leadership and participation*, Luxembourg, 2013. En la misma línea, también la OMS sitúa los aspectos esenciales para la creación de un entorno de trabajo saludable de forma principal en aspectos como el liderazgo, la inclusión de los trabajadores y sus representantes y en aprender de otros, vid. World Health Organization, *Entornos Laborales Saludables: Fundamentos y Modelo de la OMS. Contextualización, Prácticas y Literatura de Apoyo*, OMS, Ginebra, 2010, en especial pp. 68 ss. Puede verse Figueras Esgleas, J. "Liderazgo de la dirección y participación de los trabajadores en el ámbito de la

sólido, creíble y visible de la dirección de la empresa en este ámbito, mostrando de esta forma su compromiso con la prevención de riesgos y la garantía de la Seguridad y Salud. Y ello porque viene a considerarse como una fórmula capaz de irradiarse a unos trabajadores que toman conciencia de que su empresa se preocupa de forma especial por el trabajo seguro y por la mejora continua de sus condiciones de trabajo.

A esta específica cuestión hace también expresa referencia la Estrategia Española de SST (2015-2020) que afirma que la sensibilización y concienciación, en todos los niveles de la organización, es una de las vías que permiten mejorar las conductas y actitudes. De los empresarios, por un lado, para lograr un cambio en la forma de liderazgo y una implicación en el compromiso de integrar la Seguridad y Salud en la toma de sus decisiones, en su trabajo y gestión diaria y de los trabajadores, por otro lado, para conseguir su colaboración con la dirección de la empresa y la aplicación de buenas prácticas en su hacer diario. En el objetivo 4.D se centra precisamente en los aspectos relativos al liderazgo empresarial y la participación de los trabajadores.

b) Implicación y participación activa: Otro aspecto fundamental viene representado por la participación activa de todos los implicados en la empresa, de forma especial por los propios trabajadores²³. La implantación de buenas prácticas parte de un compromiso individual y colectivo de todos (el personal, los directivos, los mandos intermedios, los representantes y los responsables preventivos) con la

Seguridad y Salud en el Trabajo" y Ambroj Sancho, L. etaltri, "Liderazgo en prevención de riesgos laborales", ambos en Revista de Medicina y Seguridad en el Trabajo, 59 (suplemento extraordinario), 2013, pp. 16 ss y 22 y ss, respectivamente. También, Olivarri, R. (Coord.), Un análisis de evidencias y experiencias..., op. cit., pp. 76 ss.

²³ Entre otros, Olivarri, R. (Coord.), Un análisis de evidencias y experiencias..., op. cit., pp. 51 ss.

seguridad, así como de fórmulas que sirvan de estímulo a los cambios de hábitos y comportamientos de los trabajadores, hacia otros más seguros²⁴.

En el caso español, sin lugar a dudas, aparte del compromiso de la dirección, va a resultar crucial el incremento de la participación activa de los trabajadores y sus representantes, así como las actuaciones en el campo de la concienciación de éstos, a fin de que cumplan con su papel, destacado incluso legalmente en el art. 29 LPRL, en la cooperación con el empresario en el logro de sus objetivos, que en este ámbito han de ser comunes y alejados del enfrentamiento.

En este terreno cobra también importancia el aspecto formativo, pues la formación constituye un elemento clave para la concienciación, el cambio de actitudes y el logro de la implicación efectiva de los trabajadores. Se insiste en una formación, más allá de la tradicional y obligada *ex art. 19 LPRL*, centrada en el aprendizaje basado en la experiencia, a partir del análisis y discusión de la misma, deficiencias detectadas y posibles soluciones, en especial a través de

²⁴ En este sentido, son interesantes los ejemplos de buenas prácticas desarrollados por distintas empresas (ADIF, Asociación de Empresarios del Polígono Industrial San Cibrao de Viñas, Croda ibérica, SA-MevisaSite, Empresa Malagueña de Transportes SAM, FCC servicios ciudadanos, Iberdrola y Protón Electrónica), incluidos en "Buenas prácticas en liderazgo...", *op. cit.* También Moreno Ucelay, A. y Palacios Linaza, J.J., "Programa RADAR en Iberdrola: Incremento del compromiso personal/grupal/organizacional para conseguir el éxito en prevención de riesgos Laborales", *Revista de Medicina y Seguridad en el Trabajo*, 59 (suplemento extraordinario), 2013, pp. 45 ss. Otros ejemplos en prevenblog.com/buenas-practicas-en-cultura-preventiva-circulos-de-prevencion o en *Cultura preventiva...*, *op. cit.*, en especial pp. 19 ss. También puede consultarse AA.VV., *Buenas prácticas en el ámbito de la seguridad y salud laboral*, Publicación de la Jornada Técnica celebrada en Zaragoza, 28 de abril de 2008, Asepeyo, 2008. También, *Models of good Practice, Health employees in Healthy Organisations, Good practice in Workplace Health Promotion (WHP) in Europe*, Essen, 1999, consultado en www.enwhp.org.

grupos de trabajo²⁵. El trabajador, protagonista en la materia, ha de adoptar un papel proactivo en Seguridad y Salud. La eficacia de su intervención será mayor si está construida sobre la certeza de la importancia de sus opiniones, su conciencia de que éstas cuentan y son tenidas en cuenta. Así como de una empresa abierta a las propuestas preventivas de los empleados y en la que se apueste por pareceres conjuntos.

La participación de los trabajadores en la toma de decisiones en materia de Seguridad y Salud, los debates acerca de los temas cruciales o las reuniones para discutir sobre fallos detectados, problemas de salud o accidentes e incidentes, entre otros, son formas de contribuir, sin lugar a dudas, a que las medidas sean mejor asumidas por parte de todos los implicados en la prevención de riesgos laborales. Hay que tener en cuenta que, en nuestro caso, dadas las características del tejido productivo y el alto índice de micro-empresas, resulta especialmente indispensable tanto la implicación y participación directa de los trabajadores en las empresas sin representación, como la búsqueda de soluciones de tipo sectorial o territorial a este problema. Asimismo, sería necesario un impulso a la negociación colectiva en este ámbito, que sigue arrojando resultados decepcionantes, hueros de soluciones innovadoras y efectivas y, por supuesto, de buenas

²⁵ Un ejemplo a destacar sería el de los círculos de prevención de la empresa Codorniu; consisten en grupos de discusión formados para promover la mejora de las condiciones de trabajo. Inspirados en los grupos de trabajo para la resolución de problemas, como los círculos de calidad, y se basan en la premisa de que los mayores expertos en sus propias condiciones de trabajo son los trabajadores y que su experiencia es fuente de mejoras. Se trata además de dinámicas que fomentan el apoyo psicosocial ya que aumenta la comunicación entre los propios trabajadores y los mandos intermedios ayudando a la mejora del clima laboral. In extenso, Cultura preventiva..., op. cit., 2014, pp. 39 ss. Puede verse, Cobos, D., Llacuna, J., Inés, A. y Pérez, M.J., "Buenas prácticas en la formación sobre prevención de riesgos laborales a trabajadores en las empresas: una revisión sistemática", Revista Fuentes nº 12, 2012, pp. 139 ss.

prácticas. A la misma realiza una importante llamada la Estrategia Española 2015-2020 que considera que la negociación colectiva debe servir para complementar la norma con una mayor aproximación a la realidad de la empresa y promover la implicación de los trabajadores y empresarios en el cumplimiento responsable de sus obligaciones preventivas. Pese a su conclusión acerca de la constitución de órganos sectoriales específicos de carácter paritario en el ámbito de la negociación colectiva en el marco de la Estrategia 2007-2012, como es bien sabido, las experiencias en este terreno son más bien escasas, al margen de los delegados territoriales en Asturias, puesto que los anunciados y pretendidos a nivel estatal nunca prosperaron debido a la fuerte oposición de la patronal. Los delegados de prevención territoriales se pusieron en marcha en la Comunidad Autónoma de Asturias por acuerdo de 24 de octubre de 2004, con el fin de asesorar e informar a las PYMES. El Acuerdo por el Empleo y Progreso de Asturias 2013-2015, ratifica su actuación por un nuevo período de tres años. Asimismo, deberían incentivarse las redes de apoyo por parte de las distintas administraciones públicas.

Por otra parte, fomenta también la actual estrategia el Estudio de fórmulas que incentiven las prácticas empresariales caracterizadas por la toma de decisiones conjuntas en el ámbito de los Comités de Seguridad y Salud y, por consiguiente, aplicables en empresas de más de 50 trabajadores (aunque sería más correcto decir 50 o más).

c) Canales directos y eficientes de comunicación: Las vías de comunicación efectivas resultan de especial trascendencia entre directivos, mandos intermedios y trabajadores. De esta forma, se viene considerando consustancial a las experiencias de buenas prácticas el logro de canales directos y eficientes de comunicación entre unos y otros a fin de detectar deficiencias y proponer acciones de mejora. Sin lugar a dudas, los canales de comunicación tienen que funcionar en

ambas direcciones. Esto es, de arriba abajo, o lo que es lo mismo, de la dirección al resto del personal, como forma de reafirmar el liderazgo en prevención y transmitir informaciones. Pero también en sentido inverso, por tanto, con presencia de mecanismos de recogida y notificación de informaciones de abajo arriba para transmitir, entre otras, alertas, sugerencias y valoraciones de resultados. La comunicación horizontal permite difundir informaciones prácticas entre personas, departamentos y equipos²⁶.

La información constituye, como es bien sabido, un aspecto clave en la prevención, pero debe evitarse también su exageración y la ineficacia en su gestión. Una plétora de información impide discriminar lo relevante de lo que no lo es y puede desalentar a los actores de la prevención. Para ello son fundamentales sistemas eficientes que huyan de los excesos cuantitativos para aportar la información esencial, sistematizada y en términos comprensibles a sus destinatarios.

d) Formación de grupos de trabajo interdisciplinares: Como hemos podido apreciar, otro aspecto crucial en la implementación de las buenas prácticas sería su apoyo en la formación de equipos interdisciplinares, más o menos permanentes, para la adecuada adopción de decisiones. En ellos suele implicarse, entre otros, al departamento de Seguridad y Salud o Servicio de Prevención, si lo hubiera, a los distintos técnicos de seguridad (especialistas en distintas disciplinas preventivas), a los representantes del comité de Seguridad y Salud o delegados de prevención y otros análogos. Con ello se satisface tanto la interdisciplinariedad que caracteriza a la LPRL como la participación e implicación de distintos sujetos o actores de la prevención.

²⁶ Cultura preventiva..., op. cit., p. 14.

e) Integración de los sistemas de gestión: partiendo de la primera obligación establecida en la normativa preventiva consistente en la integración de la prevención en el conjunto de las actividades y decisiones de la empresa y en su sistema general de gestión (art. 16 LPRL) que, de suyo, deben cumplir todas las empresas, en diversos proyectos se da un paso más en el camino hacia la excelencia. En distintos ejemplos consultados²⁷ destaca por su importancia la implantación de sistemas integrados de gestión que abarquen aspectos diversos como la calidad, la Seguridad y Salud ocupacional, el medioambiente, la responsabilidad social corporativa y otros relacionados, imponiendo en todos ellos unos estándares muy exigentes. Obviamente, no se desconocen los problemas que pueden derivarse de una integración meramente formal o de que en la escala de prioridades de la empresa, cuando exista un conflicto de objetivos, no salga precisamente la prevención muy favorecida²⁸, algo que lógicamente debe evitarse adoptando las distintas líneas de actuación mencionadas en cuanto a liderazgo, implicación, mejora, efectividad y eficiencia. Y que, como señalamos al comienzo, es infrecuente en aquellas empresas que voluntariamente dedican sus esfuerzos a proyectar y desarrollar buenas prácticas en materia preventiva.

²⁷ Así en Empresa Malagueña de Transportes, se implanta un sistema de liderazgo participativo en riesgos psicosociales consistente en una gestión de riesgos psicosociales participativa basada en la mejora continua, autorresponsabilidad y trabajo en equipo, facilitada por la implantación de un sistema de gestión de seguridad y salud certificado en OHSAS, en un Sistema Integrado de gestión y según modelo de Excelencia EFQM-fundación europea para la gestión de la calidad, "Buenas prácticas en liderazgo...", op. cit. Sobre una posible estandarización y aceptada generalización de sistemas como el OSHAS 18100 y ejemplos de integración puede verse, entre otros, Olivarri, R. (Coord.), Un análisis de evidencias y experiencias..., op. cit., pp. 46 ss.

²⁸ Problema también puesto de manifiesto por autores como Roy citado por Olivarri, R. (Coord.), Un análisis de evidencias y experiencias..., op. cit., p. 49.

f) Sistemas de seguimiento y mejora: Las buenas prácticas, en cualquier caso, han de poner una especial atención en el seguimiento del buen funcionamiento del sistema implantado que garantizará altas cotas de éxito en la mejora continua de la Seguridad y Salud, que se va retroalimentando de la experiencia adquirida en los distintos proyectos emprendidos.

En la implementación de las buenas prácticas y la mejora de la salud laboral cobran una importancia esencial herramientas como las auditorías, más allá de las exigencias legales, incluyendo auditorías voluntarias (art. 33 bis RSP) y también de tipo interno, así como los debates y la puesta en común de deficiencias y propuestas de mejora. Es importante la identificación de las acciones de mejora, su implantación y su seguimiento, que permiten ir constatando los éxitos de los proyectos implantados.

Como es sabido, también la normativa española impone obligaciones en orden a la investigación de accidentes²⁹, puesto que a tenor de lo dispuesto en el art. 16.3 LPRL "cuando se haya producido un daño para la salud de los trabajadores o cuando, con ocasión de la vigilancia de la salud prevista en el art. 22, aparezcan indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes, el empresario llevará a cabo una investigación al respecto, a fin de detectar las causas de esos hechos". El precepto legal, y más allá de su objetivo en orden a la averiguación de las causas, lleva a un entendimiento de la investigación como una verdadera herramienta preventiva que contribuye eficazmente a la detección de deficiencias, a su corrección y mejora continua, con el correspondiente reflejo en la evaluación de riesgos laborales (art. 6 RSP).

²⁹ vid. la NTP 442: Investigación de accidentes-incidentes: procedimiento, INSHT, Madrid. Con mayor detalle, entre otros, Olivarri, R. (Coord.), Un análisis de evidencias y experiencias..., op. cit., p. 66.

g) Superación de la cultura de la culpabilidad: Este trascendental paso, tendente también a evitar la criminalización a toda costa del accidente, pretendería, como se aprecia en algunos ejemplos de buenas prácticas, dejar atrás la búsqueda de culpables en los accidentes y tender a sistemas de gestión basados en una apuesta por el logro de soluciones, incentivando la información sobre posibles incidencias, apoyando a quienes las reportan³⁰. Sin denostar las responsabilidades como refuerzo a la prevención, deben primar la difusión de la cultura preventiva, la participación, implicación y sensibilización de los distintos sujetos afectados y la búsqueda por las empresas de las acciones de mejora, así como la necesidad de extraer enseñanzas de los accidentes o fallos acaecidos.

V. Buenas prácticas: hacia su difusión e intercambio

Una vez analizados los principales aspectos en relación con las buenas prácticas, es importante destacar, volviendo al principio, a uno de los aspectos definitorios de la buena práctica, su "exportabilidad", al papel esencial a cumplir por el camino de la difusión y el intercambio entre empresas y entre países, en especial en el seno de la Unión. A esta tarea primordial, entre otras, destina sus esfuerzos la European Network for Workplace Health Promotion (ENWHP)³¹. También la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el trabajo muestra su preocupación por esta cuestión y, entre otras actuaciones, otorga anualmente los Galardones Europeos a las Buenas prácticas³².

Lógicamente, las buenas prácticas surgen de la implicación de la empresa y de su deseo de mejorar en la integración de la prevención,

³⁰ Cultura preventiva..., op. cit., p. 15 (p.e. en BASF o Endesa).

³¹ www.enwhp.org.

³² http://osha.europa.eu/es/competitions/good-practice-award_2014-2015.

en el sistema general de gestión y con otros sistemas de calidad y en la búsqueda de altas cotas de salud y bienestar laborales. Ahora bien, aquéllas pueden multiplicar sus efectos si, una vez implantadas y observados sus buenos resultados, se sigue trabajando en este terreno logrando su difusión, su exportación a otros ámbitos de la misma organización, a organizaciones cercanas o, mucho más allá, su difusión y posible extensión a otras empresas del sector o con características organizativas similares. Para ello resulta fundamental la implantación de canales de comunicación, webs especializadas, encuentros monográficos y otros análogos centrados en las buenas prácticas. En este aspecto, sobre el que queda aún un largo camino por recorrer, centran también su atención, como hemos apuntado, tanto el Marco Estratégico de la UE como la Estrategia Española. El primero de dichos instrumentos, pese a partir, lógicamente, de la contrastada utilidad de la legislación, en especial para dotar a la Unión de un acervo común, destaca la relevancia a estas alturas de los instrumentos y herramientas no legislativos, en especial, las evaluaciones comparativas, identificación e intercambio de buenas prácticas (incluida la creación de una base de datos), mayor concienciación y sensibilización, información y comunicación, establecimiento de normas voluntarias o implantación de herramientas informáticas fáciles de utilizar. Aspecto que cobra especial relevancia en relación a retos como la mejora de la salud de los trabajadores de más edad o los más jóvenes, sin experiencia, trabajadores con discapacidad y las mujeres o para la prevención de los problemas de salud mental en el trabajo.

A nivel nacional, la Red Española de Seguridad y Salud en el Trabajo, está llamada a jugar un papel importante en esta incipiente línea de actuación.

“Buenas prácticas” y crisis de los principios del proceso laboral

EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA¹
Universidad de Sevilla

I. Los principios clásicos del proceso laboral

Como es sabido, el Derecho procesal del trabajo no obedece históricamente a una mera especialización respecto de lo dispuesto para el proceso civil o criminal, sino que, desde un principio, el proceso laboral se basó en principios propios y en mecanismos originales, y con una finalidad muy específica².

Ésta no era únicamente la de resolver litigios –que también– sino sobre todo la de completar la función tuitiva originaria y característica del Derecho del Trabajo, lo que se lograba a través de unos mecanismos orientados a facilitar la puesta en práctica de estos derechos.

Piénsese en este sentido en los Tribunales Industriales, creados ya en 1908, los comités paritarios, creados en 1922, que pasaron a ser los jurados mixtos en 1931. Más tarde, las Magistraturas de Trabajo,

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D Buenas Prácticas Jurídico Procesales en Derecho Laboral y Comunitario para Reducir el Gasto Social (DER 2012-32111) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

² Véase, al respecto el clásico estudio de RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Sobre los principios informadores del proceso de trabajo*, RPS, n° 81 (1969), págs. 21-83. Igualmente, ALONSO OLEA, M., MIÑAMBRES PUIG, C., ALONSO GARCIA, R.M., *Derecho Procesal del Trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 35 y ss.

instauradas en 1938, al final de la Guerra Civil, y el Tribunal Central de Trabajo, bajo la esfera de organización y competencias del Ministerio de Trabajo –y no de la estructura relacionada con la Administración de Justicia³– confirmaban estas piezas básicas para hacer realmente efectivas las disposiciones laborales, siendo imprescindible complemento de las normas sustantivas de la primera legislación obrera y, más tarde, laboral.

Existía, por lo tanto, una vía propia de aplicación de las normas laborales, tan antiguas casi como la norma sustantiva misma.

Nótese, por lo demás, que el sistema procesal laboral es un sistema básicamente usado a instancias de los trabajadores. La abrumadora mayoría de los procesos laborales lo es a instancias de los propios trabajadores y el uso del mismo por parte de los empresarios es absolutamente residual –excluida la vía de la interposición de recursos, claro está– y se reduce a interposición de conflictos colectivos y a contados pleitos individuales, como de devolución de haberes indebidamente percibidos o bien en relación a la producción de daños a la empresa, sobre todo en casos de competencia desleal o de indebida competencia postcontractual.

Lo que nos hace incluso cuestionar que, originariamente, el derecho procesal laboral participase de la "horizontalidad" del Derecho del Trabajo –esto es, de la inclusión en su ámbito de instituciones correspondientes a otras disciplinas jurídicas– sino que más bien formaba parte de la esencia del Derecho del Trabajo mismo.

En resumidas cuentas, el Derecho procesal del trabajo no sólo ha estado formado por unas normas procedimentales específicas

³ Vd., particularmente, MARTIN VALVERDE, A., *La formación del Derecho del Trabajo en España, (Estudio preliminar)*, en AA.VV., *La Legislación Social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Madrid (Congreso de los Diputados), 1987, págs. XII-CXIV;

motivadas en las peculiaridades del objeto a tratar, sino que ha venido a constituirse en un sistema singular con una jurisdicción diferenciada, unas reglas específicas –y siempre innovadoras, si se le compara con el proceso civil– y caminando en paralelo al proceso civil ordinario.

No se quiere negar con tales afirmaciones la influencia en el proceso laboral del proceso ordinario –y también viceversa– sino el carácter singular de aquel proceso, y su carácter principal dentro de la configuración del Derecho del Trabajo, del que ni mucho menos es un elemento secundario o añadido, como en su día puso de relieve el prof. Rodríguez Piñero⁴, y fue así también expuesto por otros maestros de la asignatura, como el prof. Alonso Olea⁵.

Así, las normas procesales laborales, siempre fueron concebidas como instrumentos de eficacia de los derechos laborales. La interconexión era total. Cada institución de derecho sustantivo, tenía su continuación en la norma procesal que completaba aspectos sustantivos. Instituciones tan conocidas y de tanta aplicación en la práctica, como el propio incidente de no readmisión, daba fe de ello, al ser precisamente aplicada al objeto más litigioso en el ámbito laboral: el despido.

El proceso, en fin, y el Derecho del Trabajo, comparten un objetivo que aunque esté más presente en el Derecho procesal, es común a ambos: la solución del conflicto. Si el Derecho del Trabajo está orientado a la solución del conflicto, algo análogo es predicable del proceso laboral. Ello es muy evidente en el procedimiento de conflicto colectivo. Donde en la norma procesal laboral se establece una suerte de continuidad de la actividad judicial respecto de la autocomposición

⁴ Ob. Cit., en particular p. 32 y ss.

⁵ Ob. Cit., pág. 37 y ss.

del conflicto. Al punto de que sólo cuando la autocomposición del conflicto fracasa, es cuando da lugar a la intervención del juez.

En este caso se visualiza, como quizás en pocos otros, la profunda interconexión del proceso laboral con el derecho sustantivo del trabajo⁶.

Este origen y configuración del derecho laboral es lo que justifica sus notables especialidades, y los particulares principios sobre los que se construye, los que, por lo demás, han servido de pauta para otros procesos de distinto ámbito:

1. La oralidad

El procedimiento laboral es el procedimiento verbal por antonomasia. La expresión verbal de las posturas de las partes, permiten al Juez, con rapidez y de manera casi "táctil", informarse sin dudas de las posturas de las partes, entender lo que quieren, con la posibilidad de repreguntar, de indagar, de analizar sin rodeos la rotundidad de sus posturas, incluso sus emociones, que un buen juez siempre interpretara adecuadamente para llegar al fin último del proceso: el hallazgo de la verdad y, a través de la misma, el restablecimiento de la justicia.

Permite hacer además (en teoría) un proceso accesible, fácil, sin pretensiones técnicas innecesarias, y rápido. La oralidad permite igualmente acelerar el proceso. No hace falta dar tiempo a las partes para que expresen sus posturas por escrito, lo que inevitablemente implica plazos, estudio, examen...

La oralidad permite al juez llegar pronto a la verdad material y por lo tanto, acceder al fin último de restablecimiento del Derecho.

⁶ Art. 156 del R.D. Legislativo 2/1995, TR de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

2. La inmediación

Es un principio que nace parejo al anterior. En su virtud, solo el juzgador que haya oído a las partes y estado presente en la práctica de las pruebas podrá para dictar sentencia. No resulta admisible, así pues, que suscriba la Sentencia un Juez distinto del que asistió a la celebración del acto del juicio, toda vez que se supone que esa especial “vivencia” o seguimiento personal del litigio no resulta extrapolable. Deja una convicción y unos datos que otro juez, tras la mera revisión de un material probatorio “inerte”, y de una sucinta acta del juicio – hoy suplida por la grabación digital– no puede recrear.

Sin duda, el respeto a la inmediación judicial lleva a un mejor y más rápido y directo conocimiento por parte del Juez sobre la controversia sometida a su juicio, y es base para que pueda dictar una solución más rápida y también más acertada.

3. El principio de concentración

Va más bien en la línea de permitir que se logre un proceso rápido, sin dilaciones. Unidad de práctica de las actuaciones procesales que invita sobre todo a un desarrollo del proceso que no se prolongue más que lo estrictamente necesario

4. La celeridad

Y deseo de simplificación del juicio, también se manifiesta en la ausencia de fases o audiencias previas, y el establecimiento de plazos preclusivos y rápidos para trámites.

En todos ellos se vislumbra un interés del legislador en acortar los plazos, para que la justicia laboral sea rápida.

Como parte del principio de celeridad, podemos situar el de búsqueda de la evitación del proceso: La obligatoriedad del intento de conciliación. No sólo en la vía judicial, sino a través de vías

extrajudiciales –originariamente sólo administrativa, con una curiosa “intervención” de la administración en el sistema judicial laboral, más tarde de carácter sindical para ciertos casos– en el deseo igualmente de dar la posibilidad de que el trabajador se vea restituido en sus derechos más rápidamente.

5. Gratuidad (para el trabajador)

Desde un principio, este proceso ha sido gratuito, en el sentido de que, para el trabajador –además de para las instituciones públicas, pero no así para los empresarios– estaba libre de tasas, gastos y costas.

Incluso la ausencia de requisito de postulación profesional, se leía, también, en relación al propósito de ahorrar gastos para el trabajador, que podría hacerse oír en juicio sin necesidad de tener que pagar honorarios de procurador, abogado o graduado social.

La firma de letrado en el recurso de suplicación –inevitable en este caso, dada la inevitable carga técnica de un recurso de esta naturaleza– también podía ser vista en esta clave, toda vez que, al menos, se limitaba a lo estrictamente necesario desde esa perspectiva, por lo que no se obligaba a que, además tuviese que concurrir la representación a través de procurador.

6. Mayor flexibilidad formal

Es justo reconocer, igualmente, que el proceso laboral siempre se ha manejado con mayor flexibilidad en cuanto a las formas procesales, si bien hoy puedan resultar menos llamativas al haberse también trasladada a otras jurisdicciones: facilidades en cuanto a subsanación de defectos procesales, mayor libertad en la aceptación y práctica de pruebas (testigos), y aceptación de documentos que, con independencia de no ser ratificados en el acto del juicio y no ser copias auténticas –incluso correos electrónicos– podían ser valoradas libremente por el Juez. En ello incide también la no exigencia de

postulación a través de profesionales del Derecho, que, quiérase o no, implica que se diseña un procedimiento menos dado a formalismos donde sólo se desea que el Juez averigüe la “verdad material” de los hechos litigiosos de modo que él pudiese dictaminar en Derecho y ejecutar más tarde su fallo.

II. La actual crisis de estos principios

Sin embargo, hay que advertir, que en cierto modo, todos estos principios están en crisis actualmente, en muchos casos, una crisis profunda que cuestiona su función originaria. La crisis no sólo se debe realmente a perversiones o mala prácticas en el sistema debido a conductas no previstas o a ausencia de medios materiales –que también, como se expresará a continuación– sino también a las sucesivas reformas de la legislación procesal laboral, que, a pesar de su deseo de respetar las singularidades del proceso laboral, han abundado en equipararlos en lo posible, al resto de los modelos procesales existentes en España.

Hagamos al respecto un breve recorrido a través de los principios mencionados en el apartado anterior:

1. Oralidad

Las indudables ventajas de la oralidad ya se han expresado con anterioridad. Sin embargo, la crisis de este principio se hace pesar cuando se observa que la complejidad de los litigios laborales, así como la transcendencia económica de los mismos es enorme. ¿Resulta en ese contexto, lógico, que la parte demandada (generalmente la empresa) no pueda presentar su contestación a la demanda más que de modo oral, en el acto del juicio, sin dejar debida constancia de la jurisprudencia, legislación, argumentación y detalles materiales de la cuestión debatida? ¿No rompe el necesario equilibrio que debe haber

en todo proceso el hecho de que una parte sí presente su demanda por escrito y la demandada no la pueda contestar de igual modo?

Piénsese que, como a todos nos consta, los procedimientos laborales no se ciñen a si se debe al trabajador o no una determinada cantidad, o a si se produjo o no tal hecho constitutivo de un despido disciplinario. Al contrario, incluyen reclamaciones de todo género imaginable y con una complejidad técnica desbordante: sobre planes de pensiones, despidos colectivos, complejas cuestiones sobre derechos fundamentales, accidentes de trabajo y daños, seguros.... Casos que llevan a juicios que se prolongan a veces durante horas y conllevan un material probatorio enorme.

¿Es por lo tanto hoy tan realista y ventajosa la oralidad como la fue en un primer momento?

Como mínimo, debe ponerse en cuestión: las demandadas sienten con frecuencia en ocasiones no poder exponer fundada y detalladamente, por escrito, sus respuestas a las cuestiones, cada vez más complejas, que se plantean en el debate judicial, con el correspondiente fundamento jurisprudencial, normativo, y en su caso doctrinal. Cabe añadir que esa falta de posibilidad formal de contestar por escrito genera de manera objetiva una falta de igualdad de las partes, puesto que la actora sí que puede hacerlo, pues está llamada a suscribir una demanda sin limitación de espacio ni de contenidos.

Pero, igualmente, las actoras se duelen de que los argumentos de las demandadas, al ser expuestos por primera vez en la Sala, privan de la posibilidad de una adecuada y pausada contra argumentación, de un estudio sereno de esos argumentos.

Por todo ello, debe ya replantearse la conveniencia de combinar la oralidad con una exposición anticipada de los argumentos –por ambas partes– sobre todo en pleitos de especial complejidad.

La LRJS de 2011 ha registrado ciertos cambios en este sentido, como la introducción a la mención de “notas breves de cálculo o resumen de datos numéricos” (art 85.6 LRJS) que de alguna manera legitima la aportación de notas escritas en el acto del juicio, si bien con el limitado fin señalado en la ley; pero en relación al cual es difícil limitar que se cometan ciertos excesos o ampliaciones que vayan más allá de la exposición de meros cálculos. La posibilidad de realizar “sucintas conclusiones complementarias” por escrito y preferiblemente por medios telemáticos” (art. 87.6 LRJS), en el caso de que la documental o pericial practicada fuesen “de extraordinario volumen o complejidad”.

Al margen de ello, se ha extendido la práctica de realización de entrega de “notas de juicio” o de “instructas”, donde las partes –particularmente la demandada– presentan por escrito sus consideraciones fácticas y jurídicas sobre el litigio. Esta práctica, no contemplada ni avalada por la Ley tiene sin embargo limitaciones: no todos los Jueces las admiten, no tiene por qué conocerla la otra parte –con lo que, obviamente, se cercena el principio de contradicción– y tampoco se puede incorporar a los autos. Lo que puede provocar que, con lo que el Tribunal Superior, en caso de recurso, no puede valorar o conocer su contenido.

En definitiva, el principio de oralidad, ante la complejidad de la normativa laboral y de los asuntos conferidos a los tribunales laborales y ante la propia transcendencia material de los pleitos laborales, no puede ya seguirse en su totalidad y ha sufrido modificaciones legales –insuficientes aún– y prácticas, y precisaría una revisión a fondo al menos en los pleitos de mayor transcendencia o complejidad técnica. En la actualidad, pueden apreciarse, junto a sus ventajas, serias insuficiencias, que pueden redundar en la búsqueda de la verdad

material y de la igualdad de partes, principios que en todo caso deben animar la concepción de cualquier tipo de proceso.

2. La concentración

Se hace difícil, sobre todo en casos de despido, poder examinar de manera solvente tan complejas causas en el solo acto del juicio. Las pruebas anticipadas, las conclusiones, diligencias finales, son importantes limitaciones.

Por lo tanto, que el proceso laboral recupere las funciones que lo hicieron único, que lo gestaron como una parte ínsita del derecho del trabajo, necesita revisar, y sobre todo necesita unos medios. El proceso laboral da al legislador, y a los gobiernos, un mensaje muy sólido y muy grave: Si no se ponen los medios necesarios, por más que se depuren las normas del proceso, todo es inútil. Por lo tanto, la mera revisión de las normas procesales, como se hace en otras ramas jurisdiccionales, no es más que una parte, y quizás pequeña, de la solución.

3. Celeridad

De todos los principios en crisis, sin duda éste es el que presenta una mayor degradación. Como se indicó con anterioridad, la celeridad se ha materializado generalmente en la eliminación de trámites no estrictamente necesarios y en la asignación de plazos muy perentorios para el desarrollo de los trámites procesales. Es sabido que la ausencia de audiencias previas, los plazos breves y preclusivos para la mayoría de los trámites, las limitaciones en las posibilidades de suspender juicios, la propia concentración de actos judiciales... abundan en este principio.

Pero ¿es real este principio? ¿Llegan sus efectos prácticos a justificar el sacrificio en plazos y trámites en el proceso? La respuesta no puede ser positiva. En primer término, lo más obvio, es que los plazos tan perentorios y rápidos que prevé la ley se cumplen en muy pocas

ocasiones. No por algo imputable a la voluntad de los jueces, a su escasa preparación o diligencia. Al contrario, los jueces de lo social tienen una antigua reputación de asumir una carga de trabajo y una competencia técnica al más alto nivel de la judicatura.

Sin embargo, el excesivo número de asuntos por juzgado –sin que prácticamente haya excepciones en todas y cada una de las plazas– hace irrealizable el cumplimiento de este principio. No es el momento de hacer un análisis estadístico, pero basta ver un somero examen de las Sentencias publicadas del Tribunal Supremo o de distintos Tribunales de Justicia para percatarse de la enorme distancia temporal que existe entre la producción de los hechos sometidos a examen judicial y la resolución firme sobre la misma; especialmente cuando la materia abordada se refiere a materias que, por su naturaleza, no están sujetas a preferencia o sumariedad. En ocasiones, existe demora de más de 2 años para la citación a juicio, una vez interpuesta la demanda en la instancia, lo cual es infrecuente incluso en otras jurisdicciones que nunca han exhibido la celeridad como uno de sus principios primordiales.

Es también frecuente observar en la práctica que la conjugación del derecho a la tutela judicial –que, por otra parte, es indeclinable por exigencia constitucional– acarrea toda suerte de causas de prolongación de los procesos: suspensiones debido a un enorme cúmulo de circunstancias que la pueden propiciar, necesidad de ampliaciones de demandas, de realización de diligencias judiciales de todo tipo... Igualmente, la complejidad de algunos asuntos abre la posibilidad de toda suerte de práctica de pruebas y diligencias, anticipadas, e incluso de diligencias finales a instancias del propio juez. Ello limita sin duda las exigencias del principio de celeridad, si bien estas limitaciones son de todo punto razonables pues no cabe sacrificar la celeridad a cambio de privar al juez y a las propias partes

de tener el necesario conocimiento de las evidencias y pruebas requeridas para una solución de los litigios que permita al Juez instruirse adecuadamente en los presupuestos fácticos de la disputa sobre la que debe resolver.

Pero, sin duda, la causa de la degradación de este principio de celeridad más flagrante no es otra que la ya mencionada sobrecarga de los órganos judiciales laborales. Aun conociendo la limitación de los recursos públicos que pueden destinarse a estos fines, es preciso reconocer que si no se aumenta radicalmente el número de juzgados de lo social es prácticamente imposible actuar las básicas exigencias de este principio, con lo que decae dramáticamente la eficacia misma del derecho laboral. Pero es que, además, cuestiona de manera radical la propia razón de diseñar el proceso laboral como un proceso singular, más sencillo, accesible y, sobre todo, rápido. Así, ¿qué sentido tiene el diseñar pasos rápidos, concentrar actuaciones, sacrificar pasos procesales que podrían ser útiles para clarificar adecuadamente los asuntos, o limitar la posibilidad de interponer recursos, en aras precisamente de la celeridad si, finalmente, el resultado práctico es tan poco plausible a este respecto?

4. La gratuidad

Este principio sí parece haberse preservado, al menos en lo que concierne a los trabajadores, de manera suficiente, por cuanto que no deben afrontar el pago de tasas judiciales. Sin embargo, es también cierto que el aspecto que más encarece un proceso –la contratación de profesionales– no admite una falta solución. En las actuales circunstancias, ya comentadas, es prácticamente inviable que un trabajador plantee una demanda en el orden social sin una asistencia profesional adecuada, aunque la ley no la prescriba expresamente. Es cierto que puede acogerse a los beneficios de justicia gratuita y contar

con un profesional asignado de oficio, pero no debe olvidarse que para ello debe cumplirse con el módulo económico impuesto por la legislación aplicable; en definitiva, el doble del SMI, con lo que esa gratuidad en el acceso a los profesionales –y con ellos, de hecho, al proceso mismo– no se garantiza a todos los trabajadores, sino sólo a aquéllos que se encuentran con la mencionada limitación económica.

5. Mayor flexibilidad formal

Este principio no se puede considerar realmente en crisis, pero sí es cierto que ya no es tan distintivo o específico del proceso laboral. De alguna manera, la tendencia a la eliminación de formalismos excesivos, y de un aligeramiento de las formas resulta algo ya también presente en las otras ramas de la jurisdicción. Si es en mayor o menor nivel que en el ámbito de la jurisdicción social, resulta ya más sujeto a valoraciones o apreciaciones más subjetivas, pero es cierto que hay una tendencia homogeneizadora en este ámbito.

En suma, más allá de mejoras técnico-jurídicas, hay que apostar no tanto en afinar las normas jurídico procesales –que siempre, no obstante, admiten mejoras– si no sobre todo en facilitar unas estructuras judiciales que permitan la existencia de un número suficiente de juzgados y una dotación de los mismos que permitan una justicia laboral reposada y eficaz, y también adaptar las normas a la nueva realidad compleja del mundo jurídico-laboral.

III. ¿Por qué se ha producido esta crisis?

¿Por qué los distintos principios “clásicos” del proceso laboral ya no lo identifican tan claramente, y por qué en la actualidad la jurisdicción social está en una situación tan poco satisfactoria? No resulta fácil dar respuestas definitivas, pero sí cabe apuntar hipótesis que explican esta situación:

-La primera, sería el necesario respeto a la “tutela judicial efectiva” que, aplicada –como no podría ser de otro modo– al proceso laboral, plantean exigencias que lo homogeneiza con otras jurisdicciones. De esta manera, muchas peculiaridades deben dejar de serlo, pues unas exigencias marcadas por el TC mismo le son de inexcusable aplicación.

-La segunda, según ya se ha apuntado, la creciente complejidad de las normas laborales y el propio aumento del ámbito de la jurisdicción social. Si el Derecho laboral “clásico” es de por sí complejo, piénsese en la normativa sobre prevención de riesgos, pensiones, sanciones, seguridad social... Ello afecta sobre todo a que antiguas pretensiones del legislador, como la posibilidad de litigar en nombre propio, o la oralidad, encuentran muchas limitaciones.

-La tercera, la escasez de medios de la jurisdicción social, que choca con la creciente litigiosidad que existe en este ámbito. Escasez de medios que muy bien puede tener como causa la falsa asunción de que un juzgado de lo social puede asumir muchos más asuntos por año que un equivalente de otra jurisdicción.

-La cuarta reside en que el propio legislador ha renunciado en cierto sentido a tratar al proceso laboral con reglas y criterios tan distintos a los demás. Al margen de muy distintas muestras que puedan encontrarse de ello en las últimas décadas, baste prestar atención a una de las más relevante normas en materia de modernización de la justicia: la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial («B.O.E.» 4 noviembre) aplicaba unos principios comunes a todas las jurisdicciones. Y, en cierto modo, ese es el camino a seguir.

En definitiva, la jurisdicción social no es tan especial como lo fue en un principio. Pero, es más, sus especialidades no pueden contemplarse

ya con tanta ejemplaridad como en un principio lo fueron. Esos principios, o bien han tenido que rectificarse o bien no resultan tan beneficiosos y prácticos.

Sigue siendo claro que el contenido material del proceso laboral necesita inevitablemente una regulación propia: entre otros muchos argumentos baste contemplar superficialmente las distintas modalidades procesales en el ámbito de la jurisdicción social para ratificar este extremo. Sin embargo, ya no se puede considerar que la afirmación de sus principios clásicos sea un camino tan ejemplar y beneficioso como originariamente lo fue. El camino a seguir –y que de hecho es el que está siendo observado en los últimos años– es el de mantener una legislación procesal específica, pero en un proceso cada vez más intenso de unificación de principios con el resto de las ramas jurisdiccionales.