

VOLUME 1 - NÚMERO 1
JANEIRO/JUNHO 2015

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS



Vol. 1 / N.1



LT[®]
TR

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS

**Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do
Distrito Federal – UDF**

ISSN 2446-8908

**Volume I,
Número 1
Janeiro/Junho 2015**

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS

Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal –
UDF

Conselho Editorial

- Prof. Dr. Wolfgang Däubler (Universidade de Bremen, Alemanha)
- Prof. Dr. Fernando Valdez Dal-Ré (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
- Prof. Dr. José Luiz Tortuero Plaza (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
- Prof.^a Dr.^a Francisca Moreno Romero (Universidade Complutense de Madrid, Espanha)
- Prof. Dr. Antonio Fernando Baylos Grau (Universidade Castilla La Mancha, Espanha)
- Prof. Dr. Jean-Claude Javillier (Universidade Paris II, França)
- Prof. Dr. Giancarlo Perone (Universidade de Roma Tor Vergata, Itália)
- Prof.^a Dr.^a Roberta Bortone (Universidade de Roma La Sapienza, Itália)
- Prof. Dr. Adrián Goldin (Universidade de San Andrés, Argentina)
- Prof. Dr. Mario Ackerman (Universidade de Buenos Ayres, Argentina)
- Prof. Dr. Oscar Zas (Universidade de La Plata, Argentina)
- Prof. Dr. Hugo Barreto Ghione (Universidade da República, Uruguai)
- Prof.^a Dr.^a Rosina Rossi Albert (Universidade da República, Uruguai)
- Prof. Dr. José Roberto Freire Pimenta (PUC Minas)
- Prof. Dr. Luiz Otávio Linhares Renault (PUC Minas)
- Prof. Dr. Márcio Túlio Viana (UFMG e PUC Minas)
- Prof. Dr. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (UFPE)
- Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (UFPE)
- Prof. Dr. Fábio Túlio Barroso (UFPE)
- Prof. Dr. Ivan Simões Garcia (UFRJ e UERJ)
- Prof.^a Dr.^a Sayonara Grillo Leonaldo da Silva (UFRJ)
- Prof. Dr. Jorge Luiz Souto Maior (USP)
- Prof. Dr. Ronaldo Lima dos Santos (USP)
- Prof.^a Dr.^a Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Mackenzie - SP)

REVISTA DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E TRABALHISTAS

Periódico Científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal –
UDF

Equipe Editorial

Editor Acadêmico: Dr. Mauricio Godinho Delgado (Professor Titular UDF)

Co-Editor Acadêmico: Dr. Gustavo Filipe Barbosa Garcia (Professor Titular UDF)

Editor Adjunto: Dr. Marcus Firmino Santiago (Professor Titular UDF)

Editora Assistente: Dr^a Renata de Assis Calsing (Professora Titular UDF)

Editor Assistente: Dr. Marcelo Borsio (Professor Titular UDF)

Contatos

www.udf.edu.br

mfsantiago@udf.edu.br

Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas / Centro Universitário do
Distrito Federal. – Vol. I, n. 1 (Jan./Jun. 2015). Brasília, DF, 2015 [on-line].

Semestral.

ISSN: 2446-8908

1. Direito do Trabalho. 2. Relações Trabalhistas. Relações Sociais. I. Centro
Universitário do Distrito Federal.

CDU: 349.2:331.1

APRESENTAÇÃO

O Centro Universitário do Distrito Federal – UDF - é a primeira instituição de ensino superior particular do Distrito Federal e, nos seus quase 50 anos de história, tem trilhado um caminho de sucesso e expansão, pautado na qualidade acadêmica e no reconhecimento social do trabalho desenvolvido.

A história do UDF teve início em 1967, em Brasília, com a abertura do Curso de Administração de Empresas. Já no ano seguinte, em 1968, foram ofertados os cursos de Direito, Ciências Contábeis, Ciências Econômicas e Pedagogia, mediante o credenciamento do Instituto de Ciências Sociais - ICS -, que incorporou também o Curso de Administração de Empresas, já em funcionamento. O idealismo que presidiu a fundação do UDF resultou no seu significativo crescimento que, desde o seu marco inicial, vem semeando uma cultura de qualidade e assim colhendo uma história de seriedade, solidez, excelência e credibilidade local e regional, bem como diante dos órgãos competentes, reguladores do ensino no País. Dada a demanda crescente por profissionais das mais diversas áreas, bem como as transformações que foram ocorrendo no ensino superior no Brasil, a instituição trilhou um percurso de trabalhos e estudos que a consolidassem na posição de Centro Universitário, garantindo-lhe maior autonomia no processo de abertura de cursos, o que se concretizou no ano de 2004.

Em 2008, com a incorporação do UDF ao Grupo Educacional Cruzeiro do Sul, de São Paulo, iniciou-se um processo de expansão da instituição nas áreas da Saúde, Engenharia e Tecnologia. Conseqüentemente, a instituição teve vários investimentos em infraestrutura, em equipamentos pedagógicos e em pessoal, aumentando o quadro de docentes com titulação de Mestres e Doutores. O fortalecimento da pós-graduação, da pesquisa, da iniciação científica e da extensão também começou a ser trabalhado significativamente.

Contemporaneamente é ampla e diversificada a estrutura de cursos do Centro Universitário UDF, contando com o expressivo número de 22 cursos, em seu conjunto.

Os investimentos na iniciação científica são crescentes e envolvem, entre outros, o incentivo à publicação, à participação em eventos externos e a concessão de bolsas, inclusive do CNPq. Tudo isto propiciou a majoração do número de trabalhos que integram o Programa de Iniciação Científica, o crescimento do número de professores e alunos envolvidos em

publicações de periódicos e livros, a realização do Congresso de Iniciação Científica, apoiado pela Universidade Cruzeiro do Sul, pela Universidade de Brasília e pelo CNPq, com publicação do Caderno de Anais com ISSN.

A busca por aprimorar o ensino, promover a extensão e incentivar a pesquisa levou o UDF a estruturar o *Programa Institucional de Internacionalização*, em 2013. Desde então já foram celebrados inúmeras parcerias e convênios com universidades estrangeiras, escolas de idiomas e organismos internacionais, o que tem possibilitado a integração de experiências acadêmicas e a ampliação dos campos de estudo e investigação. Nesse sentido, destaca-se a relevância dos acordos firmados com a Universidade do Porto, a Universidade de Coimbra, a Universidade Nacional de *La Plata*, o *Newcastle College*, a Universidade da Califórnia e a realização de intercâmbios de estudos.

O Curso de Direito do UDF caracteriza-se por reconhecida história de seriedade e consistência profissionais e acadêmicas, já tendo graduado, em seus mais de 45 anos de existência, cerca de 18 mil alunos.

Nos últimos anos, incrementaram-se no Curso de Direito as atividades de ensino, pesquisa, extensão e pós-graduação. Bolsas de pesquisa são ofertadas aos estudantes de Direito, quer pela própria Instituição, quer a partir do Programa de Bolsas de Iniciação Científica (PROBIC) do CNPq. Novos docentes de alta qualificação acadêmica e notável produção científica foram incorporados ao corpo permanente do UDF, de maneira a contar hoje o Curso de Direito com vários Professores Titulares, todos Doutores, fortemente dedicados à pesquisa científica.

O lançamento da *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas – periódico científico do Curso de Direito do UDF* representa mais um passo nessa trajetória rumo ao incremento e à disseminação da pesquisa acadêmica de elevada qualidade que já vem sendo realizada na Instituição. Desponta ademais como passo decisivo rumo à franca e sólida internacionalização de sua atuação e inserção acadêmicas. O periódico afirma-se ainda, e já desde seu nascimento, como um espaço para divulgação e debate acerca do que há de mais relevante e atual no pensamento jurídico nacional e estrangeiro, o que reforça e consolida o compromisso social do UDF.

Beatriz Maria Eckert-Hoff

Reitora do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF

NOTA DOS EDITORES

A *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* – periódico científico do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF - é fruto de um processo de expansão da pesquisa que vem, nos últimos anos, sendo realizada na Instituição de Ensino e que reflete um compromisso tanto com a formação jurídica de seus estudantes quanto com o dever de promover transformações virtuosas na realidade social.

A *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas* foi concebida de forma a contribuir para a disseminação da pesquisa e do conhecimento jurídico, permitindo acesso, de forma gratuita e por via digital, a artigos científicos e outros estudos de elevada qualidade que privilegiem a análise de questões referentes aos eixos temáticos “*Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Processo*” e “*Direitos Humanos Sociais, Seguridade Social e Meio Ambiente do Trabalho*”.

A proposta da Revista é funcionar como um espaço para discutir a ordem jurídica e as relações sociais a partir de uma reflexão centrada no universo das relações de trabalho e vínculos sociojurídicos próximos, analisando-se tais fenômenos de forma abrangente e integrada, em uma combinação simbiótica entre aspectos jurídicos, sociais, políticos, econômicos e culturais, de modo a evidenciar sua mútua influência e suas repercussões no campo da dogmática jurídica.

A Revista conta com um renomado Conselho Editorial, de estruturação internacional e brasileira, mediante a presença de destacados juristas do campo social do Direito, vinculados a instituições universitárias de notável importância no mundo acadêmico, fatos que atestam a qualidade do periódico. Isso se traduz, já neste primeiro momento, na presença de seis artigos subscritos por ilustres pesquisadores estrangeiros, todos de elevado valor acadêmico e reflexo de relevantes pesquisas.

Os artigos apresentados neste primeiro número do primeiro volume da revista, referente ao primeiro semestre de 2015 (janeiro-junho), refletem sobremaneira o ideário de seu tema central a tratar, em que as relações sociais e trabalhistas, nos tempos atuais, demonstram a preocupação contemporânea das pesquisas com a conjuntura entre Estado e Sociedade, numa análise dos limites e avanços das normas postas.

Os artigos refletem, um a um, o anseio de seus autores em melhor compreender o fenômeno jurídico social nas relações trabalhistas, de seguridade social e, mormente, de trato constitucional amplo, apontando ponderadamente para problemáticas cotidianas, sem se descuidarem da análise pretérita dos fatos relevantes, mas que sobrepõem opiniões construídas a partir de suas experiências técnico-científicas e com olhar na solução de conflitos.

Quatro artigos tratam de temas de Direito do Trabalho, com significativa aproximação entre si. O primeiro, do jurista Adrián Goldin, Professor Emérito da *Universidad de San Andrés* (Argentina), intitulado “Algunos Rasgos Definitivos de un Derecho del Trabajo em Proceso de Cambio”. O segundo, da Ministra Rosina Rossi Albert, Professora da *Universidad de La República* (Uruguai), denominado “La Determinación de la Relación de Trabajo. Recomendación n. 198 de OIT y su Impacto en la Jurisprudencia Uruguaya”. O terceiro, do jurista Hugo Barreto Ghione, Professor Titular da *Universidad de La República* (Uruguai), sob o título “Obligaciones en el Contrato de Trabajo: Algunos Problemas en la Determinación y Equivalencia de las Prestaciones”. O quarto texto, da lavra do Ministro Mauricio Godinho Delgado, Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF (Brasil), e da jurista Gabriela Neves Delgado, Professora Adjunta da Universidade de Brasília – UnB (Brasil), intitulado “A Parassubordinação no Direito do Trabalho: Conceito, Objetivos e Efeitos Jurídicos”.

Dois artigos tratam de temas de Direito Processual. O primeiro, de autoria do jurista Oscar Zas, Professor Titular da *Universidad Nacional de La Plata* (Argentina), sob o título “El Orden Jurisdiccional Competente y el Régimen Procesal en las Acciones de Reparación de Daños Derivados de Accidentes y Enfermedades del Trabajo Fundadas en el Derecho Civil. El Caso Argentino”. O segundo, de autoria do jurista Marcus Firmino Santiago, Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF (Brasil), com o título seguinte: “A Realidade da Jurisdição Constitucional Exercida pelos Juízes Ordinários: Uma Análise Comparada das Experiências de Espanha e Itália”.

Os três artigos que fecham a Revista, em seu primeiro número, abordam temas de Direito da Seguridade Social. A jurista Francisca Moreno Romero, Professora Associada da *Universidad Complutense de Madrid* (Espanha), escreveu sobre “El Necesario Equilibrio entre las Políticas de Empleo y Pensiones en la Unión Europea”. O jurista José Luis Tortuero Plaza, Catedrático da *Universidad Complutense de Madrid* (Espanha), dissertou sobre “La Crisis Económica versus Reforma del Sistema de Pensiones”. Finalmente, o jurista Marcelo

Borsio, Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF (Brasil), analisou o tema “Seguridade Social. Proibição do Retrocesso e Sustentabilidade das Políticas Públicas”.

Brasília, junho de 2015.

Equipe Editorial

SUMÁRIO

ARTIGOS

- Algunos Rasgos Definitivos de un Derecho del Trabajo en Proceso de Cambio**
Some Defining Traits of a Labor Law in a Transformation Process
Adrián Goldin p. 10
- La Determinación de la Relación de Trabajo. Recomendación n. 198 de OIT y su Impacto en la Jurisprudencia Uruguaya**
The Determination of the Employment Relationship. ILO Recommendation 198 and its Impact on Uruguayan Jurisprudence
Rosina Rossi Albert p. 35
- Obligaciones en el Contrato de Trabajo: Algunos Problemas en la Determinación y Equivalencia de las Prestaciones**
Obligations in Work Contract: Some Issues Concerning the Determination and the Equivalence of Benefits
Hugo Barreto Ghione..... p. 68
- El Orden Jurisdiccional Competente y el Régimen Procesal en las Acciones de Reparación de Daños Derivados de Accidentes y Enfermedades del Trabajo Fundadas en el Derecho Civil. El Caso Argentino**
The Competent Jurisdiction and the Procedural Regime of the Damage Repair Action Resulting from Accidents and Occupational Diseases Based on Civil Law. The Argentinean Law Situation
Oscar Zas..... p. 87
- A Parassubordinação no Direito do Trabalho: Conceito, Objetivos e Efeitos Jurídicos**
The Parasubordination in Labor Law: Concept, Objectives and Juridical Effects
Mauricio Godinho Delgado; Gabriela Neves Delgadop.138
- A Realidade da Jurisdição Constitucional Exercida pelos Juízes Ordinários: Uma Análise Comparada das Experiências de Espanha e Itália**
The Reality of the Constitutional Jurisdiction Exercised by Ordinary Judges: A Comparative Analysis of the Experiences of Spain and Italy
Marcus Firmino Santiago..... p. 158
- El Necesario Equilibrio entre las Políticas de Empleo y Pensiones en la Unión Europea**
The Necessary Balance Between Employment and Pensions Policy in European Union
Francisca Moreno Romero p. 177
- La Crisis Económica versus Reforma del Sistema de Pensiones**
The Economic Crisis versus the Pensions System Reform

José Luis Tortuero Plaza p. 225

Seguridade Social, Proibição do Retrocesso e Sustentabilidade das Políticas Públicas

Social Security, Prohibition of the Regression and Sustainability of Public Policies

Marcelo Borsio..... p. 271

**ALGUNOS RASGOS DEFINITORIOS DE UN DERECHO DEL TRABAJO EN
PROCESO DE CAMBIO***

**SOME DEFINING TRAITS OF A LABOR LAW IN A TRANSFORMATION
PROCESS**

Adrián Goldin¹

RESUMEN: Operando sobre el nivel de la construcción teórica e institucional del Derecho del Trabajo, este estudio procura identificar los rasgos definitorios de este Derecho, entendiendo por tales aquellos que constituyen componentes básicos y estructurales de su configuración más extendida y estable. Este ensayo se propone, además, llamar la atención sobre la utilidad de una distinción de este tipo para hacer el seguimiento de la intensidad de los procesos de transformación que experimenta un Derecho del Trabajo que cambia.

PALABRAS CLAVE: Derecho del Trabajo. Rasgos Definitorios del Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo en Cambio.

ABSTRACT: Operating at the level of theoretical and institutional construction of Labor Law, this study seeks to identify the defining traits of this law, understanding as such those that are basic and structural components of its broader and permanent configuration. This essay also aims to draw attention to the usefulness of this kind of distinction to better understand the intensity of the transformation processes that Labor Law has experienced.

KEY WORDS: Labor Law. Defining traits of Labor Law. Labor Law in transformation.

Introducción

No siempre es sencillo distinguir la fundamentación del derecho del trabajo (ética, política, filosófica, económica) de su construcción teórica e institucional. Tampoco es fácil

Artigo recebido em 09/05/2015.

* Publicado en Relaciones Laborales, Madrid, 2014 No. 2

¹ Profesor Emérito de la Universidad de San Andrés (Argentina). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Ayres. Codirector de la “Internacional LabourReview”, revista de la OIT. Integra el Comité Editorial del “Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale” de la Université Montesquieu (Bordeaux IV), de la France.

considerar esta última separada de los hechos económicos, sociales, tecnológicos que inciden sobre su desempeño y evolución.

Admitiendo esas dificultades de distinción y, aún así, operando por ahora sólo sobre ese nivel “intermedio” – el de la construcción teórica e institucional del Derecho del Trabajo - este estudio procura identificar los rasgos definitorios del derecho del trabajo, entendiendo por tales aquellos que constituyen componentes básicos y estructurales de su configuración más extendida y estable. Ese enfoque incluye, desde luego, a aquello que conformó al Derecho del Trabajo en su idea original e histórica y, además, a cuanto esta rama del derecho acumuló en su trayecto de expansión y consolidación.

Es muy difícil, si no tal vez imposible, imaginar que se pueda reconocer esa configuración “definitoria” de modo tan comprensivo que alcance una entidad próxima a lo universal. Tal vez sí esté más cerca de esa condición lo que en un estudio anterior caracterizamos como la idea básica o histórica del derecho del trabajo, a la que sólo consideramos posible establecer en una dimensión extremadamente elemental, esquemática y estilizada. Otros componentes – otros rasgos que podamos considerar definitorios del derecho del trabajo y que por lo tanto también nos interesan en este análisis - forman parte de lo que entonces llamamos las ideas particulares del derecho del trabajo, y que en esta oportunidad procuraremos reconocer en la idea continental – una de aquellas – a la que también adscriben los derechos sociales de América Latina. Ejercicios similares, nos parece, podrían ejecutarse sobre otras ideas particulares.

Si en aquel esfuerzo inicial formulamos hipótesis sobre la diversa proclividad de las distintas ideas particulares para apartarse de la idea histórica del Derecho del Trabajo, la indagación que ahora se propone se instala en un segundo nivel más abarcativo (porque incluye a aquél, pero además a otros rasgos incorporados más tarde pero que también se juzgan definitorios). Este ejercicio de reconocimiento teórico e institucional no tiene un interés puramente descriptivo; por el contrario, se trata de saber cuáles son esos rasgos para “medir” la incidencia de los procesos de transformación teórica, en el entendimiento de que si estos últimos operan sobre los rasgos que se reputen “definitorios”, los cambios resultantes son más sustantivos y radicales – el derecho del trabajo que cambia, cambia entonces de modo más íntimo y profundo – que si las transformaciones operaran sobre rasgos que, por importantes que sean, puedan considerarse meramente contingentes o menos estructurales.

Más allá del mayor o menor acierto que se logre en la identificación de cuáles son los rasgos definitorios del Derecho del Trabajo – más bien, de una de sus ideas particulares – este

ensayo se propone llamar la atención sobre la utilidad de una distinción de este tipo para hacer el seguimiento de la intensidad de los procesos de transformación que experimenta un Derecho del Trabajo que cambia.

1. De qué se trata

No siempre es sencillo separar la fundamentación del derecho del trabajo (ética, política, filosófica, económica) de su construcción teórico-jurídica e institucional. Tampoco es fácil considerar esta última haciendo abstracción de los hechos económicos, sociales, tecnológicos que inciden sobre su desempeño y evolución.

Admitiendo esas dificultades y, aún así, operando por ahora sólo sobre ese nivel “intermedio” – el de la construcción jurídica e institucional del derecho del trabajo - este ensayo procura identificar algunos de los *rasgos definitorios* de esa rama del derecho, entendiendo por tales aquellos que constituyen componentes básicos y estructurales de su configuración más extendida y estable. Ese enfoque incluye, desde luego, a todo aquello que constituyó al Derecho del trabajo en su *idea original e histórica* y, además, a cuanto esta rama del derecho acumuló y retuvo en su trayecto de expansión y consolidación. Se trata, en otras palabras, de identificar y caracterizar brevemente algunos rasgos que tienen aptitud definitoria del derecho del trabajo, en la medida en que se hayan demostrado capaces de atravesar con visos de permanencia las instancias de creación, profundización y desarrollo transitadas esa rama del derecho.

Nos resulta evidente, no obstante, que no es posible pensar en reconocer alguna dimensión “universal” al producto de esta indagación; esa condición, que sí creímos posible atribuirle a la *idea básica e histórica del Derecho del trabajo* concebida en su nivel más elemental y estilizado², no nos parece que pueda extenderse a otros rasgos definitorios sobrevinientes que, por lo tanto, y por muy difundidos que estén, sólo referiré en esta oportunidad a la *idea continental* del derecho del trabajo – una de las que en aquel estudio llamé *ideas particulares del derecho del trabajo* - a la que, salvando distancias, adscriben las *ideas particulares de los derechos sociales de América Latina*. Sobre ambos conceptos – el de la *idea básica e histórica* y el de las *ideas particulares* del derecho del trabajo – volveré sucintamente algunas líneas más abajo.

² Véase, Adrián Goldin, “Global conceptualizations and local constructions of the idea of labour law” Chapter 5 OF “*The idea of labour law*”, Davidov and Langille, comps, Oxford University Press, 2011; su versión en español ha sido publicada por Relaciones Laborales (Madrid) en su número 19, Octubre de 2010

Como se anticipó en las primerísimas líneas, esta tarea de reconocimiento ha de operar sólo en una perspectiva técnico-jurídica, propia de la ciencia normativa. Ello no implica, sin embargo, una opción radicalmente positivista ni niega la significación de la consideración de estos mismos mecanismos en términos de valor o preferencia (por ejemplo, de justicia o, alternativamente, de eficiencia). Se trata, tan sólo, de una opción metodológica apenas parcial y fragmentaria: reconocer unos rasgos del derecho del trabajo que han revelado su capacidad de transitar sus instancias de creación, desarrollo, profundización, crisis y reforma, evidenciando su aptitud para perdurar, y reclamando por ello que se les reconozca su carácter definitorio en la construcción lógico-jurídica del derecho del trabajo. No se ignora, por lo tanto que la introducción de esos dispositivos jurídicos ha respondido en cada caso a consideraciones de valor, implícitas en ellos; por el momento, nuestra pregunta sólo se propone establecer si ha pasado o no a formar parte de esa configuración definitoria del Derecho del trabajo en el marco de una de sus ideas particulares.

2. Algunas precisiones previas

En primer lugar, he de señalar – y es autoevidente - que no todas sus técnicas instrumentales que aquí evocaremos son singulares en sí, desde que reproducen las de otros sectores del orden jurídico; su singularidad se constituye por el modo o contexto en que aquí operan y se expresan, y es en esa relativa dimensión en la que se les reconoce³.

Eludiré en esta oportunidad, por otra parte, incursionar en el terreno de los contenidos concretos del Derecho del trabajo – por ejemplo, el modo de regular la prestación del trabajador y la contraprestación salarial (el intercambio salarial), la jornada, los descansos, las reglas relativas a la duración y la terminación del contrato de trabajo, entre muchas otras - sin negar, por cierto, la riqueza de las aproximaciones que transitan esos trayectos, particularmente en clave comparativa.

Es la misma opción metodológica la que me separa en este ensayo de los debates tan ricos y dilatados acerca de la razón de ser, el fundamento y los fines del derecho del trabajo.

³ En evocación de la construcción que Pillar Palasí elaborara para el derecho administrativo, José Vida Soria (“La esencia y la existencia del Derecho del Trabajo. Observaciones críticas acerca del proceso de conceptualización del Derecho del Trabajo”, 1975, inédito) ha ubicado al Derecho del trabajo entre los derechos “horizontales”, concebidos para aplicarse a ciertas personas cuya especial calificación en el mundo del Derecho determina la creación de una normativa singular, que “capturan” buena parte de sus técnicas de los diversos derechos “verticales”, homogéneos por razón de una cierta función. Aquellos atraviesan transversalmente a estos últimos (entre otros, el derecho civil, el administrativo, el internacional, el derecho penal) y de ellos se abastecen. De tal modo, los *derechos horizontales* remiten o reenvían a los diversos *derechos verticales*, cuyas instituciones reformulan para satisfacer su propia singularidad.

El propio análisis funcional queda al margen de nuestra reflexión pese a su altísima significación, postergando la contemplación de sus funciones permanentes y limitando nuestro objeto a ciertas técnicas de su construcción técnico jurídica que, nos parece, han evidenciado una muy significativa aptitud para tipificar y perdurar.

Tampoco se me escapa hoy la visión dinámica que caracteriza al derecho del trabajo como proceso en constante transformación⁴; lo es, sin duda, y esa perspectiva es expresiva y fructífera. Hoy, no obstante, procuro decantar aquello que, en esta aproximación estrictamente técnico-jurídica, parece a esta altura de la evolución del Derecho del trabajo, porque tuvo la capacidad de atravesar el tiempo, capaz de proporcionarnos un insumo válido para el conocimiento de nuestro objeto.

¿Cómo “juegan” las actuales tendencias de transformación en este empeño, orientado a reconocer las constantes históricas que han revelado aptitud de perdurar? Del mismo modo en que no es posible entender el proceso de cambio si no hay una clara percepción del estado original del objeto desde el que se proviene, *sirven también las tensiones de cambio para identificar y reconocer la significación estructural de los componentes que se pretenden alterar*. Algo, en efecto, acerca de lo que el derecho del trabajo es, nos lo informan las tendencias de flexibilización, de contractualización, de *debilitamiento subjetivo*...

Desde luego, este pequeño intento nada tiene de novedoso. Múltiples han sido los esfuerzos de los juristas para transitar las singularidades del Derecho del trabajo, ora para reconocer y sostener su autonomía⁵, ora para explorar sus particularismos con menos restricciones metodológicas que las que hoy me impongo, o simplemente para establecer su configuración básica desde la que emprender análisis con variados objetivos⁶. La vasta pluralidad de los intentos de identificar desde las más diversas perspectivas los elementos

⁴ Véase Bob Hepple (1994), Introducción a “La formación del derecho del trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945” (Bob Hepple, comp), págs. 17-52, Colección Informes y Estudios, MTySS, Madrid, que, revisa los procesos de la industrialización y el desarrollo económico, la modernización del Estado. las características de las organizaciones empresariales y sindicales y el papel de la ideología y la expansión de la lógica jurídica en las relaciones laborales.

⁵ Es el caso de Paul Durand para quien que los particularismos sirven como signos distintivos que habilitan la autonomía del derecho del trabajo. (Paul Durand, *Traité de droit du travail* t. 1 Dalloz 1947 págs.254/258). También el de Barbagelata, que evoca como dato singular la necesidad de explicar los efectos jurídicos de los convenios colectivos, difíciles de resolver “recurriendo a los clisés del Derecho Civil”. Para Barbagelata es oportuno aplicarse a examinar los rasgos que hacen a este derecho distinto y configuran lo que siguiendo a Paul Durand él mismo califica como particularismos del DT (en “El Particularismo del Derecho del Trabajo”. Fundación de Cultura Universitaria, 1a. Edición, Montevideo, 1995).

⁶ Entre tantos otros, Jeammaud, Le Friant y Lyon Caen en “L’ordonnancement des relations du travail » en *Recueil Dalloz* 1998, 38 Cahier, Chronique, páginas 359-368 y Wilfredo Sanguinetti Raymond en “El Derecho del Trabajo como categorías histórica” artículo publicado en C. Arenas Posadas, A. Florencio Puntas y J. I. Martínez Ruiz (editores), “Mercados y organización del trabajo en España (siglos XIX y XX),” Sevilla, Grupo Editorial Atril, 1998, págs. 459-478; Sanguinetti Raymond procura establecer lo permanente y lo contingente en el Derecho del trabajo y las señas básicas de identidad del DT a partir de su análisis histórico.

diferenciadores del derecho del trabajo ponen en evidencia que ninguno – *menos aún, este que ahora se intenta* – puede pretenderse completo ni definitivo. Todos ellos, sin embargo, aportan a una mejor comprensión del Derecho del trabajo y es a ese objetivo fragmentario, parcial y muy modesto al que ahora se apunta.

3. La idea histórica del derecho del trabajo

En esa búsqueda de algunos de los rasgos definitorios más extendidos, emprendimos no hace mucho una reflexión tendiente a establecer si existe una idea histórica del Derecho del trabajo de vasta implantación, que tenga capacidad de trascender la diferenciación de los diversos sistemas jurídicos; una idea primaria e inicial del derecho del trabajo que sea común a una parte significativa de los derechos del trabajo del mundo⁷.

Me pareció pronto evidente que una idea de ese tenor, sólo podría alcanzarse si se la formulara del modo más básico y estilizado que quepa concebir.

Para reconocerla, me pareció oportuno dirigir la mirada al momento liminar de la aparición de las acciones normativas que luego serían reunidas por su común pertenencia al naciente derecho del trabajo, recordando que hasta entonces el trabajo humano, excepto en manifestaciones excepcionales que se juzgaban elevadas y distinguidas, se expresaba en vínculos que no incluían el componente de la libre voluntad del prestador (la esclavitud, el vasallaje feudal, los gremios y las corporaciones; en el continente americano, antes y aún después de la colonización, la mita, la encomienda y el yanaconazgo).

En ese ominoso contexto, el derecho del trabajo encuentra su primer espacio de construcción en torno del *reconocimiento del carácter voluntario del vínculo* que anuda el prestador de sus propios esfuerzos; *no se trata sino del advenimiento del contrato a este orden de relaciones, como luminosa manifestación de libertad*⁸.

Sin embargo, es probable que esa apertura a la libertad no habría sucedido si no hubieran estado asegurados al mismo tiempo los recaudos para asegurar el disciplinamiento de las vastas cohortes de trabajadores que habrían de desempeñarse en la industria⁹. En este

⁷ Op. Cit en nota 1

⁸ Bruno Veneziani en “La evolución del contrato de trabajo” su contribución a “La formación del DT en Europa. Análisis comparado de la evolución en nueve países hasta el años 1945 (Bob Hepple Comp), citado en nota 3, dice en página 79 que ninguna rama del ordenamiento jurídico ha podido demostrar mejor el acierto de la afirmación de Maine, según la cual el movimiento definitivo hacia adelante de las sociedades progresistas coincide con el paso de una situación definida por el status a una situación regulada por el contrato

⁹ En referencia a la experiencia británica, Antonio Ojeda dice que “...una nueva figura contractual que surgiera en tal momento debería atender a las necesidades de los fabricantes de disciplinar fuertemente el trabajo de una

esfuerzo de estilización, esos recaudos de disciplinamiento no son sino los que provee la *dependencia o subordinación* que el propio contrato de trabajo, con fundamento último en la manifiesta desigualdad de sus sujetos, hace posible¹⁰.

El derecho del trabajo ha de partir pues de esta notable contradicción que nace con el advenimiento del contrato; conviven en él el *contrato-libertad* junto al *contrato-sometimiento*. El contrato implicó, como queda dicho, el luminoso reconocimiento del trabajador como persona libre, habilitada para decidir sobre la puesta a disposición de su capacidad de trabajo, pero al mismo tiempo lo colocó en condiciones de sometimiento¹¹.

Tal vez como consecuencia de esa contradictoria convivencia, el derecho del trabajo, a partir de su centro histórico de imputación, que es el contrato así configurado, puso en evidencia la ineptitud radical de este último para hacerse cargo por sí de la función de regular la relación resultante, *e incorporó una tipología de acciones tendientes a imponer ciertos límites al sometimiento*, de límites por tanto al ejercicio de la problemática autonomía de la voluntad¹². Contra la idea de que ello implicaba la necesidad de abandonar la perspectiva contractual por formalista y patrimonial¹³ pareciera que lo que se produce es la constatación de *la insuficiencia de la perspectiva contractual*, y la búsqueda del modo de completarla mediante la introducción de esos límites y restricciones *que cada sistema jurídico – cada idea particular del derecho del trabajo - realizaría a su manera*.

masa de personas sobre todo cuando vivían en condiciones explosivas y dedicados a una actividad que requería una gran sincronización por efecto de la división del trabajo... condiciones que se daban ya en UK desde 1750, con gran antelación a los demás países europeos...” (“La genealogía del contrato de trabajo”, En Revista Española de Derecho del trabajo No. 135 páginas 533-555.

¹⁰ Como señala Bruno Veneziani en op. y loc. cit. en nota 8, si bien el contrato liberó al trabajador de la tela de araña de la regulación policial en la Europa continental y de las Master and Servant Laws en Gran Bretaña, lo sujetó al poder del empleador para regular su vida laboral, poder que, sostiene, se ocultaba bajo el disfraz del contrato. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, proveniente en este caso de las categorías del derecho civil, dijo lúcidamente Muriel Fabre-Magnan que la función de la dependencia, es la de servir de sustituto de la desposesión propia de los intercambios en los contratos civiles, pero inaccesible en el vínculo laboral en virtud del reconocido rasgo de la inseparabilidad de la persona y su trabajo (Fabre-Magnan, Muriel, “Le contrat de travail définit son objet”, en “*Le travail en perspectives*”, dirigé par A.Supiot, LGDJ, París, 1998, p 101-124).

¹¹ Alain Supiot en “Por qué un derecho del trabajo” (Documentación Laboral Núm. 39 1993-1, páginas 11 y sges., en particular, pág. 19) afirma que en el derecho del trabajo, a diferencia del derecho civil, la voluntad no se compromete, sino que se somete. Compartiendo esa lúcida precisión, y apenas parafraseándola, yo diría que la contradictoria dimensión del contrato de trabajo implica *que la voluntad del trabajador al mismo tiempo y de modo indiscernible, se compromete y se somete*.

¹² Problemática, porque si bien es un valor del que no se puede prescindir desde la perspectiva de la libertad, conlleva también elementos de disvalor, ahora desde la del sometimiento que pone en cuestión aquella misma luminosa condición.

¹³ Es lo que sostiene Antonio Baylos en “Derecho del trabajo, modelo para armar” Ed. Trotta, Madrid 1991. En sentido análogo, Otto Kahn-Freund sostiene que el sistema liberal exige que las situaciones de subordinación aparezcan como relaciones de coordinación entre seres libres e iguales; necesita por tanto que un acto de sumisión se presente bajo la máscara de un contrato (en “Trabajo y Derecho”, traducción de la tercera edición en inglés de “Labour and the law” (Paul Davies y Mark Freedland, eds.) publicada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, Madrid, 1987

La construcción histórica elemental del Derecho del trabajo descansa, pues, sobre una fórmula compleja y paradójica: *libertad + sometimiento + límites al sometimiento*¹⁴. Al derecho del trabajo le compete la difícil tarea de resolver una compleja situación. “En el reino de los fines, todo tiene un precio o una dignidad: el hombre tiene una dignidad”¹⁵; el hombre tiene una dignidad y el trabajo tiene precio. Nada fácil resolver esa contradicción en relación a un fenómeno – el del trabajo humano – que es inseparable del hombre que lo presta.

Para completar la idea, podría decirse que *la idea original del derecho del trabajo* transita el tiempo como una suerte de arbitraje o composición entre las dos inseparables vertientes del contrato de trabajo: el *contrato libertad* y el *contrato sometimiento*, y se diferencia de la idea dominante en el ámbito del derecho civil en que en aquél – en el derecho del trabajo – lo que predomina es la presencia indiscerniblemente entremezclada de los componentes de voluntad y libertad junto a los de dependencia y sometimiento. Desde una perspectiva que admitimos sublimada, pero que sirve a nuestro propósito de estilización, lo que el derecho del trabajo persigue, ya en diferenciadas expresiones jurídicas que consideraremos enseguida, es *el reconocimiento del nivel óptimo de libertad compartida* (sobre lo cual, demás está decirlo, las diversas posiciones, por razones ideológicas, de intereses sectoriales o de otra naturaleza, suelen divergir de modo abrumador). Si ello fuera así, el debate de siempre en torno del derecho del trabajo no tendría otro objeto que el de establecer *cuál es el nivel óptimo de libertad compartida*.

4. Las ideas particulares del derecho del trabajo

Si hasta allí llega *la idea básica, histórica* y más extendida del derecho del trabajo, sería válido afirmar que a partir de ella se distinguen las diversas *ideas particulares del derecho del trabajo* para cuya delimitación y reconocimiento no habría reglas universales: según el grado de agregación/o desagregación con el que se pretenda practicar su análisis, esas *ideas particulares* podrían recortarse por países (por cada país), por grupos de países de configuración regional u otro criterio de agrupación, por sistemas jurídicos, etc.

¹⁴ En palabras de Sinzheimer (“La esencia del Derecho del Trabajo” en “Crisis Económica y Derecho del Trabajo. (Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo)”, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Colección Estudios e Investigaciones, MTySS Madrid 1984, página 71, el derecho del trabajo expresa un itinerario: desde el hombre como cosa, al derecho civil en que el hombre es reconocido como sujeto de relaciones de igualdad, para culminar en el derecho social, en que el hombre es acogido en su condición de desigualdad

¹⁵ Es el modo en que Sinzheimer cita y evoca a Kant en op. óp. y loc. cit. en nota anterior

Todas esas *ideas particulares* se hacen cargo, como se anticipara, de la función de limitar el sometimiento. Varían sin embargo las fuentes e instrumentos técnicos de su realización.

Por ejemplo:

1. En el sistema continental, es la ley, experiencia jurídica primaria y dominante en el mismo¹⁶ (aunque la autonomía colectiva, en medida diversa, acompañe su ejercicio).
2. En el sistema comunitario alemán, también la ley, pero junto a una presencia dominante de las comunidades profesionales.
3. En el sistema del *common law*, el abstencionismo del legislador y del juez, reemplazado por el voluntarismo de los sindicatos¹⁷, en un contexto de reglamentación del fenómeno colectivo – es el caso de los Estados Unidos de América - o sin ella¹⁸.

Es válido sugerir que esa diferencia original en fuentes e instrumentos así como en los demás elementos constitutivos de los diversos derechos del trabajo vigentes en el mundo, caracterizan a las que llamé *ideas particulares del derecho del trabajo*, más allá de su mayor o menor grado de difusión o generalización en su implantación; esto es, por muy generalizado que esté uno de esos elementos – una técnica, una función, un contenido en varias o hasta muchas de las *ideas particulares del Derecho del trabajo* - no alcanza la dimensión de “quasiuniversalidad” que sí poseería aquella que denominamos “*idea básica o histórica*” del derecho del trabajo. Esas *ideas particulares* han sufrido históricamente desafíos idénticos, similares o singulares; en todos los casos, sus respuestas han sido variadas, a veces coincidentes, a veces muy distintas¹⁹.

Resta decir que, a mi juicio, las diversas *ideas particulares del derecho del trabajo*, en su mayoría incluyentes de la que denominamos *idea histórica del derecho del trabajo*,

¹⁶ Ver Luis Diez Picazo, “Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho”, Ariel, Barcelona 1973

¹⁷ Ver, Otto Kahn Freund en óp. y loc. cit. en nota 13

¹⁸ En el caso de la “idea particular” británica, el objetivo central del derecho del trabajo se concreta en el mantenimiento de un equilibrio entre empresarios y trabajadores garantizando la plena operatividad del un sistema autónomo de negociación colectiva, al margen de la intervención tanto de los gobiernos como de los jueces.

¹⁹ Desde el comienzo mismo del desarrollo del derecho del trabajo – y con mayor rapidez a partir de los desafíos del último cuarto del siglo XX - todos los derechos del trabajo han experimentado desafíos similares (últimamente por ejemplo, economy claims, the changing of the dominant ideological paradigms, the clamour of markets deeper internationalization, new hard and organizational technologies re work and production, new ways of hiring and including huan labour, among others), y antes otros singulares según los países , vinculados, por ejemplo con su diverso grado de industrialización, el modelo de estado, el tipo de fenómenos colectivos dominantes, la impronta ideológica de los fenomenos sociales y la lógica jurídica prevaleciente (Hepple, en op. y loc. cit en nota 3). Por lo tanto, desafíos planteados de formas diferenciadas o coincidentes, y respuestas no siempre iguales

exhiben una diversa proclividad a apartarse de la misma²⁰ lo cual, nos ha parecido, obedece a la diversa condición de ciertos elementos presentes en aquellas *ideas particulares*.

A continuación, procuraré deliberar sobre esos rasgos definitorios que, en adición a los que forman parte de la *idea básica o histórica del derecho del trabajo*, están presentes en el sistema jurídico continental, por mucho que sobre algunos de esos rasgos puedan justificarse reflexiones análogas en otros sistemas jurídicos, otras *ideas particulares* del derecho del trabajo.

5. De nuevo sobre el contrato

Anticipamos nuestra convicción de que *el contrato de trabajo es la piedra fundamental sobre la que se erige el derecho del trabajo*²¹; sin embargo, habrá que admitir que el contrato marca el punto de partida del Derecho del trabajo, pero no alcanza para definirlo.

Esa centralidad del contrato es congruente con la constitución de una sociedad que instaure la igualdad entre los hombre y valoriza los acuerdos de voluntad en libertad²². El contrato de trabajo puso al trabajador al margen de las regulaciones policiales que imperaran hasta entonces en la Europa Continental y de las Master and Servant laws en Inglaterra²³, pero al propio tiempo colocó al trabajador en una singular condición de dependencia/sujeción/sometimiento respecto de su empleador. Sería pues, para algunos, un logro falso, pues la libertad de contratación nunca estuvo de verdad disponible. No comparto esa visión tan excluyente; más que un “logro falso” se trata, a mi juicio, de una *realización incompleta*, pues el componente de libertad que en efecto tiene se revela, sin embargo, insuficiente para materializar un vínculo entre iguales.

El contrato de trabajo significa libertad en la medida en que expresa el poder del hombre sobre sí mismo para comprometer sus esfuerzos, pero implica también sometimiento en cuanto hace posible el predominio del mayor poder de un hombre sobre otro. *El derecho del trabajo asume la compleja tarea de armonizar aquel factor de libertad, al que habilita,*

²⁰ Así lo sostuvimos a modo de hipótesis en. óp. cit. en nota 1.

²¹ Dice Alain Supiot en “Un faux dilemme : la loi ou le contrat? Droit Social No. 1 Janvier 2003, page 59. « Ce droit (le droit du travail) est né de l’irruption du travail dans la sphère du contrat. Arraché aux disciplines des corporations, le travail est devenu un objet d’échange dès 1789 et la contractualisation des relations de travail est donc de ce point de vue une chose aussi ancienne que fondamentale... »

²² Conf. Veneziani, Bruno, en op.cit. en nota 9.

²³ Véase Deakin, Simon and Frank Wilkinson (2005) “The law of the Labour Market. Industrialization, employment and legal Evolution” Oxford University Press, Oxford.

con este último factor de sometimiento, que, como se expresara antes, procura limitar. No es, por lo tanto, que el derecho del trabajo abandone la perspectiva contractual²⁴, sino que reconoce su singularidad y, precisamente por ella, su *insuficiencia* para contener por sí vínculos tan sensibles. Procura entonces completarla, lo que, como señalaremos luego, se realiza por medio del conjunto de técnicas que procuran realizar la redistribución de los poderes y, en algunas *ideas particulares*, sirviéndose de la incorporación de la perspectiva comunitaria a modo de fundamentación, lo que deriva en esos casos en la construcción del híbrido contractual-comunitario evocado por Supiot²⁵.

Vale la pena, por tanto, insistir en que *el contrato de trabajo y su limitación son parte inseparable de aquella idea histórica*. El fenómeno colectivo, que pese a su amplísima difusión se integra mejor a las que llamara *ideas particulares del derecho del trabajo*, no enerva aquella centralidad; bien por el contrario, agrega más contrato y más limitaciones (se somete a las limitaciones impuestas por la ley, impone las propias al contrato individual).

6. A su interior, la idea de dependencia

A partir del reconocimiento del contrato, se afirma la constante teórica de atribuir al Derecho del trabajo la condición de ser *un sistema de reglas aplicable a las relaciones de trabajo dependiente*²⁶, con la singularidad de tratarse del único vínculo que coloca, aunque sólo sea por necesidad institucional, a un sujeto bajo la dependencia de otro sujeto²⁷ y que legitima de tal modo una caracterizante condición de inferioridad²⁸.

Miremos con algo más de atención la idea de la *dependencia laboral*. Aún consciente de que se corre el riesgo de encerrarse en la estrechez inevitable de las simplificaciones, me parece válido caracterizar el proceso de construcción del concepto de dependencia laboral como el producto del reconocimiento de las notas que caracterizaran históricamente el modo

²⁴ Ese abandono era sugerido por Baylos en “Derecho del trabajo, modelo para armar”. Ed. Trotta, Madrid 1991 imputándole a la perspectiva contractual un carácter “formalista y patrimonial” en tanto implica el reconocimiento de la pérdida de libertad.

²⁵ En Supiot, Alain, (2004) *Le droit du travail*, PUF (Que sais-je) Paris

²⁶ Desde los albores, el propio Sinzheimer, en op.cit en nota 14. Más recientemente, y por todos, Antoine Jeammaud, “Le droit du travail en proie aux changements” (texte destiné a un ouvrage collectif sur les changements du droit sous la direction de Michel Miaille, à paraître en 1997 dans la Collection Droit Et Société à LGDJ

²⁷ Ver, Francesco Santoro Passarelli (1963) “Nociones de Derecho del trabajo “ Traducción de la 14ava edición italiana por Fernando Suarez González)

²⁸ La idea de “dependencia” de Sinzheimer es producto de la concepción de Marx y de Renner en el sentido de que la propiedad capitalista implica una dominación sobre los seres humanos (Bob Hepple, su Introducción a “La formación del derecho del trabajo en Europa” (Bob Hepple, comp.) Análisis comparado de la evolución de 9 países hasta el año 1945. Colección Informes y Estudios, MTySS, Madrid 1994)

en que el típico trabajador industrial y el titular de la organización productiva se vincularon en el marco de la primera revolución industrial. Dicho de otro modo, primero fue el vínculo (¡vaya evocación aristotélica!) y sólo después la construcción teórica del concepto, que se sirve de los contenidos fácticos que se reconocen en cada una de esas relaciones individuales típicas, se reproducen a modo de constante en las del mismo tipo y se transfieren inductivamente a niveles superiores de abstracción, configurando de ese modo una “matriz” de referencia que no sería sino la proyección – la réplica - conceptual y abstracta de la figura material y concreta del trabajador industrial subordinado

Desde allí, la determinación de la existencia de relación de dependencia en cada vínculo concreto es el producto de su cotejo y ajuste con esa “matriz” o como de modo menos mediatizado (y anticipando la “expansión” conceptual que en seguida describiré) propone D’Antonna²⁹ “...más próximo a un juicio de semejanza, caso por caso, al figurín de un trabajador subordinado reconstruido empíricamente, que al juicio de inclusión en un tipo legal”.

Hay que decir, además, que esa *matriz* implicaba también *una estilización del tipo social dominante* que habría de permitir la inclusión ulterior de otros sujetos demandantes de protección³⁰ haciendo posible la tendencia expansiva del derecho del trabajo,

Pese a aquella condición de desigualdad implícita en el vínculo de la dependencia laboral, el transcurso del tiempo y el avance de las ideas sociales no alcanzaron para abolirla, sino apenas para mejorar el diseño de los límites que la restringen, *una de cuyas manifestaciones más recientes es, sin dudas, el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona en el trabajo*. A mi modo de ver, los modernos discursos de abolición de la dependencia, radicados principalmente en una muy buena literatura anglosajona del derecho del trabajo³¹, no logran desplazarla más que argumentalmente, pues

²⁹ En D’Antonna, Massimo, “La subordinazione e oltre. Una teoría giuridica per el lavoro che cambia”, in *“Lavoro subordinato e dintorni. Comparazione e prospettive”*, a cura di Marcello Pedrazzoli, Ed. Il Mulino, Trento, 1989, p 43.

³⁰ Trabajadores del comercio y otros servicios, trabajadores agrícolas, trabajadores del servicio doméstico, del sector público, etc. Para Rodríguez Piñero (en *“Contrato de trabajo y autonomía del trabajador”*, registrado en “Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo”, Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán, Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid 1999), esa separación del modelo social (*la estilización a la que vengo de referirme*) posibilitó construir una categoría general y universal de trabajador extremadamente amplia, que desborda y supera la esfera inicial del obrerismo industrial, “...aunque este siga siendo por mucho tiempo el modelo ideológico de referencia”.

³¹ See Freedland, Mark and Kounturis, Nicola, (2011) “The Legal Construction of Personal Work Relations”, Oxford Monographs on Labour Law, OUP; Freedland, Mark, (2007) “Developing the European comparative law of personal work contracts”, in, 28-3 Comp. Lab. L. & Policy J. 487; Deakin, Simon, “Does the “Personal Employment Contract” Provide a Basis for the Reunification of Employment Law” *Industrial Law Journal* Vol. 36 No. 1 March 2007 págs. 68-83; Linder, M (1999), “Dependent and Independent Contractors in Recent U.S.

ella subsiste aún en la realidad de manera dominante, aunque tal vez expresándose de modos diversos. *Más bien me parece que lo que sucede es que no acertamos aún a reescribirla de un modo más próximo a algunas de sus expresiones más actuales.*

Así concebida la dependencia, y denotada por esa evocada condición de inferioridad (del trabajador), se hace evidente que el propio ordenamiento que la legitima - puesto que si bien el derecho no la crea, sí la reconoce y convalida - debe darle un tratamiento que parezca apropiado, tras constatar la inutilidad de los auxilios comunes del derecho privado informados por la idea de la igualdad de sus sujetos. De allí pues – de la idea de desigualdad y consiguiente inferioridad del prestador del servicio - el reconocimiento de un interés público superior en la observancia del derecho del trabajo y la consiguiente necesidad de incorporar técnicas más cercanas al derecho público, como lo son el carácter imperativo de las normas, la idea de orden público y, en fin, la intervención activa del estado³². Huelga decir, además, que hay también una secuencia lógica entre la dependencia/sometimiento, la respuesta colectiva y los sujetos colectivos que participan en su formulación, ideas que se explican recíproca y sucesivamente.

Es válido poner en duda, cuanto menos a modo de hipótesis, que la oposición trabajo dependiente/trabajo autónomo tenga una virtualidad determinante y definatoria del derecho del trabajo³³ que le cierre en los tiempos por venir a la inclusión de formas de trabajo que no se ajusten a aquel modelo teórico, por mucho que sea cierto que el evocado tipo de la dependencia haya sido dominante en la concepción histórica del derecho del trabajo. La fórmula que constituyera el presupuesto de aplicación del orden de protección [trabajo humano + subordinación jurídico-personal] *implicaba de hecho la diferencia de poder contractual a la hora de la fijación y conservación de las condiciones de empleo pues así se presentaba el tipo dominante.* En un ejercicio elíptico, también pragmático, se “hacía pie” en la faceta jurídica de la dependencia, la más aprehensible, para llegar, en realidad, al fenómeno

Labor Law: An ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness” 21 Comp. Lab. L. & Policy J.187. These authors’ constructions differ from one another, and so do their respective conceptions of the path labour law should take – in some cases they are even contradictory; however, all of them coincide in calling into question the traditional idea of subordination and contract of employment, and that is what is worth pointing out here within the framework of the hypothesis constituting the object of this reflection. Up to now, the law does not seem to have come this far: the British figure of the ‘worker’ as a subject enabled to access some rights (its conceptualization in G Davidov, ‘Who Is a Worker?’ (2005) 34 Indus LJ 2005, 57 and of the dependent contractor in Canada, seem – mutatis mutandis – rather to recall the idea of the ‘quasiddependent’ worker of the continental experience).

³² Dice Sinzheimer en. óp. y loc cit. en nota 14 que “...el Derecho del Trabajo abre una brecha en el sistema de derecho tradicional, al eliminar la desunión entre derecho público y derecho privado y, junto al ordenamiento jurídico de las cosas, introduce un ordenamiento jurídico de las personas en el conjunto del Derecho”.

³³ Carácter definatorio que le atribuía Alain Supiot en “Introducción a las reflexiones sobre el trabajo” International Labour Review vol. 115 (1996) núm. 6 pag. 665

siempre implícito del desequilibrio de los sujetos del contrato, manifestación conspicua de la desigualdad económica. Sí el tipo así configurado tendiera a perder su carácter dominante, conservaría *apenas la condición de ser una de las variantes* en las que se manifiesta la fórmula que de verdad convoca la necesidad de un sistema de protección: [*trabajo humano + desigualdad contractual*]. Fórmula ésta, hay que decirlo, que nada tiene de novedosa y que constituiría el rasgo verdaderamente definitorio. La necesidad de protección siempre tuvo su más profunda fundamentación en los términos de ese binomio; *lo novedoso (lo que hoy es posible advertir) es que la desigualdad contractual no necesariamente ha de encontrar por siempre en la faceta jurídica de la dependencia su más visible “alter ego” material, su condición de eficaz criterio intermediario*³⁴.

Mientras tanto, será difícil no advertir, un cierto proceso que yo llamaría del *debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo*, producido por ciertos fenómenos convergentes como los de *informalidad, deslaboralización*³⁵, *desintegración vertical de las empresas, fraude y huida (no siempre fraudulenta) del derecho del trabajo, preferencia por el trabajo autónomo, multiplicación de las relaciones ambiguas* entre otros fenómenos, que conllevan una gradual pérdida de representatividad del tipo dominante, todo lo cual produce un proceso de contracción del ámbito personal del derecho del trabajo.

7. El derecho del trabajo y la redistribución del poder

Porque el trabajador se encuentra sometido a una relación desigual, *el empleador goza desde los albores del Derecho del trabajo de poderes de los que el trabajador carece*. No es, por cierto, el ordenamiento legal el que los consagra; le preexisten y, como tantas veces se ha dicho, el derecho del trabajo no hace más que reconocerlos...para someterlos a sus técnicas de limitación³⁶. Los poderes del empleador, por tanto, forman parte de la configuración básica

³⁴ Con esa capacidad de anticipación que no termina nunca de sorprender, decía Deveali ¡hace casi 50 años! (Revista Derecho del Trabajo 1953 pág. 53), que “...es nuestra opinión que *el concepto de subordinación jurídica...está destinado a desaparecer...*”. Esa predicción no se fundamentaba en la posición relativa de los astros, sino en la idea de que “...el concepto de subordinación jurídica adoptado para caracterizar el contrato de trabajo no coincide siempre con el de hiposuficiencia, que constituye la verdadera ratio de la legislación laboral...” Léase: cuando ya no se verifique de modo sistemático la dominante coincidencia fáctica entre la desigualdad económica y la subordinación jurídica, este último criterio perderá su eficacia calificatoria; en ese momento (¿ha llegado ese momento?) habrá que “barajar y dar de nuevo”.

³⁵ Neologismo que significa tratar - en la ley, en los convenios colectivos - a un vínculo dependiente como si no lo fuera.

³⁶ Dice Ojeda Avilés en “El nacimiento del contrato de trabajo en el siglo XIX”, Revista Derecho del trabajo (Buenos Aires, Ed. La Ley) núm. 2, 2011, pp. 235 a 246 que ese nacimiento obliga a reconocer dos aspectos importes: el primero, que lo medular en él es el poder jerárquico ejercido por el empresario sobre los

del derecho del trabajo y constituyen fundamento de algunos de sus rasgos definitorios, como lo es el que examinamos en esta sección.

Casi con la pretensión de volver sobre la *idea básica e histórica del derecho del trabajo*, podría a esta altura formularse una suerte de corolario dogmático que de algún modo la exprese y la complete: el derecho del trabajo es un derecho basado a. en la desigualdad como presupuesto fáctico; b. en la *igualdad en dignidades* como contrapartida axiológica y c. en la construcción de equilibrios como instrumento de realización.

Hay un generalizado consenso, en efecto, en el sentido de que el derecho del trabajo apunta a la *construcción de equilibrios*³⁷, en un contexto en que la *igualdad* es fundamento axiológico pero de ningún modo objeto de posible realización entre las partes del contrato de trabajo, desde que, como sabiamente se ha apuntado, el ordenamiento tiende a la conservación del orden establecido³⁸. Resta agregar que la construcción de ese equilibrio estructural no es nada simple, puesto que debe articularse con otro, que en verdad también lo compone, según el cual el sistema debe garantizar además un equilibrio entre la libertad de empresa y su capacidad productiva y la protección del trabajo asalariado³⁹.

Entendido que el contrato de trabajo establece una relación de poder, parece evidente que el modo de realizar el equilibrio perseguido, consiste en producir una redistribución de las energías de poder existentes al interior de ese vínculo que, en la lógica de las "*ideas particulares*" del derecho del trabajo, cada ordenamiento realiza de un modo diverso⁴⁰.

¿Cómo se lleva a cabo esa redistribución de poderes?

En el marco de la relación individual, se trata de expropiar poder de negociación del empleador, mediante normas de límites que cada sistema vehiculiza en sus propias fuentes y recursos: límites en la fijación de condiciones de trabajo y límites también en el ejercicio de los poderes que detenta el empleador (entre ellos, los de dirigir y organizar la empresa, aplicar sanciones, especificar y variar condiciones de trabajo, reglamentar). Otras técnicas para el mismo espacio proponen dotar al trabajador de una mejor posición relativa del poder mediante, por ejemplo, la facilitación del acceso directo al beneficio retaceado, el incremento

trabajadores; el restante, que el contrato de trabajo surge para poner de relieve tal aspecto y, a renglón seguido, procurar un equilibrio real mediante contrapoderes internos al contrato.

³⁷ Por todos, Manuel Carlos Palomeque López en "La función y la refundación del DT", publicado en Relaciones Laborales (Madrid) Año XVI, Núm. 13, 8 de julio de 2000 pág. 21 sgtes.

³⁸ Conf. Otto Kahn Freund, en op. y loc. cit en nota 14.

³⁹ Conf. Palomeque en op. y loc. cit. en nota 37.

⁴⁰ Alain Supiot en "Introducción a las reflexiones sobre el trabajo" en Revista Internacional del Trabajo vol. 115 1996 núm. 6 pág. 657 y sgtes. evoca el modo en que los ordenamientos francés y alemán conciben la redistribución de los poderes (lo citamos aquí sólo para ilustrar esas diversidades): el enfoque francés plantea, hoy como ayer, el problema en términos de derechos personales garantizados por el poder público; el alemán, como producto de la actuación de las comunidades organizadas.

de multas e indemnizaciones en favor del trabajador y a cargo del empleador que agrede en represalia, la nulidad absoluta de los actos realizados en fraude a la ley, la posibilitación de la reversión de los que se hubieran cometido⁴¹.

En el marco de lo colectivo la redistribución de poderes se materializa en el reconocimiento de la acción colectiva – ya un modo de legitimar una manifestación conspicua de poder – y en la promoción del poder del sindicato mediante variados instrumentos.

En el espacio de lo procesal se expresa en la consagración de una jurisdicción especial que incorpora los principios de protección, en la mejora de la posición probatoria del trabajador (presunciones, apreciación en favor del trabajador de las formas omitidas), en la evitación de las restricciones económicas mediante la técnica de la gratuidad (litigar sin gastos, eximición de costas, comunicaciones sin costo), en la no admisión de acuerdos que implican renunciaciones, en la reivindicación de la realidad por sobre los acuerdos o las calificaciones.

En lo administrativo, por fin, controlando y sancionando los incumplimientos del empleador, restringiendo los acuerdos transaccionales o liberatorios legalmente impropios, etc.

8. Un ordenamiento “bajo fuego” que se configura para la resistencia

No es más que una obviedad afirmar que el Derecho del trabajo es un derecho “bajo fuego” por lo menos en dos frentes.

Se le ataca, en efecto, desde la perspectiva de su misma legitimidad teórica. Muy sintéticamente, de su compatibilidad con los criterios de eficiencia y flexibilidad y con el funcionamiento adecuado del mercado de trabajo y el empleo y de los mercados de productos. Se alude, entre otros déficits, a las asimetrías que provoca entre “*insiders* y *outsiders*”, entre otras imputaciones no menos conocidas. Desde esa perspectiva, se alega que los mercados de trabajo (internos y externos), se equilibran mediante ajustes de cantidades (oferta y demanda de trabajo) o de precios (salarios), y, preferiblemente, de unas y otros, y funcionan mejor cuanto más rápido esos ajustes responden a los cambios en los mercados de productos y a las situaciones de crisis; en ese marco, las regulaciones laborales se perciben como factores de interferencia

⁴¹ Está claro que las técnicas que instrumentan la resistencia a la elusión también forman parte de este entramado orientado a la redistribución del poder, pero asumen además una dimensión tan propia y extendida que justifica que se las reconozca, además, como expresión de otro de los rasgos identificatorios del Derecho del trabajo; vuelvo sobre ellas enseguida.

que perturban la espontánea adecuación de oferta y demanda en el mercado y, en concreto, como costos que deben controlarse y limitarse y, en cuanto sea posible, suprimirse (desregular).

Todo ello forma parte de un debate teórico, económico, filosófico y político que no tenemos la intención de abordar hoy.

Hay otro frente de ataque, ahora no teórico sino más bien directamente operativo. Se ataca sistemáticamente al derecho del trabajo para neutralizar su efectividad⁴² y su eficacia. Junto a su *debilitamiento normativo* que se procura por medio de las demandas de flexibilidad y desregulación – de la reducción de su intensidad regulatorio - se procura desde tiempo inmemorial su *debilitamiento aplicativo*⁴³ mediante la limitación de la significación, el poder y las competencias de los actores que tienen a su cargo la aplicación del derecho del trabajo y de la protección social (ministerios de trabajo, inspección del trabajo, tribunales especiales, etc) y de los propios actores sociales (debilitamiento y pérdida de influencia de los sindicatos), junto a estrategias más directamente elusivas como el fraude laboral, la desintegración vertical de las empresas, la huida del derecho del trabajo y otros modos de sustraerse a la aplicación efectiva de sus normas.

No me parece que otros ordenamientos que relacionan sujetos privados en esa dimensión imperativa estén sometidos al mismo tipo e intensidad de los embates y desafíos.

Intensidad de la que tiene cierta aptitud explicativa el sistemático conflicto de intereses subyacente al fenómeno laboral en sí⁴⁴ que no existe en las diversas manifestaciones del derecho público – al que pertenecen buena parte de las normas imperativas – ni otros sectores del derecho privado⁴⁵. Tampoco nos parece que tenga en ello una incidencia menor el carácter “semiimperativo” (el de la “imperatividad relativa”) de esas normas, cuyos efectos restrictivos juegan sólo a favor de uno de los sujetos, atrayendo consigo energías de rechazo de parte del restante.

⁴²En “Droit du travail” (2000), Jean Pelissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, 20a. edición Précis Dalloz página 38 párrafo 41, consideran al derecho del trabajo como «un droit exposé a l’ineffectivité » Las normas del DT parecen particularmente expuestas a la ignorancia, al rechazo de su aplicación en un espacio privado donde se impone a menudo el poder no compartido del empleador.

⁴³Caractericé esos procesos de *debilitamiento normativo* y *debilitamiento aplicativo* junto con el de *debilitamiento subjetivo* en mi “Labour Subordination and the Subjective Weakening of Labour Law”, in “Boundaries and frontiers of labour law. Goal and means in the regulation of work”(Guy Davidov and Brian Langille, comps), Hart Publishing, Oxford, 2006.

⁴⁴ Uno de los “particularismos” señalados por Barbagelata en op C en nota 5.

⁴⁵El derecho de familia, por ejemplo, con toda su compleja institucionalidad no refiere un conflicto de esa centralidad; tampoco, al menos en la misma histórica dimensión, otras experiencias contractuales frecuentemente intervenidas por las normas, como pueden ser (en ciertas circunstancias, contenidos y contextos) el régimen de las locaciones, el de los mutuos o el de los seguros.

Es, en suma, un ordenamiento que reconoce y replica jurídicamente el conflicto de base y *que toma partido*, al menos en cuanto al modo de configuración de sus normas.

Todo ello tenga tal vez aptitud para explicar la intensidad de los embates que le afectan y de tal modo contribuyen a su *debilitamiento aplicativo* y, correlativamente y en lo que aquí nos interesa, sirve para justificar el *enorme aparato de resistencia – la riqueza y centralidad de su instrumental – que el derecho del trabajo ha incorporado y que a mi juicio ha alcanzado tal significación que se constituye en uno de los rasgos que denotan y definen el modo de ser de ese ordenamiento*.

Sólo a título ejemplificativo, cabe mencionar, como formando parte de la “tecnología” de ese *aparato de resistencia*, el principio de realidad y sus efectos, el fraude y la simulación erigidos como verdaderas “contrainstituciones” del derecho del trabajo y las técnicas desplegadas para limitarlos, junto a otras de función “antifraude”, las garantías especiales de los créditos de los trabajadores, la imposición de diversas formas de solidaridad pasiva entre diversas contrapartes del trabajador, la imperatividad del tipo contractual y las restricciones a la libre calificación de los vínculos, la nulidad de los actos transgresivos, las presunciones y otros mecanismos para facilitar la actividad probatoria del trabajador, los que se arbitran para desalentar y prevenir represalias contra el trabajador que ejerce sus derechos y, desde luego, en el plano externo a las normas mismas y en dimensión central, *la inspección del trabajo y la acción sindical de contralor*.

En síntesis, *junto a las técnicas utilizadas para operar la redistribución de los poderes, a las que antes hicimos referencia, el derecho del trabajo exhibe un enorme arsenal institucional concebido para asegurar la aplicación de sus normas que se constituye en un rasgo destacado y definitorio de ese ordenamiento y explica, en una miríada de leyes, reglamentaciones y mecanismos jurisprudenciales y administrativos, buena parte de su operatoria y, de consiguiente, de su “modo de ser”*.

9. La cuantificación y el elemento cuantitativo

La cuantificación de la prestación del trabajo es, condición de la posibilidad de concebir una noción abstracta del trabajo que permita su medición e intercambio en el mercado. Presente desde el advenimiento del capitalismo y de la necesidad de retribuir el trabajo libre, se exagera, dice Supiot, cuando sirve como instrumento de la idea de *mercado total* desde el último cuarto del siglo pasado, para fundar las políticas en consideraciones

puramente cuantitativas desprendidas de la posibilidad de la determinación dogmática de los valores implicados en la prestación del trabajo humano⁴⁶.

Pero mucho antes de este interesado ejercicio de maximización de la dimensión cuantitativa, la *cuantificación* fue técnica propia y frecuentemente dominante del sistema de protección laboral: la tarifación de buena parte de los derechos – el elemento cuantitativo del que hablaba Mario Deveali en la primera mitad de los años 50⁴⁷- tenía *también* por objeto facilitar el acceso a la tutela, evitando la de otro modo ineludible necesidad de acudir a los tribunales para establecer la cuantificación de los derechos. Si ello implica una facilitación en el acceso a los derechos, hay que reconocer que siempre sirvió también al objetivo, de prevalente interés empresario, de asegurar la previsibilidad y asegurabilidad de los costos, configurando también aquí una de las manifestaciones de la ambivalencia que desde una lógica funcional se atribuye a las normas del derecho del trabajo⁴⁸.

En manifestación de esa técnica, la norma laboral suele asignar de modo generalizado para amplias categorías de trabajadores mediante técnicas de tarifación; la norma civil típica – por ejemplo, en el derecho de daños – propone habitualmente criterios genéricos que requieren del acto judicial para el proceso de individualización de la solución que contiene⁴⁹.

La tarifación ha devenido de tal modo en *característica dominante* de muchas *ideas particulares del derecho del trabajo*; sin visualizar esa recurrente tendencia numérica – tarifación en dinero y/o en fórmulas matemáticas, en tiempos de cobertura, en tiempos de descanso, etc., no sería posible explicar ni entender muchos ordenamientos laborales.

Para concluir hay que decir que no necesariamente es la tarifación lo que merece estar en cuestión, sino las opciones de valor que se apliquen en cada caso para determinar sus términos y la legitimidad y justeza del modo en que se arbitran los intereses en juego.

10. La singularidad del sistema de fuentes y su componente colectivo

⁴⁶ See Alain Supiot (2010) “L’esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total” Seuil, páginas 59 y sgtes.

⁴⁷ Conf. Deveali, Mario L (1954), “El Elemento cuantitativo en las normas del Derecho del trabajo”, en “Estudios de derecho del trabajo en memoria de Alejandro M. Unsain”, Buenos Aires, Ed. Ateneo, páginas 123 y sgtes.

⁴⁸ Sobre la ambivalencia del Derecho del Trabajo, véase, entre otros, Jeammaud, Antoine (1980) en su contribución a “Le Droit capitaliste du Travail” Collection Critique de droit, Presses Universitaires de Grenoble. También en una cierta dimensión, G. Lyon-Caen en su: “Le droit du travail. Une technique réversible » donde expresa que “...le droit du travail est donc constitué de règles et d’institutions à double sens et toutes réversibles, qui peuvent coïncider avec les intérêts des entreprises ou des salariés selon qu’on les présente sous une face ou une autre...”; se trataría esta última de una versión « micro » del concepto más amplio de la ambivalencia que explica la histórica desconfianza del pensamiento marxista respecto del derecho del trabajo.

⁴⁹ En el ordenamiento común, la tarifación ha sido acogida con reservas, sin llegar a instalarse como una técnica generalizada pues, se sostiene, frustraría el principio de la reparación integral del daño.

El sistema de fuentes en sí

El sistema de fuentes es un elemento fundamental en la caracterización del Derecho del trabajo. En efecto, un ordenamiento laboral *es como es*, según cómo sea el modo en que se distribuyen sus contenidos entre sus distintas fuentes. En particular, si se le contempla desde la lógica continental, según el espacio que ocupan en especial tres de ellas: la ley (cuyo rol en el sistema continental es de la máxima significación), los productos de la autonomía colectiva y el contrato individual de trabajo.

Tan es ello así, que las tendencias de cambio del ordenamiento laboral suelen implicar una cuestión de fuentes. Las relativamente recientes – y todavía actuales – demandas de *flexibilidad* lo ponen dramáticamente de manifiesto, desde que como tantas veces se ha dicho, implican una presión sistemática orientada a restar contenidos a la ley (“flexibilizarla” y en su expresión máxima, suprimirla) para trasladarlos al ámbito de la autonomía colectiva, y en las variantes más acentuadas, restar contenidos a la ley y a los convenios colectivos para abrir espacios mayores para el ejercicio de la autonomía individual; prácticas todas ellas conducentes al que líneas arriba evocáramos bajo la designación de “debilitamiento normativo” del derecho del trabajo.

Desde esa perspectiva, creo que el sistema de fuentes puede denotarse mediante una serie de continuos, y un determinado sistema nacional describirse y caracterizarse por el lugar que le sea propio al interior de cada uno de ellos. Esos continuos son, entre otros seguramente posibles:

- a. Precisamente, el del modo en el que se distribuyen sus contenidos entre la ley, el convenio colectivo y el contrato individual; por cierto, no cualquier posición en ese continuo es compatible con la *idea histórica* y con algunas *ideas particulares* del derecho del trabajo.
- b. El continuo entre Estado y contrato (más contrato implica menos intervención estatal y viceversa); el sistema continental, por ejemplo, se coloca en un punto incluyente de más ley, mientras que el *common law* refiere más contrato.
- c. Todavía en la relación entre estado y contrato, el continuo que va desde la más amplia asunción por parte de la ley de contenidos sustanciales y la mera fijación legal de reglas de procedimiento para derivar en la autonomía la determinación de aquellos contenidos (proceso llamado mediante un anglicismo, *proceduralization* o *proceduralización*)

- d. El continuo entre el máximo de centralización y el máximo de descentralización de sus diversas fuentes
- e. El continuo que va desde el grado máximo al mínimo de la influencia internacional, medida en la vigencia y acatamiento de las normas internacionales del trabajo y demás expresiones del derecho internacional del trabajo.

Desde una perspectiva funcional, es pertinente señalar una singularidad - tal vez la más marcada - del sistema de fuentes del derecho del trabajo: es, ante todo, *un sistema de limitaciones a la autonomía de la voluntad (de la individual, generalmente, y también de la colectiva, en los ordenamientos de raíz continental)*. Es en él donde se realiza normativamente el ejercicio de la redistribución de los poderes del que me ocupara líneas arriba.

El fenómeno colectivo y las fuentes

Ese esquema de limitaciones determina que al momento de elegir la norma aplicable – al momento de operar el orden de prelación de las normas – hemos de recurrir siempre *a la norma de jerarquía menor que establezca el mayor beneficio para los trabajadores alcanzados*. Desde luego, esa prelación de las normas de menor jerarquía no implica en modo alguno el abandono del criterio jerárquico; por el contrario, si ese es el orden de prelación es porque es el que (implícitamente) prescribe en cada caso la norma de jerarquía superior al configurarse como una norma de *imperatividad relativa*.

Desde luego, el sistema de fuentes del derecho del trabajo debe mucho de su singularidad y también de su siempre recordado carácter plural a los fenómenos propios de la acción colectiva y de su marco jurídico (el derecho colectivo del trabajo). Es precisamente de ese orden de relaciones que puede afirmarse que si el trabajador está subordinado al poder del empresario (aspecto que consideramos más arriba), este último es, al propio tiempo, un poder coordinado con el de las organizaciones sindicales. De este modo las obligaciones mutuas entre empresario y trabajador se establecen unilateralmente por el empleador, bilateralmente por la negociación colectiva y finalmente, de modo imperativo para uno y otro espacio por obra de la ley⁵⁰.

Desde luego, el fenómeno de la acción colectiva es absolutamente determinante, en general, en la configuración del derecho del trabajo y, en particular, en la del sistema de fuentes que ahora nos ocupa. Es, por cierto, el rol del fenómeno colectivo como *aparato productor de*

⁵⁰ Ver Otto Kahn-Freund en opy loc. cit. en nota

*una tipología normativa, lo que contribuye a la más nítida singularización del derecho del trabajo pero, hay que decirlo, es también su aporte a la afirmación de la eficacia de la ley que “...en todas partes...depende de los sindicatos mucho más de lo que estos dependen de la eficacia de aquellas”*⁵¹

Es sobre todo merced al fenómeno colectivo que puede afirmarse que el Derecho del trabajo dista de ser sólo un producto de la actuación de los poderes del estado, para serlo también de los agrupamientos profesionales (de sindicatos y empresarios), de los reglamentos de trabajo impuestos por los empleadores dentro de los límites fijados a sus poderes, de los usos y costumbre de los sindicatos, etc. *No está demás apuntar la paradójica configuración de un ordenamiento como el Derecho del trabajo, íntimamente penetrado por la intervención estatal, el orden público y otras manifestaciones del derecho público, que sin embargo tiene una presencia destacada y en algunos sistemas, dominante de la participación de sujetos privados en la formación de sus sistemas de fuentes.*

Para terminar

Resta decir que este ejercicio de reconocimiento teórico e institucional que venimos de practicar no tiene un interés puramente descriptivo; por el contrario, saber cuáles son esos rasgos definitorios sirve para “medir” la incidencia de los procesos de transformación en curso desde hace algunas décadas, en el entendimiento de *que si estos últimos operan sobre esos rasgos, los cambios resultantes han de ser más sustantivos y radicales – el derecho del trabajo que cambia, cambia entonces de modo más íntimo y profundo – que si las transformaciones operaran sobre otros rasgos que, por importantes que sean, pueden considerarse meramente contingentes o menos estructurales.*

Esos *rasgos definitorios* constituyen, por otra parte, otras tantas claves de comprensión del derecho del trabajo⁵² que permiten transitarlo por sus señas de identidad más profundas y arraigadas.

En fin, más allá del mayor o menor acierto logrado en la identificación de algunos de esos *rasgos definitorios* del Derecho del trabajo – más bien, de una de sus *ideas particulares* – este ensayo se propone llamar la atención sobre la utilidad de una distinción de este tipo para

⁵¹ Conf. Baylos, Antonio, en op. y loc. cit. en nota

⁵² “Clés d’intelligibilité” les llama Alain Supiot (2004) en su « Le Droit du Travail » Colección Que sais-je » PUF, Paris.

hacer el seguimiento de la intensidad de los procesos de transformación que experimenta un derecho del trabajo que cambia y, más simplemente aún, para comprenderle mejor.

Referencias

- AVILÉS, Ojeda. El nacimiento del contrato de trabajo en el siglo XIX. *Revista Derecho del trabajo* (Buenos Aires, Ed. La Ley) núm. 2, 2011
- BAYLOS, Antonio. *Derecho del trabajo, modelo para armar*. Ed. Trotta, Madrid 1991
- DAVIDOV, G., *Who Is a Worker?* 34 *Indus LJ* 2005
- DEAKIN, Simon. Does the “Personal Employment Contract” Provide a Basis for the Reunification of Employment Law. *Industrial Law Journal* Vol. 36 No. 1 March 2007
- DEVEALI, Mario L. El Elemento cuantitativo en las normas del Derecho del trabajo, en *Estudios de derecho del trabajo en memoria de Alejandro M. Unsain*. Buenos Aires, Ed. Ateneo. 1954
- DURAND, Paul. *Traité de droit du travail* t. 1 Dalloz 1947
- DURAND, Paul. *El Particularismo del Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria, 1a. Edición, Montevideo, 1995
- FREEDLAND, Mark and KOUNTURIS, Nicola. The Legal Construction of Personal Work Relations, *Oxford Monographs on Labour Law*, OUP.2011
- FREEDLAND, Mark. Developing the European comparative law of personal work contracts. in, 28-3 *Comp. Lab. L. & Policy J.* 487.2007
- GOLDIN, Adrián. Global conceptualizations and local constructions of the idea of labour law. Chapter 5 of DAVIDOV and LANGILLLE, comps, *The idea of labour law*, Oxford University Press, 2011
- GOLDIN, Adrián. Labour Subordination and the Subjective Weakening of Labour Law, in DAVIDOV and LANGILLLE. *Boundaries and frontiers of labour law. Goal and means in the regulation of work*. Hart Publishing, Oxford, 2006
- HEPPLE, Bob. Introducción a *La formación del derecho del trabajo en Europa*. Análisis comparado de la evolución de 9 países hasta el año 1945. Colección Informes y Estudios, MTySS, Madrid 1994
- JEAMMAUD, Antoine. Le Friant y Lyon Caen. en L'ordonnement des relations du travail. en *Recueil Dalloz* 1998, 38 Cahier, Chronique

JEAMMAUD, Antoine. *Le Droit capitaliste du Travail*. Collection Critique de droit, Presses Universitaires de Grenoble. 1980

KAHN-FREUND, Otto. *Trabajo y Derecho*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, Madrid, 1987

LINDER, M (1999), "Dependent and Independent Contractors in Recent U.S. Labor Law: An ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness" 21 Comp. Lab. L. & Policy J.187

LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. La función y la refundación del DT, publicado en *Relaciones Laborales* (Madrid) Año XVI, Núm. 13, 8 de julio de 2000

MASSIMO, D'Antonna. La subordinazione e oltre. Una teoría giuridica per el lavoro che cambia, in PEDRAZZOLI, Marcello. *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazione e prospettive*. Ed. Il Mulino, Trento, 1989

MURIEL, Fabre-Magnan. Le contrat de travail défini par son objet, en SUPIOT, A. *Le travail en perspective*. LGDJ, París, 1998

PELLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. *Droit du travail* 20a. edición Precis Dalloz. 2000

PICAZO, Luis Diez. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona 1973

RAYMOND, Wilfredo Sanguineti El Derecho del Trabajo como categorías histórica. artículo publicado en POSADAS, C. Arenas; PUNTAS, A. Florencio; RUIZ, J. I. Martínez (editores), *Mercados y organización del trabajo en España* (siglos XIX y XX), Sevilla, Grupo Editorial Atril, 1998

SIMON, Deakin; WILKINSON, Frank *The law of the Labour Market. Industrialization, employment and legal Evolution*. Oxford University Press, Oxford, 2005.

SINZHEIMER, La esencia del Derecho del Trabajo en *Crisis Económica y Derecho del Trabajo*. (Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo). Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Colección Estudios e Investigaciones, MTySS Madrid 1984

SORIA, José Vida *La esencia y la existencia del Derecho del Trabajo. Observaciones críticas acerca del proceso de conceptualización del Derecho del Trabajo*, 1975, inédito

SUPIOT, Alain. Un faux dilemme: la loi ou le contrat? *Droit Social* no. 1 Janvier 2003

SUPIOT, Alain. *Por qué un derecho del trabajo* (Documentación Laboral Núm. 39 1993-1

SUPIOT, Alain. Introducción a las reflexiones sobre el trabajo. *International Labour Review* vol. 115 (1996) núm. 6

SUPIOT, Alain. *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*. Seuil. 2010

**LA DETERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO. RECOMENDACIÓN N.
198 DE OIT Y SU IMPACTO EN LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA**

**THE DETERMINATION OF THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP. ILO
RECOMMENDATION 198 AND ITS IMPACT ON URUGUAYAN JURISPRUDENCE**

Rosina Rossi Albert *

RESUMEN: La “relación de trabajo o servicio” constituye ámbito de aplicación del estatuto protector del Derecho del Trabajo en Uruguay. Este concepto carece de definición legal. El presente abordaje apunta a determinar la vigencia de los supuestos normativos clásicos elaborados por la dogmática y la jurisprudencia para definirla. Para ello, analiza los fundamentos de hecho y la jurisprudencia de otrora. Aborda el contenido y valor jurídico de la Recomendación n. 198 de OIT y su impacto en la jurisprudencia. Finalmente, arriesga vislumbrar una nueva tendencia jurisprudencial que se apega a ella como supuesto normativo.

PALABRAS CLAVE: Relación de trabajo o servicio. Supuestos normativos clásicos. Protección constitucional del trabajo. Recomendación n. 198 da OIT. Jurisprudencia laboral en Uruguay.

ABSTRACT: The “employment or service relationship” is the scope of the protective legal status of Labor Law in Uruguay. This concept lacks legal definition in the country. In order to define it, this approach highlights the relevance of the classic juridical elements elaborated by the Law and jurisprudence. In this framework, the article analyzes the factual and jurisprudential grounds of the past. It also analyses the content and the legal value of ILO Recommendation 198 and its impact on the most recent jurisprudence. Finally, the text foresees the presence of certain jurisprudential trend that clings to the aforementioned Recommendation as real judicial elements

KEY WORDS: Employment or service relationship. Classic juridical elements of this relationship. Constitutional protection of labor. ILO Recommendation 198. Labor jurisprudence in Uruguay.

1. Presentación. Interés del tema.

Los diferendos en los que se debate la naturaleza de un vínculo jurídico que compromete trabajo, ponen en tela juicio la aplicación del propio Derecho del Trabajo y por ende la realización del principio protector.

Los ordenamientos jurídicos, a partir de la consideración binaria originaria de las modalidades de prestar trabajo – dependiente y autónomo - y ante la preocupación por todas aquellas situaciones que a pesar de involucrar trabajo podrían quedar marginadas del Derecho del Trabajo, han ensayado soluciones. Estas soluciones han transitado, por lo menos en dos sentidos. Uno, favorecer o facilitar la determinación del vínculo a través de la consagración de una presunción legal⁵³; otro, ensanchar el ámbito de aplicación de la disciplina de modo de abarcar, aunque admitiendo diversos alcances, otros tipos de involucramiento de trabajo que no impliquen necesariamente subordinación jurídica.⁵⁴

⁵³Artigo recebido em 25/04/2015.

* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay). Ministro integrante del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno.

⁵³ Pueden relevarse varios ordenamientos jurídicos que han legislado sobre la presunción (relativa) de laboralidad del vínculo y por ende, su regulación al amparo del Derecho del Trabajo. En tal sentido, tempranamente el francés como da cuenta Javillier para los trabajadores a domicilio, los viajantes, representantes y corredores de plaza en determinadas condiciones, los artistas y modelos y las asistentes maternas (Derecho del Trabajo. Trad. Española Madrid 1982 pag.74, citado por Oscar Ermida Uriarte. “El concepto de subordinación o dependencia en el Derecho Laboral y la Seguridad Social” en Rev. de Derecho Tributario n. 52 Tomo X pag. 12.)

También en el art. 69 del Código de Trabajo de Panamá, en el art. 31 de la ley española de contrato de trabajo, en el art. 21 de la ley federal del trabajo de México, el art. 18 del Código de Trabajo de Costa Rica; el art. 15 del Código de Trabajo de la República Dominicana; el art. 15 de la ley de contrato de trabajo argentina, el art. 65 de la ley Orgánica de Trabajo de Venezuela, el art. 21 del Código de Trabajo de Honduras, el art. 20 del Código de Trabajo de El Salvador; el art. 24 del Código de Trabajo de Colombia, el art. 19 del Código de Trabajo de Paraguay, (Villasmil Prieto, Humberto. “La recomendación n. 198 de OIT sobre la relación de trabajo (2006) desde la perspectiva del Derecho Latinoamericano del Trabajo”; Machado Sidnei, A noção de subordinação jurídica. Uma perspectiva reconstrutiva. Ed. LT R Sao Paulo. 2009 pag. 94)

Más recientemente en Perú a través del art. 23.2 de la ley 26.636 vigente desde el 15.7.2010 indica que “acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia del vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”. Esta innovación revolucionó el sistema probatorio por cuanto antes el trabajador debía demostrar que sus servicios habían sido de manera subordinada. (César Puntriano Rosas. Academia de la Magistratura del Perú. Nov. 2010; Sanguinetti Raymond, Wilfredo. “La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del Derecho del Trabajo en Perú” en rev. Laborem. Sociedad Peruana de de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N. 3 año 2003.)

⁵⁴ Como es el caso de los “parasubordinados “ en Italia a través de la ley 544 de 1973 y del art.409 num 3 del Código de Procedimiento Civil, que apuntan a relaciones de colaboración que se concretan a través de una prestación de trabajo continuado y coordinado de naturaleza personal, aunque no esté caracterizada de subordinación. (citado por Machado Sidnei. Op. Cit. A noco pag.89, en versión traducida por esta autora). También, Márquez Martha – Beñarán, Pilar. “Trabajadores parasubordinados” en Cuarenta y dos Estudios sobre Descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo. FCU. agosto 2000 pag. 253; Raso Delgue, Juan. La contratación atípica del trabajo. FCU 2da edición pag.58.

En el derecho positivo uruguayo desde el ámbito constitucional, se garantiza la especial protección del trabajo a través de la ley (art. 53), y como concreción del principio, mandata al legislador a reconocer un elenco de derechos fundamentales específicos a favor del trabajador cuando presta trabajo inmerso en una relación de trabajo o servicio. (art. 54 y sgtes., 72 y 332)

Debe verse que el constituyente, no refiere al *contrato* sino a la *relación de trabajo*.⁵⁵ De lo que se deduce que prioriza el trabajo como hecho respecto del contrato de trabajo en el sentido de acuerdo de voluntades. Ello encuentra explicación por lo menos en dos causas: una, la mera libertad formal que de regla ostenta el prestador del trabajo (trabajador) debido a su posición en cuanto al poder en la generación y regulación del vínculo que determina que en el común de los casos, se incorpore o se enrole a una organización del tomador y beneficiario (empleador) sin que medie un verdadero acuerdo de voluntades ⁵⁶; otra, la profusa regulación del mismo a través de normas de orden público que como tales marginan la eventual negociación. ⁵⁷⁵⁸

Interesa al presente análisis, el proceso ocurrido en Uruguay a la hora de la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, desde la perspectiva de la reglamentación, la doctrina y la jurisprudencia.

El tema reviste especial interés por cuanto la individualización de un vínculo jurídico como “relación de trabajo” opera como una caja de resonancia: no solo le garantiza al vínculo toda la protección constitucional sino también su regulación bajo el estatuto del Derecho del Trabajo lo que significa un blindaje de derechos de fuente en la heteronomía de orden público que incluso extravasan los límites temporales de la propia relación⁵⁹, se impone y desplaza la autonomía de la voluntad.

Así las cosas, el presente análisis persigue: primero, partiendo de una mirada presente de las modalidades de prestación del trabajo que se presentan en Uruguay, valorar la actualidad y adecuación de las pautas doctrinarias clásicas a las nuevas realidades de las relaciones de

⁵⁵ Barretto Ghione, Hugo. Dimensiones del derecho a la igualdad en el mundo del trabajo” en AA.VV. El principio de igualdad en la teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica. FCU. 2008 pag.63

⁵⁶ Barbagelata, Héctor Hugo. Curso sobre evolución del pensamiento jus laboralista. Editorial F.C.U. 2009 pag. 129. De Ferrari, Francisco. “El trabajo como hecho” en rev. Derecho Laboral n. 15 pag.147.

⁵⁷ En este sentido, Barbagelata, califica el contrato de trabajo como el acto técnicamente voluntario. Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo. T I Vol 2 pag. 161.

⁵⁸ En realidad esta postura que adopta el texto constitucional se compadece con la teoría de la relación de trabajo de la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo XX que reacciona contra el modelo contractualista civil con el propósito de permitir una mayor aplicación de la legislación de protección social. (Machado Sidnei. Op. Cit. A nocao ...” Pags. 33, 95.

⁵⁹ Como por ejemplo ciertos derechos de Seguridad Social.

trabajo; segundo, considerar el impacto que en tales pautas clásicas puede haber provocado la aprobación en el año 2006 de la Recomendación n. 198 de OIT sobre la determinación de la relación de trabajo recalando en la jurisprudencia nacional.

2. La calificación del vínculo jurídico en Uruguay cuando se compromete trabajo humano.

Con la intención de ubicar la posición de Uruguay en el ámbito de las dos tendencias anunciadas, debe decirse en cuanto a la primera que, desde el texto constitucional se garantiza la protección del trabajo a través de la ley – trabajo, sin adjetivación, lo que permite deducir, todo trabajo – (art. 53) y a su vez, y especialmente, un elenco abierto de derecho laborales específicos para todos quienes realizan trabajo inmersos en una relación de trabajo. (art. 54 y sgtes.)⁶⁰

De lo que resulta entonces, un principio de protección del trabajo a través de la ley. Vale decir que la Carta no solo recoge el principio – la protección del trabajo – sino también el mecanismo de realización – la ley. De todos modos, deja abierta la solución acerca del ámbito de aplicación subjetivo – a quiénes protege, ¿a todos los prestadores de trabajo? ¿sólo a algunos? – así como el ámbito de aplicación objetivo – de qué garantiza proteger-. Ello por cuanto la consideración contextual de las dos disposiciones constitucionales permite deducir que el art. 53 declara el principio y el art. 54 desarrolla una de las situaciones en las que se concreta el principio. Porque, éste sí, concreta los dos puntos. En efecto. Cuando la situación de trabajo ocurre en “una relación de trabajo o servicio”: en cuanto al ámbito subjetivo, protege a quien presta trabajo y en cuanto al ámbito objetivo, le garantiza protección a través del reconocimiento de un elenco de derechos específicos (unos individualizados y otros implícitos e integrados a través del art. 72 de la Constitución).⁶¹

Empero el ordenamiento jurídico uruguayo interno da cuenta de la ausencia de definición legal de la relación de trabajo. Tampoco consagra una presunción de laboralidad del vínculo

⁶⁰ El art. 53 inc. 1ro. de la Constitución uruguaya indica que “El trabajo está bajo la protección especial de la ley...”

El art. 54 indica que “La ley ha de reconocer a quien se hallara en una relación de trabajo o servicio, como obrero o empleado, la independencia de su conciencia moral y cívica; la justa remuneración ; la limitación de la jornada; el descanso semanal; y la higiene física y moral.

El trabajo de las mujeres y los menores de dieciocho años será especialmente reglamentado y limitado.”

⁶¹ El art. 72 de la Constitución uruguaya expresa que “ La enumeración de derechos , deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o derivan de la forma republicana de gobierno”

que compromete trabajo, ni aporta la descripción de indicadores que orienten para su determinación.

Ante tal panorama el concepto de relación de trabajo, se fue conformando recorriendo el siguiente derrotero: 1) una primera etapa, desde la mirada profunda a las relaciones de trabajo en sus distintas modalidades pero no cuestionadas en cuanto a la naturaleza y ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, la individualización y sistematización doctrinaria de las notas típicas o constantes ⁶²; 2) en la segunda etapa, la recepción jurisprudencial y la firme tendencia rigidizadora de la presencia excluyente de la subordinación; y, 3) desde hace algunos años, el re-posicionamiento de la entidad de las notas típicas clásicas y la nueva tendencia de la jurisprudencia.

En la primera etapa, el juslaboralismo uruguayo clásico sindicó como elementos caracterizantes, o típicos ilustradores de la relación de trabajo a la actividad personal, la subordinación, la continuidad y onerosidad⁶³. Si bien admitió su gravitación en conjunto así como ciertos posibles vaivenes en cuanto a su ocurrencia y peso, sindicó a la subordinación jurídica como la nota más típica y la hizo funcionar como excluyente. ⁶⁴ De todos modos, ya por entonces la misma doctrina nacional, en una perspectiva sin duda visionaria y abierta al cambio de las relaciones laborales, anunció que en el futuro podría llegar a suprimirse la subordinación jurídica como elemento característico y excluyente de la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. ⁶⁵⁶⁶

⁶² Plá Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral. T.II v.I pag.21. Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo. T. I vol 2 pag. 182; y “Agentes, viajantes, placistas y otros trabajadores a comisión en rev. Derecho Laboral. N. 96 pag. 08; De Ferrari, Francisco. “Trabajo intelectual y contrato de trabajo” rev. Derecho Laboral t.II pag. 57.; “El trabajo como hecho” en rev. Derecho Laboral n. 15 pag. 36. Ermida Uriarte Oscar. El concepto de subordinación o dependencia en rev. Tributaria n. 52 pag. 9. Rivas, Daniel. Op. Cit.”Los indicios...” pag.73. Rivas, Daniel. “Los indicios del trabajo subordinado” en rev. Judicatura n. 36 pag 82; La subordinación Criterio distintivo del contrato de trabajo. FCU 1996. Pag. 32..

⁶³ Plá Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral. T.II v.I pag.21. Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo. T. I vol 2 pag. 182; y “Agentes, viajantes, placistas y otros trabajadores a comisión en rev. Derecho Laboral. N. 96 pag. 08; De Ferrari, Francisco. “Trabajo intelectual y contrato de trabajo” rev. Derecho Laboral t.II pag. 57.; “El trabajo como hecho” en rev. Derecho Laboral n. 15 pag. 36. Ermida Uriarte Oscar. El concepto de subordinación o dependencia en rev. Tributaria n. 52 pag. 9. Rivas, Daniel. Op. Cit. Los indicios... pag.73. Rivas, Daniel. La subordinación Criterio distintivo del contrato de trabajo. FCU 1996. Pag. 32.

⁶⁴ Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. “Crítica a la subordinación” en rev. Derecho Laboral n. 206 pag.227, 228.

⁶⁵ Plá Rodríguez, Américo, quien además cita en la misma línea de pensamiento a Paul Durand y Alonso García en Curso de Derecho Laboral T.1 VolII Ed. Acali 1979 pag.96; Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo T.1 Vol I pag.97. ; Mantero Álvarez, Ricardo, quien cita a Paul Durand en “Las empresas unipersonales prestadoras de servicios en la perspectiva de la jurisprudencia laboral: un análisis crítico. “en AA.VV. Grupo de los Miércoles. XXV Aniversario. Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial. Ed. FCU año 2000 pag. 284.

⁶⁶ También parte de la doctrina extranjera de otrora realizó un examen crítico de la calificación de la subordinación como elemento más típico. Ermida Uriarte, Oscar. Op. cit. “ El concepto...pag.10; Rivas, Daniel. Op. Cit. Los indicios pag.41.

Contemporáneamente al desarrollo de la doctrina nacional clásica, la jurisprudencia uruguaya recogió su sistematización operando esta como un real modelo normativo sin perjuicio de otorgarle a cada nota una dimensión especial y adecuada al caso.⁶⁷ Pero, con mucho mayor rigidez que la doctrina, ubicó a la subordinación jurídica en un sitio de incidencia decisiva, al punto de que su ausencia y a pesar de la detección de otros indicios de relación de trabajo, operaba como fundamento suficiente para descalificar el vínculo como relación de trabajo.⁶⁸

En efecto. Para la jurisprudencia mayoritaria – todavía en el presente - la subordinación se presenta como el elemento más típico de la relación de trabajo. Como la fuerza centrípeta y centrífuga según los casos, que o bien acercan al centro de la disciplina determinadas relaciones jurídicas que desde antaño habían estado radiadas (como el trabajo a domicilio, los viajantes y vendedores de plaza), o bien desplazan otras hacia la periferia del Derecho del Trabajo (como la contratación de servicios personales a través de empresas unipersonales) ⁶⁹ A tal punto que el análisis de las sentencias permite visualizar que lo esencial que se indaga es acerca de la existencia de hechos que aún funcionando como indicios, la ilustren, haciéndola decisiva, insustituible y excluyente para calificar un vínculo como relación de trabajo dependiente y por ende al amparo del Derecho del Trabajo. De allí que pueda acompañarse la idea de que la jurisprudencia mayoritaria elevó la subordinación a la categoría de principio. ⁷⁰

A partir del inicio de la década del 2000, podría ubicarse el inicio de la tercera etapa del derrotero anunciada, cuando, cierta jurisprudencia en tendencia todavía no consolidada y aún con vaivenes, siguiendo a la doctrina laboralista nacional y extranjera, comenzó a redimensionar la trascendencia de las notas típicas clásicas, inclinándose por desplazar la hegemonía de la subordinación jurídica.

En efecto.

Debe verse que la elaboración doctrinaria y la posterior recepción jurisprudencial de las etapas anteriores explicitada, había partido de la base de una fotografía de la relación de

⁶⁷ En la terminología de Daniel Rivas, “modelos de referencia” , en Op. Cit Los indicios pag. 76 y en “Los indicios del trabajo subordinado e la jurisprudencia laboral” en rev. Judicatura n. 36 pag ,

⁶⁸ Mantero Álvarez, Ricardo. Op. Cit AA.VV. Grupo de los Miércoles... pag. 294, 301. Indica el autor que la jurisprudencia sobredimensionó el elemento subordinación jurídica, sin plantearse – “como lo hace la doctrina europea – conceptos nuevos, que tiendan a hacer extensiva la protección jurídico –laboral de situaciones en las que la subordinación no se presenta como elemento determinante, pero en que sí existe prestación de servicios personales concertados en situación de debilidad contractual.

⁶⁹ Mantero, Ricardo. “Las empresas unipersonales prestadoras de servicios en la perspectiva de la jurisprudencia laboral: un análisis crítico.” En Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial. FCU. agosto 2000 pag. 283. Rivas, Daniel. Op. Cit. AA.VV. Grupo de los Miércoles pag.236; y op. Cit. La subordinación ...pag149.

⁷⁰ Machado, Sidnei. Op. Cit. pag.30.

trabajo típica o modelo y en ella identificó los elementos más típicos o principales. En aquel entonces, la fotografía mostraba relaciones laborales con determinadas características, vinculadas al modelo Taylor Fordista que refiere a la gran empresa industrial que lleva a cabo una producción en masa, basada en una especialización rigurosa de las tareas y de las calificaciones y en una organización piramidal del trabajo. La piedra angular de ese modelo era el empleo típico de duración indefinida, que garantizaba al trabajador una vida asegurada a cambio de su situación de dependencia.⁷¹ Así, la subordinación era una noción (doctrinaria y no legal) pero indispensable en las primeras etapas del Derecho del trabajo.⁷²

Pero, la elevación del nivel de calificación profesional que modifica el margen de subordinación contractual, la presión creciente de los mercados más abiertos y la aceleración de los progresos técnicos (especialmente en materia de información y comunicación) han determinado el surgimiento de otros modelos de organización del trabajo⁷³. Estos nuevos modelos, entre otros, crean una brecha muy amplia entre el tradicional trabajador subordinado que trabaja por cuenta ajena y el trabajador o el empresario realmente independiente que trabaja por cuenta propia; admiten la también amplia zona de situaciones grises entre una y otra hipótesis; y dan cuenta de la aparición de los fenómenos de descentralización empresarial, concentración o interposición de sujetos.

Entonces, en estos nuevos modelos aquellas características o elementos típicos sistematizados por la doctrina y que podrían sindicarse como clásicos, en una mirada global, o bien, se mantienen presentes pero sin la persistencia anterior, o bien, se presentan re-posicionados desde el punto de vista de su incidencia decisiva en la calificación. Ello por cuanto, la fotografía de la relación de trabajo de hoy, muestra otra “normalidad” y entonces, aquellos elementos otrora definidores operan a lo sumo colacionando argumentos pero no aportan razones tajantes para la calificación. Y en su lugar “nuevos” aspectos, antiguos pero bajo otras modalidades y gravitación, aún sumados a algunos de aquellos, los han pasado a integrar la “normalidad” de los vínculos que comprometen trabajo humano. Por ende, aquellas que antes eran características sistemáticamente presentes, o bien perdieron o bien modificaron tal condición.

Ello ha ocurrido muy especialmente con la subordinación jurídica. La crisis del modelo tradicional de relaciones jurídicas que involucraban trabajo, ha contribuido a determinar un

⁷¹ Supiot, Alain. Citado por Plá Rodríguez Américo. en “Repensar las fronteras del Derecho del Trabajo y reafirmar sus principios” rev. Derecho Laboral n. 204 pag. 658.

⁷² Villasmil Prieto, Humberto. Op. cit “La recomendación n. 198 de OIT sobre ...” Mantero Álvarez, Ricardo. Op. Cit en AA.VV. Grupo de los miércoles...pag. 284

⁷³ Supiot, Alain. Citado por Plá Rodríguez Américo. en “Repensar...” pag. 658

panorama de crisis de la subordinación en su otrora rol de elemento más típico⁷⁴. No significa que la subordinación haya dejado de ser una nota típica del instituto constitucional “relación de trabajo”, sino que, la transformación de las relaciones que involucran trabajo del hombre son las que han provocado su metamorfosis.

Testimonio de ello lo constituye la intención de regulación a través de la ratificación de convenios internacionales de trabajo⁷⁵, y la aprobación de las leyes de tercerización (18.099, y 18.251) que reconocen en su base fáctica, a la vez, una situación de subordinación clásica directa (al empleador auxiliar) y un vínculo que determina la responsabilidad laboral de otro sujeto como si fuera empleador directo aunque no lo sea (empleador principal)

El cambio de esta variable – la realidad de las relaciones de trabajo – intima el cambio en cascada de las restantes. De allí que pueda afirmarse que ha llegado la hora de volver a sistematizar las características más típicas de las relaciones jurídicas que comprometen trabajo, partiendo de un juicio de normalidad. Si las formas de organización del trabajo Taylor-Fordistas dieron lugar a la individualización de las notas típicas de la relación de trabajo y con ellas al nacimiento del concepto doctrinario de subordinación jurídica manejado por la jurisprudencia como elemento eje; puede admitirse que, las nuevas formas de organización del trabajo – neo-Taylor-Fordistas - insten al menos a cuestionarse su vigencia operativa.

Siguiendo el mismo procedimiento de la primera etapa, corresponde observar en perspectiva las nuevas relaciones jurídicas que comprometen trabajo. Éstas dan cuenta del desvanecimiento de algunas de las notas características de otrora y a su vez de la preponderancia de otras o diversas modalidades de presentación, cuya persistencia las sitúa en grado de “normalidad” y que en cuanto a tales características, desplazan la “normalidad” de subordinación jurídica en su versión clásica: el *poder desigual de los sujetos* de la relación jurídica visualizado a través de hechos diversos a los de antaño⁷⁶ pero que de todos modos provoca la limitación de la libertad de quien presta el trabajo; otro, la *inserción* del prestador del trabajo en la organización de quien lo recibe y se beneficia de él; también *la ajenidad* del sujeto que presta el trabajo en sus dos sentidos: uno, trabajo para otro o por cuenta ajena; el

⁷⁴ Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. Op. Cit. “Crítica...” pag. 233.; D Antona, Massimo. “Los cambios en el derecho del trabajo y el problema de la subordinación en el derecho italiano” citado por Barretto Ghione. “La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación n. 198 de OIT y el fin del discurso único de la subordinación” en rev. Derecho Laboral n. 225 pags, 87, 89,90.

⁷⁵ El CIT. n. 94, el CIT n. 181.

⁷⁶ No necesariamente referidos al control de horario, o la realización de la tarea en el taller o en la fábrica en el lugar de dominio del empleador, o la emisión de órdenes e instrucciones etc. Ermida Uriarte, Oscar y Hernández Álvarez, Oscar. Op. Cit. “Crítica a la subordinación” en rev. Derecho Laboral n. 206 pag. 249...

otro, la ajenidad en los riesgos financieros mayores. Notas que pueden percibirse en forma conjunta o separadas, y acompañadas o no de subordinación jurídica en el sentido de dependencia jurídica.⁷⁷ Notas que generalmente van acompañadas de las relevadas por la sistematización de la doctrina clásica que reposiciona la gravitación de cada una de ellas y del conjunto.

Efectivamente.

La *desigualdad de poder* entre los dos sujetos del vínculo jurídico que compromete trabajo, puede operar desde la etapa constitutiva o de programación – por ejemplo, tomando el modelo de un contrato de adhesión - ; o, desde la de ejecución cuando habiendo nacido en paridad de poder, e incluso sin el propósito de que se modificara, de hecho en el curso de la concreción se produce una desnivelación de poder. Por ejemplo, cuando se programa como un arrendamiento de servicios o de obra y muta a una relación de trabajo.

Esta desigualdad de poder no siempre es sencilla de visualizar, de allí que ante el cuestionamiento sobre su existencia, corresponderá buscarla a través de hechos o indicios de estos, que permitan analizar el grado de libertad actuada por cada uno de los involucrados, en la etapa constitutiva o de ejecución. Vale decir, haciendo hincapié en la consideración de cuán libre fue cada parte del vínculo. Ello reviste especial gravitación a la hora de la calificación de la relación jurídica, por cuanto se podrían enfrentar dos bienes humanos garantizados por la Carta: el trabajo y su estatuto protector, y la libertad. De allí que solo la conclusión de que quien trabaja para otro actuó libremente al elegir colocarse, o de hecho y en el curso de la ejecución quedar colocado fuera del estatuto protector del Derecho del Trabajo, puede legitimar que ello sea admisible. La libertad, como estado interno, puede visualizarse a través de hechos que demuestren la ventaja que podría haber obtenido quien presta trabajo para otro colocándose por fuera de la protección especial de la ley. Así, la decisión que califique un vínculo jurídico que comprometa trabajo – en debate sobre su naturaleza – no podrá eludir elaborar una fundamentación acerca de la causa razonable que, identificada a través de los hechos, habría movilizó al prestador del trabajo a quedar despojado del estatuto protector. Vale decir, las razones acerca de por qué eligió, o toleró, quedar fuera de la regulación del Derecho del Trabajo y la libertad con la que actuó para hacerlo. Solo la detección de alguna ventaja o motivo razonable, podría explicarlo. En definitiva y como se dijo, el análisis

⁷⁷ Sidnei Machado, en op. Cit. pag. 114, 124 -126 y 136, diagnostica la crisis del criterio normativo de la subordinación jurídica como consecuencia de la crisis de la modernidad capitalista (el paradigma de la industria) y en el déficit teórico para su superación. Y, posiciona la dependencia económica como concepto eje a costa de la subordinación que, expresa, se presenta difusa y fragmentaria.

profundo de la libertad (en el sentido de grado de autodeterminación) de quien se comprometió a prestar trabajo para otro.⁷⁸ Ello por cuanto la usina legitimante de la autonomía de la voluntad para contratar se encuentra en la libertad. De allí que cuando quien compromete su trabajo carece de libertad, su “elección” carece de legitimidad. El contrato como negocio jurídico se desarrolla en el marco del principio de libertad contractual que se integra con *la libertad de conclusión* que presupone la posibilidad para el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con quien va a hacerlo; y la *libertad de configuración interna* que constituye la posibilidad para ambos contratantes de establecer su contenido.⁷⁹ Se deduce entonces que la elección de la forma de comprometer trabajo para otro, e incluso la denominación del vínculo solo provoca efectos desplazantes del estatuto protector si se concluye, previamente, que quien eligió, pudo y estaba en condiciones de hacerlo por cuanto actuó con libertad y por ende en situación de igualdad sustancial respecto del co contratante. Por lo que no se trata de la libertad que se reduce a la mera alternativa para *tomar o dejar*⁸⁰, sino que siempre estará referida a una situación concreta de igualdad en lo social, cultural e histórico y explicará además que su contenido vaya cambiando y requiera ser revisado permanentemente.⁸¹ Por lo que en definitiva el triunfo de un principio sobre el otro – libertad: autonomía de la voluntad vs. protección estatutaria del trabajo está pautado por el criterio de la justificación razonable para el caso concreto.

A su vez el desplazamiento de la hegemonía de la subordinación jurídica da paso a revalorar aquellos hechos que pudieran ilustrar, más allá o más acá de la dependencia, *la inserción* del trabajo comprometido como un eslabón más de la cadena de organización de la actividad del receptor y beneficiario , directo o indirecto de aquel. Y por ende, también, en mayor o menor medida, el sometimiento personal respecto del acatamiento del poder de organización cuyo titular podría ser calificado de patrono.⁸²

En las formas mas recientes de organización del trabajo hay cada vez menos control pero cada vez más integración del mismo.⁸³

⁷⁸ Ermida Uriarte, Oscar. “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación” en rev. Derecho Laboral n. 241. Pag. 11.

⁷⁹ Rodriguez Russo, Jorge. La interpretación del contrato. Ed. FCU 2008 pag. 21.

⁸⁰ Russo Rodríguez, Jorge. Op. Cit. pag. 24. La interpretación ...en cita a Busnelli, Francesco Donato “¿Cómo codificar. El Método” trabajo on line [http:// www.adndresbello.org](http://www.adndresbello.org) , traducción del francés por Mauricio Tapia.

⁸¹ Sarlo, Oscar. “Sobre la noción de igualdad. Algunas cuestiones filosóficas y lingüísticas relativas a la misma” en AA.VV.El principio de igualdad en la teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica. FCU. 2008 pag. 36.

⁸² Ermida Uriarte, Oscar. Hernandez Álvarez, Oscar. Op. Cit“ Crítica...” pag. 249.

⁸³ La relación de trabajo: una guía anotada a la Recomendación n., 198. Servicio de diálogo social, legislativo y Administrativo del Trabajo. Documento n. 18. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra 2008. Pag. 39.www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf

El otro elemento constante, *la ajenidad*, va de la mano de *la inserción* y empieza a presentarse adoptando nuevas intensidades. Por un lado el trabajo para otro beneficiario final y no para sí mismo a pesar de la mayor o menor independencia en la forma de ejecución. Por otro, la ajenidad en los riesgos financieros personales del prestador del trabajo. No ya y en todos los casos como la ajenidad absoluta en la asunción del riesgos del prestador del trabajo, sino en muchas ocasiones tan solo de los mayores o principales. Situación que convoca, también la apreciación de su incidencia en el conjunto de los indicios así como la consideración del grado de libertad de quien trabaja, a la hora de hacerse cargo de ellos. Por ejemplo cuando se trata de la disyuntiva entre la asunción de los riesgos (o una porción de ellos) a cambio de la posibilidad de trabajar para otro integrándose a la cadena productiva del tomador del trabajo. El grado en el que el trabajador está expuesto a las oportunidades de obtener ganancias o de asumir pérdidas constituye un indicador significativo y corresponde indagar si tales ganancias o pérdidas dependen de algún otro factor que no sea su propio esfuerzo laboral.⁸⁴

a. En cuanto a la segunda tendencia del derecho comparado, si bien tampoco no se releva producción normativa uruguaya al menos con carácter general, cabe destacar importantes desarrollos doctrinarios encaminados a fundamentar la ampliación del ámbito de aplicación, con carácter general, de modo que queden atrapadas, también de modo general, otras situaciones que de lo contrario ameritarían la fuga de la regulación del Derecho del Trabajo.⁸⁵

A partir de la década del 2000, nueva doctrina uruguaya, acompañando la tendencia de otros ordenamientos jurídicos, comenzó a elaborar un nuevo modelo - no ya el binario clásico - resultado de la mirada profunda a la actual fotografía de las relaciones laborales. Unos estudios, dirigidos a estimular el análisis de la naturaleza del vínculo a través de la búsqueda incisiva de la realidad considerando las características más o menos constantes – las clásicas y otras nuevas - de la relación de trabajo. Otros estudios, buscando ampliar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo abarcando también aquellas relaciones jurídicas que aún sin la presencia de la subordinación o dependencia jurídica contengan componentes que demuestren la dependencia económica.⁸⁶

⁸⁴ Op. Cit . La relación de trabajo: una guía...pag.49.

⁸⁵ Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. “Crítica a la subordinación “ en rev. Derecho Laboral n. 206 pag.225.

⁸⁶ En tal sentido se ha propuesto: una tendencia “integracionista” que extendiera los beneficios de protección social y el estatus del Derecho del Trabajo a las más diversas categorías profesionales (Aubert-Monpeyssen citado por Sidnei Machado en op. Cit pag. 41); a fin de dotar a la legislación del trabajo de “un gran anular de

Así surgieron construcciones nacionales en torno a la idea de “perseguir a los fugados” a través de la extensión del ámbito de aplicación del Derecho laboral traspasando el límite burlado por la subordinación jurídica y postulando la protección de todo trabajo (a secas).⁸⁷ Asimismo, del “fin del discurso único de la subordinación jurídica” y la extensión del Derecho del Trabajo hacia los confines del “trabajo necesitado de protección”⁸⁸.

3. La Recomendación n. 198 de OIT. Su contenido y valor jurídico

3.1. Su contenido

La Recomendación sobre la relación de trabajo (2006) reconoce como antecedente una serie de discusiones verificadas en el seno de la OIT sobre trabajo informal, trabajo a domicilio, subcontratación y otras formas de trabajo que podrían considerarse desprotegidas o insuficientemente protegidas.⁸⁹

Debe repararse en los dos puntos sobre los que se auto legitima el instrumento internacional: uno valorativo, que consiste en que la protección – eficaz, adecuada, y acorde al modelo de trabajo decente - de los trabajadores, constituye la esencia del mandato de la OIT; otro, fáctico, que está representado por las dificultades que supone determinar la existencia de

forma que pueda enfocar no solo al trabajo subordinado en sentido estricto del término sino también y fundamentalmente a los trabajadores que se encuentran en la periferia, “de quienes hoy se puede decir que son objetivamente dependientes, pero no jurídicamente subordinados” (Bronstein Arturo. “Ambito de la relación de trabajo: el debate en la OIT. En La Subordinación o dependencia en el Contrato de Trabajo en el Proceso de Transformación de la Empresa. LexisNexis. Chile pag. 7 y sgtes.) ; la única idea de trabajo como hecho definidor del campo de acción del Derecho del Trabajo (Caldera Rafael. Derecho del Trabajo. El Ateneo. Ed. TI 1960 pag. 79 citado por Barretto Ghione, Hugo en op. Cit. Pag. 98. Indica Caldera que la idea del trabajo como hecho social determina el campo de acción y quita vallas al imperio del Derecho del Trabajo. De ahí que el concepto de subordinación, indispensable en las primeras etapas del Derecho Laboral (que en su concepción originaria solo se entendía como protector del obrero), no es siempre indispensable para la aplicación de las leyes del trabajo. Antes por el contrario, se nota cada vez más la frecuencia con que se extiende el imperio de normas laborales a trabajadores no subordinados jurídicamente ; la re fundación del Derecho del Trabajo de modo que no quede construido sobre la figura del empleado sino sobre la persona del trabajador, como noción de “status profesional” (Supiot, Alain. Critique du droit du travail. Citado por Machado Sidnei. A noção de subordinacao jurídica. Editora LTR Sao Paulo 2009 Pag. 95.); “...se tratará en definitiva, como tantas veces ha sucedido en la historia del Derecho del Trabajo, de actualizar la función compensadora y legitimadora que cumple el ordenamiento laboral para llevarla a territorios fronterizos a su esfera de actuación tradicional.” (Palomeque López, Manuel Carlos. “El equilibrio estructural del Derecho del Trabajo y sus amenazas” en rev. Laborem13/2013. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial El Buho EIRL 2013. Pag.43.)

⁸⁷ Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. Op. Cit. “Crítica...” pag. 246.

⁸⁸ Barretto Ghione, Hugo. op.cit. “La determinación ...” pag. 98.

⁸⁹ Ermida Uriarte, Oscar. “La Recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo (2006)” en rev. Derecho Laboral n. 223 pag. 674. Rossi Albert, Rosina. “La Recomendación n. 198 de OIT sobre determinación de la relación de trabajo: impacto en la jurisprudencia uruguaya.” en rev. Derecho Laboral. N. 256 pag. 609 y sgtes.

una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación y en su aplicación. Este punto teniendo especialmente en cuenta dos aspectos. Uno, que las legislaciones nacionales así como los convenios colectivos ofrecen una protección vinculada a la existencia de una relación de trabajo entre un empleador y un empleado y entonces la dificultad pasa por la forma de interpretación de tales instrumentos. Y otro, que resulta de admitir en la posibilidad de verdaderas relaciones civiles y comerciales que comprometan trabajo humano. (capítulo I n. 8)

Desde este punto de partida, la Recomendación sugiere a los Estados la adopción de políticas nacionales de protección adecuada (atendiendo a las dificultades reales y en especial a las situaciones más vulnerables a la relación de trabajo encubierta), efectiva (que en los hechos haga realidad la aplicación del Derecho del Trabajo) y eficaz (que llegue a tiempo y sea instrumental a la protección) a través de medidas encaminadas en tres sentidos: a) de normatización, b) instrumentales y c) de control.

a) En cuanto a las *políticas nacionales de normatización* sustancialmente apunta en tres sentidos: uno, vinculado a la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo; otro, a la eliminación de las disposiciones que reporten incentivos para las relaciones de trabajo encubiertas; y otro vinculado a la individualización de las variables de hecho que califican una relación de trabajo al amparo del Derecho del Trabajo. Respecto de éstas, aboga por la definición normativa clara, adecuada y acorde a las normas internacionales de trabajo, que asegure la protección efectiva y apta para funcionar orientando la calificación del vínculo jurídico. Pero en uno y otro sentido recalca el objetivo de concretar una tutela eficaz y adecuada contemplando también especialmente a los sectores de trabajadores más vulnerables como los ocupados en trabajo informal, los migrantes, los de cierta edad y los más jóvenes y las trabajadoras y los trabajadores con discapacidades.⁹⁰

Indica en el capítulo II las pautas que los Estados tendrían que tener en cuenta para que la normatización funcione en forma protectora. En tal sentido, indica dos contenidos: uno, individualizando *indicios* que indicarían la calificación del vínculo como relación de trabajo y otro, apelando a la determinación de la *responsabilidad*.

⁹⁰ Indica Sidnei Machado comentando la Recomendación n. 198 que ésta confió más en la ley que en la jurisprudencia a pesar de su potencial de creatividad y adaptabilidad. Machado Sidnei. A noção de subordinação jurídica. Editora LTR Sao Paulo 2009 Pag. 98

Respecto de los *indicios*, presenta un criterio básico que luego desgrana. Este criterio básico consiste en focalizar la atención en la etapa de ejecución del vínculo y atendiendo a la realidad más que a las formas⁹¹, y en abatir la incidencia del acuerdo contractual. La Recomendación minimiza la incidencia de la voluntad expresada más o menos formalmente, a favor de la realidad ilustrada a través de los hechos ocurridos al tiempo del desarrollo del vínculo. La modalidad de presentación de los indicios que si bien su constatación en los hechos ostentarían una fuerza calificante, habilita deducir que ni el elenco está completo ni todos, necesariamente, deben presentar el mismo peso. Indica que “entre esos indicios podrían figurar los siguientes⁹²:

+ la modalidad de la retribución, en cuanto a sus componentes (pago a través de prestaciones en especie), periodicidad , incidencia en la economía del trabajador.

+ la modalidad de ejecución de las tareas , en cuanto a la existencia y alcance de instrucciones para realizarla y el control de las mismas. Debe verse que la Recomendación no utiliza el vocablo “órdenes” sino “instrucciones” que claramente abre un abanico más amplio en la modalidad de encargar el trabajo de modo que permite abarcar también la situación en que la capacitación o pericia del trabajador no reclama mayores indicaciones.

+ la integración del trabajador en la organización de la empresa. Este indicador alude al posicionamiento de quien presta el trabajo como parte del proceso productivo de la empresa, conformando un eslabón más de la cadena.⁹³⁹⁴

⁹¹ Ermida Uriarte, Oscar. En op. Cit. pag. 677 lo califica como referencia al principio de primacía de la realidad.

⁹² Lo que se deduce de la referencia a “uno o varios indicios” en el literal b) del art. 9.

⁹³ Jurisprudencia y doctrina de Brasil han desarrollado las pautas de la inserción y ajenidad como decisivas para la calificación del vínculo. La doctrina ha desarrollado la idea de la *subordinación objetiva o funcional* que reconoce ciertas premisas : el trabajo del trabajador no se separa la persona de su prestador, existiendo sin embargo , una relación de inmediatez con el trabajo, pero no con el prestador de servicios; la intervención del poder jurídico del empleador en la conducta del empleado se justifica exclusivamente en razones de mantenimiento de la actividad del empleado a favor de la empresa; el límite del ejercicio del poder de dirección se ubica en la adecuación de la actividad del empleado a la actividad de la empresa; el trabajo del empleado es ejercido mediante actos autónomos, únicamente orientados por el empleador; lo que se integra a la empresa es la actividad del empleado y no el empleado mismo; la actividad del empleado es imprescindible para la actividad de la empresa resultando un acoplamiento de ellas en virtud de las expectativas recíprocas y anteriores de las partes; la inserción ocurre de actividad a actividad y no de persona a persona. Expresa el autor además que el elemento constante que define la posición el trabajador en la empresa no es la subordinación sino la participación integrativa más o menos intensa de su actividad en la actividad de ésta. (Paulo Emilio Ribeiro. “Relação de emprego: estrutura legal e supostos. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 473. , citado con traducción de las autoras. Rossi Albert, Rosina. Corujo Milán, Maria del Carmen. “Subordinación. Estudio comparado de Jurisprudencia Uruguay-Brasil.” En Cuadernos da Escola Judicial do TRT da 4ta. Regiao. TRT 4to. Universidad de la República. Uruguay. Año 4 N. 7. 2012 Pag.40)Este concepto de subordinación objetiva o funcional ha sido complementado por el de “subordinación estructural” expresada en el “leading case” proceso n° RO-00059-2007-011-03-00-0, TRT da 3ª Região, cuyos requisitos se concretan en los siguientes: el trabajador debe prestar su servicio para una organización productiva ajena; los frutos de su trabajo no le pertenecen, sino que le pertenecen a la empresa; el trabajador no posee una organización empresarial propia , no es un empresario; y el trabajador no asume los riesgos de la ganancia o pérdida por el riesgo del negocio. Como se advierte, esta nueva

+ la ausencia de riesgos financieros para el trabajador ocasionados en la actividad que presta, en general o vinculados a la utilización de herramientas, materiales, viajes que deba emprender el trabajador para ejecutar el trabajo.

+ el reconocimiento de derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales.

Corresponde destacar que la Recomendación posiciona a la subordinación o dependencia como un indicio más – o “condición” – en la determinación de la relación de trabajo, pero no la indica como imprescindible ni su ausencia con efecto excluyente. (numeral I. 12) Ello se deduce de que la convoca aleatoriamente y “por ejemplo” en la determinación de la relación de trabajo, lo que permite inferir que puede presentarse o no, y en cualquiera de los dos casos, y detectándose otros indicios, calificarse el vínculo como relación de trabajo con garantía de protección del Derecho del Trabajo.⁹⁵ Por su parte, que la Recomendación no adjetive a la subordinación en el sentido de “subordinación jurídica” permite deducir que la también la meramente económica podría operar como indicio de relación de trabajo bajo la égida del Derecho del Trabajo.⁹⁶

Respecto de la *responsabilidad* indica que la normativa habrá de abarcar todas las formas contractuales precisando a quien incumbe la responsabilidad, en clara alusión a las situaciones de empleador complejo o de descentralización empresarial.

b) En cuanto a las *políticas nacionales instrumentales* las previene de dos tipos: unas referidas al *mecanismo procesal* para dilucidar el diferendo; y otras a *la aplicación* concreta de los enunciados normativos.

Respecto de los *mecanismos procesales* señala:

+ la *competencia* para dirimirlos en tribunales especializados en materia laboral o de tribunales de arbitraje a los que trabajadores y empleadores tengan acceso efectivo.

+ la *accesibilidad respecto del procedimiento* para dilucidarlos, que lo reclama como expedito, poco oneroso, justo, eficaz y efectivo en el sentido de que fomente el cumplimiento voluntario.

Respecto de la *aplicación de los modelos normativos* indica:

concepción persigue incluir la protección regulatoria del derecho del trabajo también a aquellos trabajadores que están insertos en el ámbito de repercusión de las decisiones de la empresa, o sea que pretende integrar a los trabajadores desprotegidos por un sistema de acumulación flexible.

⁹⁴ Expresa Sidnei Machado en op. Cit pag. 146 que este indicio de la integración a un servicio organizado tiene un gran potencial de operatividad especialmente para ciertos sectores de actividad profesional liberal como médicos, abogados, profesores, etc.

⁹⁵ Concretamente expresa en el numeral 12 : “A los fines de la política nacional a la que hace referencia la presente Recomendación , los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o dependencia”

⁹⁶ Ermida Uriarte, Oscar. Op. Cit. pag. 679.

+ la *formación* apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo, derecho comparado y jurisprudencia para todos los operadores (judicatura, árbitros, mediadores, inspectores de trabajo, otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo)

+ la *interpretación* de los modelos normativos en forma reglada en el sentido de asegurar la protección efectiva y el objetivo del trabajo decente.

+ indirectamente viene a suministrar reglas de *valoración probatoria* en la medida que plantea la determinación de presunciones legales relativas y absolutas. En efecto. Por un lado refiere a la presunción legal de la existencia de la relación de trabajo cuando se den uno o varios indicios, lo que supone que el sujeto pasivo de la acción tendrá la carga de destruirlos a riesgo de concretarse la presunción y que lo presumido deba ser considerado verdadero definitivamente. Por otro lado, admite que previa consulta de las organizaciones más representativas de trabajadores y empleadores se podría determinar qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes. Lo que significa una presunción absoluta de laboralidad.

Ahora bien. Cualesquiera de las dos presunciones legales, en cuanto tales, cobran trascendencia a la hora de determinar la distribución de las cargas probatorias por cuanto el hecho que se presume releva del gravamen probatorio a quien de no estar la presunción estaría llamado a probarlo. La presunción opera en la dinámica del proceso como un mecanismo de desigualdad compensatoria que favorece a la parte que, de otro modo, habría tenido que probar el hecho, corriendo con el consiguiente riesgo.

+ la amplitud de recepción de *medios probatorios* para acreditar hechos que puedan coincidir con las pautas normativas.

c) En cuanto a las políticas nacionales de *control*, apunta a la *revisión periódica* de los criterios para determinar el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo así como la *colaboración* con los servicios de inspección del trabajo, administración de la seguridad social y autoridades fiscales.

3.2. Su valor jurídico.

El instrumento internacional en análisis se trata de una recomendación y no de un convenio internacional, con las diferencias que ello supone en cuanto a su fuerza vinculante para los Estados Miembros.⁹⁷

Distingamos el valor-trascendencia de la aprobación de este cuerpo normativo de su valor jurídico.

En cuanto a su valor-trascendencia, si bien hubiera sido mejor a sus objetivos que se tratara de un convenio en vez de una recomendación, corresponde evaluarla en su contexto temporal. No es poca cosa que luego de dos o tres décadas de flexibilización y desregulación, de “retorno al arrendamiento de servicios” de “fuga”, “huida” o “expulsión” de trabajadores del Derecho laboral, de “empresas unipersonales”, de precarización, de tercerización, de remozamiento de la autonomía individual de la voluntad (rectius: voluntad unilateral del empleador), la OIT aprobara una recomendación reafirmando el principio protector, la primacía de la realidad, la indiferencia de la calificación jurídica que las partes hagan del negocio, el concepto – tan latinoamericano- de relación de trabajo, la subordinación o dependencia (no solo la jurídica), la ajenidad y que recopile un extenso pero no exhaustivo y acumulativo elenco de indicios de la existencia de relación de trabajo regulada por el Derecho Laboral. Indica lo que deben y lo que no deben hacer tanto el legislador como el juez en un ordenamiento jurídico como el uruguayo que carece de regulación interna del punto y ausencia de consagración de presunción de laboralidad.⁹⁸

En cuanto a su valor jurídico y si podría ser utilizada como modelo normativo en la tarea de subsunción de los hechos de cada caso en el que se cuestiona la calificación del vínculo jurídico que compromete trabajo, para sustituir o complementar la elaboración doctrinaria ya señalada, la respuesta es afirmativa.

Ello por cuatro fundamentos.

El primero. El uso en vía jurisdiccional del Derecho Internacional del Trabajo, al que sin duda se integran las recomendaciones de OIT, ha sido impulsada y facilitada por una tendencia más amplia de referencia a los instrumentos internacionales de derecho humanos.⁹⁹ A propósito, por incidencia del principio de progresividad y su tenor de instrumento internacional de derechos humanos, la Recomendación n. 198 de OIT se integra al bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales. En su formulación actual el criterio de

⁹⁷ Arts. 19.2; 19.5 literales b y c 19.6 literales b y c de la Constitución de la OIT.

⁹⁸ Ermida Uriarte, Oscar. Op. Cit. pag. 682.

⁹⁹ Beaudonet, Xavier. “La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticias de una evolución en marcha.” en rev. Derecho Laboral n. 238 llamada n. 2 pag. 245.

la complementariedad se asocia con la idea de interdependencia de las normas sobre derecho humanos que integran el bloque de constitucionalidad para configurar un mandato al intérprete que apunta a considerar el universo constituido por la suma de todos los textos – en el caso, los atinentes a derecho humanos laborales – cualquiera que será su fuente, como un todo indisociable.¹⁰⁰ Cabe agregar además que la propia OIT ha ubicado a las recomendaciones como normas de importancia en el proceso de revisión normativa, promoviendo como parte de ese proceso la adopción de recomendaciones autónomas como sucedáneo de la dificultad adopción de convenios internacionales.¹⁰¹

El segundo, su procedimiento de aprobación del que resulta su vigencia objetiva – aprobación en el seno de la OIT - opera ilustrando la opinión de la doctrina mayoritaria y más recibida.¹⁰² En efecto. La Recomendación constituye un instrumento internacional que nace a la vida jurídica (vigencia objetiva) de la aprobación de los dos tercios de los votos de los delegados presentes, igual que los convenios. (art. 19 num. 2 Constitución de la OIT) No requiere ratificación pero debe ser sometida a la autoridad de cada país miembro para al efecto de darle forma de ley o para adoptar otras medidas. (art. 19. Num. 6 literal b) En consecuencia se trata de un instrumento internacional, integrante del Derecho Internacional del Trabajo que representa la conciencia jurídica universal en tanto es producto de la voluntad de la mayoría de los estados miembros de la comunidad internacional integrantes de la OIT, así como de los órdenes de empleadores y trabajadores también representados.

Atento a los objetivos fundamentales de la OIT, expresados en el preámbulo de su constitución, en la Declaración de Filadelfia y en la Declaración de principios y derechos fundamentales de 1998, la producción normativa entre la que se incluyen las recomendaciones, constituyen instrumentos de realización de los derechos humanos laborales.

El tercero, los principios que la inspiran son coincidentes con el principio de garantía de tutela del trabajo en general (art. 53), y en especial en el “ámbito de la relación de trabajo o

¹⁰⁰ Barbagelata, Héctor Hugo. El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. marzo 2009 pag. 240. “El derecho universal del Trabajo” en Rev. de la Facultad de Derecho n. 31. En Homenaje al Prof. Oscar Ermida Uriarte. Pag. 53.

¹⁰¹ Barretto Ghione, Hugo. “Las normas internacionales como factor de renovación del derecho del trabajo sustantivo y procesal” en Rev. de la Facultad de Derecho n. 31. En Homenaje al Prof. Oscar Ermida Uriarte. Pag. 67.

¹⁰² Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo T. I. vol 1 pag. 201 3ra ed, Montevideo 2002; Rev. Judicatura n. 45 pag. 62; Ermida Uriarte, Oscar. “Aplicacao das normas internacionais do trabalho” en Revista do Advogado N. 110 pag. 137. Sao Paulo 2010; Beaudonet, Xavier . “La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales” en Normas Internacionales del trabajo para magistrados, juristas y docentes en derecho. Cinterfor OIT 2011. pag. 130.. Derecho Internacional del Trabajo y derecho interno. Manual de Formación para jueces, juristas y docentes en derecho. Bajo la dirección de Xavier Beaudonet. Centro Internacional de Formación de la OIT. Turín. Ejrlb.net/oit/Manual de jueces de Turín. pdf

servicio” (art. 54) de la Constitución uruguaya. En efecto. Indica la Recomendación en sus considerandos que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo como surge del Preámbulo de la Constitución, de la Declaración de Filadelfia de mayo de 1944, así como con la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo de 1998. Por su parte, la “relación de trabajo o servicio” constituye desde el texto constitucional un ámbito de aplicación de la tutela sobre el que se ha edificado el Derecho del Trabajo en cumplimiento de su realización a través de la ley. Por lo que, la interpretación del alcance de este ámbito que opera como fuerza centrípeta del Derecho del Trabajo, consiste, ni más ni menos, que en una tarea de interpretación de la constitución. Y, la interpretación de la constitución debe realizarse contextual y axiológicamente. Lo que significa que el resultado interpretativo sea una forma de realización de los valores constitucionales.¹⁰³¹⁰⁴ De allí que siendo la relación de trabajo el terreno en el que se realiza la protección constitucional, la delimitación de su concepto debe realizarse tomando en consideración los valores que adquieren forma de principios.

El cuarto, el criterio general planteado por la Recomendación – poner especial atención en la etapa de ejecución - presenta un contenido coincidente con el art. 1301 del Código Civil ubicado en sede de interpretación de los contratos que asigna relevancia en la interpretación del vínculo a “los hechos de los contrayentes posteriores...” al acto de celebración. Y resulta de utilidad para interpretar esta disposición provocando su gravitación a la hora de resolver el debate, ya que redundaría en que los actos posteriores son los actos de la etapa de ejecución independientemente de lo que se hubiera pactado en contrario. Pero además como privilegia los hechos respecto de las formalidades, se compadece con el principio de primacía de la realidad que informa todo el Derecho del Trabajo.

Los cuatro fundamentos que vienen de relevarse autorizan considerar la Recomendación n. 198 como herramienta de interpretación del derecho interno. En particular, del ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la garantía de protección del art. 53 así como del concepto “relación de trabajo o servicio” del art. 54 para poder distinguir las relaciones de trabajo de las verdaderas relaciones civiles y comerciales.¹⁰⁵

¹⁰³ Cassinelli Muñoz, Horacio. “La apelación para ante la Asamblea General según el art. 303 de la Constitución” en Rev. D.J.A. Tomo 55 pags. 125 y 126 citado por Risso Ferrand, Martín. Derecho Constitucional Tomo I. pag. 64.

¹⁰⁴ Sentencia n. 146/1997 de la Suprema Corte de Justicia citada por Risso Ferrand, Martín. Op. Cit. pags 70 y 71.

¹⁰⁵ Beaudonet, Xavier. “La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticias de una evolución en marcha.” En rev. Derecho Laboral n. 238 pag. 254.

De allí, el rol de modelo normativo apto para la subsunción de los indicios que para la determinación de la relación de trabajo presenta la Recomendación. Indicios cuya ocurrencia en mayor o menor medida, requerirá de un juicio de ponderación que evalúe su incidencia realizando un razonamiento y fundamentación de peso y contrapeso entre los hallados, los no hallados y la fuerza persuasiva individual y en conjunto.

En consecuencia, dos variables habilitan empezar a perfilar un nuevo paradigma en el criterio interpretativo de los hechos cuando a través de un vínculo jurídico se compromete trabajo en Uruguay: por un lado, el nuevo modelo de relaciones de trabajo y sus nuevas notas constantes, todas en sus nuevas formas de presentación; por otro, la fuente herramienta interpretativa de la “relación de trabajo o servicio” constitucional, ubicada en la doctrina que surge de la Recomendación n. 198 de OIT. Lo que significa que detectado por la jurisprudencia uno o varios de los nuevos o de los viejos indicios enunciados por la Recomendación n. 198, y aunque no se identifiquen rastros de subordinación jurídica, es posible la calificación del vínculo como relación de trabajo y por ende, ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. De todos modos y teniendo presente el principio constitucional de libertad que entra en tensión con el de protección del trabajo que prescinde de la autonomía de la voluntad e impone la aplicación del Derecho del Trabajo, podría llegar a ser diversa. Sin embargo, tratándose de un enfrentamiento de principios, sólo podría serlo, si pudiera relevarse una explicación razonable que justificara el desplazamiento de la promesa de tutela constitucional, que no solo compromete al legislador sino también a la jurisprudencia.

4. La jurisprudencia laboral uruguaya posterior a la Recomendación n. 198 de OIT. ¹⁰⁶

Si bien mayoritariamente la jurisprudencia laboral uruguaya se mantiene apegada al criterio de la subordinación jurídica como excluyente y definitorio de la relación de trabajo objeto del Derecho del Trabajo, se detectan algunas sentencias relativamente recientes que además de cuestionarse el “aggiornamiento” del mismo, han dado paso a nuevos argumentos: gravitando los indicadores de la Recomendación n. 198 de OIT, analizando la tensión entre principios constitucionales; y re-posicionando la subordinación jurídica.

¹⁰⁶ Debe precisarse el mecanismo de ubicación de la información. Las sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia y los Tribunales de Apelaciones que se citan, han sido ubicadas en la Base Nacional de Jurisprudencia Pública del Poder Judicial (bjn.poderjudicial.gub.uy). Otro procedimiento de recolección tuvieron que recorrer las de primera instancia, tanto de Montevideo como del interior del país, que fueron solicitadas directamente a cada una de las Sedes dictaminantes. Ello por cuanto no han sido recogidas aún por la BNJ. En consecuencia debe prevenirse que de ningún modo pueda entenderse agotada la búsqueda ni descartada la existencia de otras. Situación que bien justificaría la profundización de esta presentación.

4.1. La Recomendación n. 198 de OIT como fundamento de la calificación del vínculo.

Se relevan un grupo de sentencia que valiéndose de la Recomendación n. 198 de OIT, comienzan a trazar una nueva línea jurisprudencial. Algunas, buscando los indicadores de la Recomendación entre los hechos ilustrados en el proceso, otras que desmoronando el paradigma admiten el abatimiento de la trascendencia del criterio de la subordinación jurídica.

¹⁰⁷ Pero todas, irrogándole al conjunto e individualmente a cada uno de los indicadores detectados un valor argumental sintomático. Proceder que sin duda respeta el tenor de la Recomendación, en tanto los enuncia como principales (art. 9 cap. II), posibles (art. 11 cap. III), a título de ejemplo (art. 12 cap. II)

En un caso en el que se debatía la naturaleza del vínculo – relación de trabajo *versus* arrendamiento de servicios – entre un médico que cumplía mas de una función para una cooperativa de asistencia médica en la ciudad de Rivera, la sentencia de primera instancia n. 8/2012 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de 5to. Turno de Rivera a cargo de la Dra. Adriana Morosini analizó uno a uno los indicios de la Recomendación. Pero hizo hincapié en la inserción como argumento calificador y falló acogiendo la demanda. Relevó que el médico reclamante que se desempeñaba como intensivista rotulado por la institución de asistencia médica como una arrendatario de servicios, se encontraba inmerso en la estructura funcional de la mutualista en la medida que: cumplía funciones de coordinador del C.T.I., dependía jerárquicamente de la Dirección Técnica de la institución, daba órdenes, coordinaba y controlaba a los otros médicos intensivistas, licenciadas y auxiliares de enfermería de dicho servicio; coordinaba los tratamientos de pacientes internados. ¹⁰⁸ En la de segunda instancia n. 321/2013 dictada por el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er Turno, se suscitaron dos discordias totales, e integrada la Sala fue confirmada parcialmente la del grado anterior manteniendo la calificación del vínculo por los mismos fundamentos. ¹⁰⁹ Promovido recursos de casación por ambas partes, fueron resueltos por la n. 472/2014 redactada por el Dr. Jorge Chediak, que amparó por mayoría, con dos discordias, los agravios de la parte demanda y

¹⁰⁷ Raso Delgue, Juan.” La influencia de las normas internacionales del trabajo en el surgimiento y evolución del Derecho Laboral Latinoamericano, con especial referencia a la experiencia de Uruguay” versión en internet pag. 11. Rivas Ana Gabriela. “Aplicación de los Convenios Internacionales de Trabajo en la jurisprudencia uruguaya” en rev. Derecho Laboral. N. 244 pag. 693 y sgtes.

¹⁰⁸ La sentencia de primera instancia está inédita.

¹⁰⁹ Las discordias totales de dos de los integrantes naturales de la Sala y parcial de uno de los Ministros sorteados para la integración, determinaron que la búsqueda del número de voluntades necesarias, en la sentencia de segunda instancia intervinieran seis Magistrados.

casó la de segunda instancia y desestimó la demanda. A los efectos que se investigan, resulta interesante reparar en el fundamento medular de la sentencia en mayoría y de las discordias. El fundamento invocado por los Ministros firmantes de la sentencias refirió a la ausencia de prueba de subordinación jurídica, en el entendido que este, "...es el elemento típico por excelencia que permite identificar el contrato de trabajo y diferenciarlo de otras figuras similares..." Una de las discordias, la del Dr. Jorge Ruibal sufragó por el rechazo del recurso y confirmación de la sentencia del "ad quem" con fundamentos en la misma doctrina que la Sala en mayoría pero valorando la prueba en forma diversa en tanto expresó que "...a fin de caracterizar un contrato como laboral, es preciso verificar la existencia de los elementos que la doctrina ha reputado como esenciales: actividad personal, onerosidad, durabilidad, continuidad, exclusividad y fundamentalmente subordinación sobre todo en su aspecto jurídico, como contrapartida del poder de dirección que tiene el patrono para dirigir la actividad de su empleado cuando lo crea necesario..." Por su parte la discordia del Dr. Ricardo Pérez Manrique también sufragó por la confirmatoria en la calificación del vínculo jurídico como relación de trabajo expresando que "... la situación de autos debe ser analizada a partir del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales y específicamente la Recomendación No. 198 de la OIT criterio de interpretación de aplicación a casos como el de autos (Cfme. Héctor Hugo Barbagelata "El Bloque de Constitucionalidad de los Derechos Humanos Laborales", págs. 237-238)" Y agrega que "...Se comparte con la Sala en mayoría que existen dos elementos que inciden significativamente en tal decisión: la inserción del trabajador en la empresa, y la ausencia de justificación razonable para colocar su prestación del trabajo al margen de la protección del derecho del trabajo. Ello por cuanto no surgen de autos razones que hubieran determinado al reclamante colocarse fuera del estatuto de protección en situación distinta a la que se hallaba respecto de la función de médico internista y de policlínica, máxime cuando surge de autos que el actor nunca suscribió el contrato de arrendamiento de servicios con la demandada, lo que determina asimismo se desestime el agravio referido a la incidencia del principio de buena fe en el subexamine"... "A mi criterio el principio de realidad lleva a concluir en este caso que la posición de la demandada no es ajustada a derecho, configurándose hipótesis en que se utiliza la figura del arrendamiento de servicios para eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales en perjuicio del trabajador y de los organismos previsionales"

1. La sentencia nro. 209/2010 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er Turno, redactada por el Dr. Fernando Cardinal, resuelve la competencia para entender en segunda instancia en una acción de amparo regulada por la ley 17.940, contra la Intendencia de Maldonado, invocando la Recomendación n. 198 como instrumento de interpretación del ordenamiento interno y en tanto integrante del bloque constitucional y por ende como desarrollo del art. 53 de la Constitución.

2. De la misma Sala y por el mismo Redactor, la sentencia nro. 147/2010 se expide sobre la naturaleza jurídica del vínculo trabado denominado contrato de “cachet” entre un periodista y el Ministerio de Educación y Cultura, expresando que si bien la Recomendación n.198 carece de fuerza normativa, opera como marco interpretativo del derecho interno (del art. 319 de la ley 17.296)

3. Un grupo de sentencias a partir del año 2009, utilizan la Recomendación n. 198 de OIT como fundamento principal para la calificación del vínculo jurídico que compromete trabajo, haciendo hincapié en su valor jurídico como expresión de la doctrina mas recibida por su condición de exponente de la conciencia jurídica universal.¹¹⁰

De los indicadores de la Recomendación n.198, el mas frecuentemente invocado es el de la *inserción* del trabajador en la organización de la empresa, como un eslabón mas de la cadena del proceso productivo o de la estructuración de la actividad empresarial, e incluso ha resultado decisivo en algunos casos.¹¹¹¹¹²

¹¹⁰ Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno. Año 2009: sentencias nros. 204/2009; 174/2009, 195/2009. Año 2010 sentencias nros.: 103/2010, 180/2010, 213/2010, 230/2010, 231/2010, 251/2010, 380/2010, 427/2010, 446/2010, 448/2010, ,536/2010; Año 2011 sentencias nros: 51/2011, 67/2011, 73/2011, 85/2011, 128/2011, 153/2011, 173/2011, 338/2011, 383/2011, 388/2011, 428/2011, 442/2011, 444/2011, 446/2011, 513/2011, 530/2011; Año 2012 sentencias nros: 58/2012, 102/2012, 108/2012, 125/2012, 133/2012, 147/2012, 161/2012, 163/2012, 211/2012, 232/2012, 238/2012, 256/2012, 257/2012, 295/2012 297/2012, 327/2012, 328/2012, 356/2012, 372/2012, 387/2012, 428/2012, 442/2012, 477/2012, 492/2012, 508/2012, 517/2012, , 536/2012, 537/2012; Año 2013 sentencias nros. 2/2013, 20/2012 61/2013, 80/2013, 84/2013, 94/2013, 147/2013, 163/2013, 190/2013, 215/2013 217/2013, 217/2013, 218/2013, 235/2013, 314/2013, 316/2013, 325/2014, 0012-350/2013, 360/2013, 0012-364/2013,, 443/2013; Año 2014 sentencias nros. , 0012-5/2014, 0012-12/2014, 0012-25/2014, 0012-56/2014, 0012-89/2014, 0012-96/2014, 0012-112/2014, 0012-113/2014, 0012-122/2014, 0012-127/2014, 0012-144/2014, 0012-171/2014, 0012-04/2014, 0012-340/2014, 0012-256/2014, 0012-365/2014. Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 4to. Turno. Año 2013. 0511-321/2013, 0511364/2013, 0511-365/2013. Todas las sentencias citadas, de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales de Apelaciones de Trabajo pueden verse en texto íntegro en la base de jurisprudencia abierta y gratuita del Poder Judicial : *bjn.poderjudicial.gub.uy*

¹¹¹ Daniel Rivas en op. Cit Los indicios de la subordinación, pag. 83 relevó este indicador en la jurisprudencia uruguaya anterior a la Recomendación n. 198 de OIT.

¹¹² Entre ellas del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno: nros: 383/2011, 388/2011, 383/2011, 102/2012,295/2012, 133/2012,232/2012, 238/2012, 422/2012 , 536/2012, 12-100024/2013, 12-000080/2013, 12-000094/2013, 12-00147/2013,y discordia a en sentencia n. 692/2012 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3er. Turno

Dentro de este grupo vale señalar un caso que se tramitó en dos instancias y casación. Los hechos del proceso dieron cuenta de que la demandante es una señora que al tiempo de la demanda es viuda de un empleado de un club deportivo de la ciudad de Salto. Su esposo trabajaba para el club siendo categorizado por esta como “canchero de segunda”, categoría que conforme la descripción correspondiente implicaba el mantenimiento, limpieza control y vigilancia de canchas y gimnasios y otras áreas similares. La familia del canchero, esposa e hijos, vivían en el local del club deportivo. La viuda alegó haberse ocupado de lavar toda la indumentaria deportiva de las distintas divisionales que su esposo entregaba limpia a cada una. Cuando falleció el canchero de segunda, la demandante dejó de lavar la indumentaria y primero pasó a hacerlo gratuitamente y para todas las divisionales, una hinchable del club y más tarde, esta continuó haciéndolo para el plantel superior y el trabajador que sucedió al fallecido, pasó a ocuparse de lavar la de los juveniles. La demandante se autocalificó como trabajadora dependiente del club por el lavado de la indumentaria ; y la demandada, alegó desconocer que la actora realizaba tal tarea pero admitió que el fallecido se ocupaba de entregar la ropa limpia, y calificó la actividad de la actora a lo sumo como colaboración con su esposo.

La sentencia de primera instancia n. 129/2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Salto de 6to. Turno dictada por la Dra. Raquel Gini desestimó la demanda sobre el argumento principal de la ausencia de prueba de hechos que ilustraran la subordinación jurídica, indicando que las tareas que realizaba tanto la actora como sus hijos eran de colaboración con el trabajador canchero fallecido en calidad de esposa e hijos lo que resultaba totalmente lógico atendiendo a que toda la familia residía en el club. Hizo hincapié además en que, había resultado probado que lavaba la ropa del club junto con la de la familia y que el club no le había abonado salario alguno durante los veinte años que vivieron allí ni ésta lo había solicitado.

La sentencia de segunda instancia n. 530/2011 dictada por el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno revocó y amparó la demandada calificando a la demandante como trabajadora dependiente del club argumentando principalmente que la incontrovertida tarea del lavado de la indumentaria deportiva de las distintas divisionales del club, que no pertenecía a la categoría de canchero de segunda del trabajador fallecido, las había realizado en directo beneficio del club ya que formaba parte del engranaje de funcionamiento y objetivo social del club, revelando el criterio de la inserción que indica la Recomendación n. 198 de OIT. Además de haberle reportado un beneficio directo al club y corriendo éste con los

riesgos financieros de la tarea. En consecuencia la sentencia de alzada utilizó como argumentos principales, la prueba de hechos que revelaban dos elementos: la inserción en la estructura de funcionamiento de la demandada y la ajenidad.

La sentencia dictada en casación n. 645/2012 redactada por el Dr. Jorge Larriueux confirmó en mayoría, con una discordias, la de segunda instancia. También consideró como punto central del debate, la individualización del beneficiario de la tareas de la actora. Partiendo del principio de primacía de la realidad y sin dejar de reconocer la complejidad del caso, la Suprema Corte de Justicia indicó que si bien el vínculo de subordinación es un elemento relevante y en el caso no se había logrado acreditar. Sí, se había ilustrado en su lugar que la actora prestaba un servicio personal por cuenta ajena que nunca había sido remunerado. Y en base a este argumento principal desestimo el recurso de casación, quedando entonces firme la sentencia de segunda instancia.¹¹³

En cuanto a la discordia del Dr. Jorge Chediak, se pronunció por amparar la casación y confirmar la sentencia de primera instancia, invocando como argumento medular que lo que interesa fundamentalmente en el contrato de trabajo es que el servicio cualquiera sea su naturaleza se preste en forma subordinada. Señaló que en autos la prueba producida era prácticamente solo testimonial no habiéndose recabado prueba documental que siquiera intentara acreditar las afirmaciones de la actora. Destaca la discordia que no surge acreditada la subordinación que resulta indispensable para poder calificar el vínculo como relación laboral, ya que no hay prueba de que la demandada le impartiera órdenes a la actora ni que la remunerara por ese larguísimo período de tiempo, correspondía aplicar la teoría de los actos propios.

Como viene de verse, la Suprema Corte de Justicia por mayoría, en este caso marginó totalmente la trascendencia al elemento subordinación jurídica que otrora fuera signado por la propia Corporación como el más típico de la relación de trabajo. A tal punto que afirmó tajantemente que no estaba probada la subordinación, pero, re valoró, otros indicadores que también habían sido sindicados como típicos por la doctrina: el trabajo prestado en beneficio de otro en forma personal y sin correr con los riesgos. Ello aún en ausencia de subordinación, referencia que debe entenderse como sin subordinación jurídica. Por lo que , en este caso la Suprema Corte de Justicia calificó como relación de trabajo un vínculo que comprometió trabajo en forma personal, en términos de ajenidad y directamente en beneficio de otro, y sin haberlo retribuido durante tantos años, a pesar de la ausencia de prueba de la subordinación.

¹¹³ El Dr. Daniel Gutiérrez acompañó a la mayoría de la Sala argumentando que el impugnante no había atacado los fundamentos de la sentencia atacada.

Pareció inclinarse entonces, por lo que la doctrina ha llamado el fin del discurso único de la subordinación.¹¹⁴¹¹⁵

4. También en primera instancia se relevan sentencias que parten de la Recomendación n. 198 de OIT como modelo normativo.

Las sentencias nros. 7/2012, 55/2012, 56/2012, 67/2012¹¹⁶, 78/2012¹¹⁷, 55/2013¹¹⁸ y 46/2014¹¹⁹ dictadas por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de la Capital de 1er. Turno a cargo de la Dra. Verónica Scavone, califican la naturaleza del vínculo jurídico que compromete trabajo. Sostiene, en fundamento común a todas, que ante la inexistencia de norma específica interna que defina la relación de trabajo ni indique indicios de la misma, corresponde acudir a los instrumentos internacionales tales como la Recomendación n. 198. Entonces en cada una de ellas analiza la presencia de los indicadores de la Recomendación así como el grado de libertad del prestador del trabajo para pactar y la existencia de la ventaja que habría movilitado su voluntad para colocarse por fuera del Derecho del Trabajo.

Las sentencias nros. 58/2012, 60/2012, 88/2012, y 21/2014 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de la Capital de 2do. Turno, dictadas por la Dra. Lina Fernández Lembo resuelven la naturaleza del vínculo jurídico analizando los indicios que plantea la dogmática nacional clásica. En la última sentencia citada indica que la Recomendación n. 198 plantea indicadores tanto para determinar la existencia o no de vinculación laboral directa, típica entre un sujeto y quien dice ser empleado como para ser aplicada a otras situaciones como las relaciones triangulares, que se verifican a vía de ejemplo en hipótesis de tercerización y trabajo para-subordinado. Entonces, el elemento “inserción en la organización de la estructura productiva” podría sumarse pero no desplazar la necesidad de detectar el elemento subordinación. Por lo que concluye que, aun admitiendo lo opinable del punto, la inserción en la estructura productiva, carece de aptitud y rendimiento conceptual para desplazar el criterio tradicional de la subordinación por cuanto, como destacan los

¹¹⁴ Barretto Ghione, Hugo. op. Cit. “La determinación de la ...” pag. 96.,

¹¹⁵ En Uruguay existe un órgano superior de justicia, la Suprema Corte de Justicia, que tiene competencia exclusiva en materia de casación, y no tiene especialización por materias divididas en Salas.

¹¹⁶ Todas estas resuelven un conflicto de calificación del vínculo entre relación de trabajo y arrendamiento de servicios.

¹¹⁷ Resuelve el conflicto de calificación entre relación de trabajo y accionista de la sociedad anónima demandada.

¹¹⁸ Resuelve el conflicto de calificación entre relación de trabajo y arrendamiento de servicios.

¹¹⁹ Este caso trata de quien se consideró empleada y socia de la cooperativa demandada y en consecuencia reclamó la condena en indemnización por despido. Ante la controversia respecto de la calificación como empleada y la detección por la sentencia de hechos que respaldaban una u otra calificación, sostuvo que el elemento inserción resultaba vital para resolver el conflicto en la medida que la reclamante nunca había ocupado cargos de gestión en la cooperativa.

impugnadores del concepto en su significación como nota definitoria de la relación laboral, se trata de un elemento ajeno al aspecto obligacional, jurídico, que es el que ha de resultar determinante para la categorización de una vinculación como laboral o no. Concluyó descalificando el vínculo como relación de trabajo.

La sentencia n. 93/2012 dictada por el Juzgado Letrado de Instancia Única de 3er. Turno a cargo de la Dra. Ana Gabriela Rivas, calificó el vínculo como relación de trabajo al amparo del Derecho del Trabajo en un caso en el que el reclamante había prestado servicios para una cooperativa. El promotor sostenía su condición de trabajador inmerso en una relación de trabajo y el demandado, si bien admitía el trabajo prestado alegaba su condición de socio cooperativista. La sentencia valoró en conjunto los indicios clásicos pero sumó al análisis los indicios señalados en la Recomendación n. 198 de OIT y entre ellos especialmente a la inserción en la organización de la cooperativa.¹²⁰ Concluyó fallando por la configuración de relación de trabajo.

En el caso resuelto por sentencia n.51/2013 de la misma sede y juez, la argumentación siguió un derrotero similar. Se afilió a la doctrina clásica en cuanto a la fuerza excluyente del elemento subordinación jurídica, pero también analizó los restantes indicadores sugeridos por la Recomendación. Entendió probado que las tareas del actor consistían en cobrar las colaboraciones que brindaban amigos y allegados de una asociación sin fines de lucro, rindiendo cuentas una vez por mes cuando él mismo lo resolviera, percibiendo comisión sobre lo cobrado, utilizando su vehículo para desplazarse respecto del que corría con todos los gastos. La sentencia ponderó por un lado, que prestaba trabajo para otro – la institución – pero por otro, que se relevaban indicios de una subordinación mínima, ajenedad en los riesgos, y prácticamente total desconexión con la organización de la demandada concluyendo en la ausencia del elemento inserción. Concluyó desestimando la calificación como relación de trabajo.

La sentencia n. 82/2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 5to. Turno a cargo de la Dra. María del Carmen Corujo abordó el rol de dos trabajadores que se ocupaban del mantenimiento del sistema informático de la empresa conociendo solo ellos las claves de acceso. El argumento principal de la decisión que los calificó como trabajadores dependientes rechazando la calidad de trabajadores titulares de empresas unipersonales según había invocado la demandada, consistió en que la labor de ambos, constituía el soporte fundamental de la organización de aquella que se dedicaba a servicio de radiotaxi las

¹²⁰ Publicada en la rev. Derecho Laboral n. 250 pag. 213 con comentario a cargo de Héctor Zapirain.

veinticuatro horas del día. Coadyuvó presentando la misma incidencia, la constatación de la ajenidad en los riesgos de la actividad en tanto la demandada era quien les proporcionaba todos los materiales e insumos para la tarea.¹²¹ Concluyó calificando el vínculo como relación de trabajo.

Las sentencias nros. 24/2013¹²² y 8/2014¹²³ del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de la Capital de 21 Turno, a cargo de la Dra. Cecilia Shroeder, parten de la guía de los indicadores de la Recomendación n. 198 y buscan en cada caso, la prueba de hechos que revelen uno o varios de ellos. En ambas, concluyó en la configuración de relación de trabajo.

La sentencia n. 5/2012 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Cerro Largo de 5to. Turno dictada por la Dra. Inés Peralta, resolvió un caso en el que el trabajador se hacía sustituir por su esposa cuando estaba enfermo y ponía su vehículo para trabajar costeadando todos sus gastos. Esto es, un caso en el que ni existía actividad personal ni total ajenidad en los riesgos, pero operaba de contrapeso decisivo que el trabajador se insertara en el engranaje organizativo de la empresa interactuando con otros trabajadores admitidos como dependientes y vendiera los productos a los clientes de la empresa. Y concluyó en la calificación del vínculo como relación de trabajo.

La sentencia n. 83/2012 dictada por la Dra. Mónica Ivanovich a cargo del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Rivera de 3er Turno investigó la prueba de hechos que revelaran tanto los indicios en su presentación clásica como en el tenor de la Recomendación n. 198. Realizó un juicio de ponderación de diversos aspectos del vínculo que surgían de la ilustración de hechos que permitían deducir: la posibilidad de existencia de instrucciones y control de la tarea desarrollada por el actor, la integración del mismo en la organización de la empresa, - en la función de repartidor de pedidos del local gastronómico - la realización del trabajo en beneficio ajeno (lo que importó a los demandados expandir su clientela), la realización del trabajo en un lugar y tiempo indicados y autorizados por quienes se beneficiaron del mismo, la duración y continuidad de la labor, la disponibilidad del

¹²¹ Sentencia n. 82/2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 5to. Turno, Dra. María del Carmen Corujo publicada en rev. Derecho Laboral n.248 pag. 783.

¹²² Este caso refiere a un vínculo entre quienes confeccionan prendas de vestir a domicilio para la demandada y se entienden inmersos en una relación de trabajo y quien lo encarga y recibe que lo califica como arrendamiento de obra.

¹²³ El caso refiere a quien se autocalificó como empleado de un grupo de empresas que según dijo eran titulares de una radio, indicando que fue contratado como periodista y productor pero que en el curso de los años se le fueron agregando tareas. Sostuvo además que durante ciertos períodos se lo incorporó en la planilla de trabajo de una de ellas y en otros se le dio tratamiento de trabajador independiente. Por su parte todas las co demandada alegaron su falta de legitimación pasiva calificando el vínculo como arrendamiento de servicios.

trabajador, la periodicidad de la remuneración, y aún, que utilizaba su moto y costeaba los gastos. Concluyó calificando el vínculo como relación de trabajo.

4.2. Principio de protección y estatuto; y principio de libertad para contratar.

Se releva un elenco de sentencias que analizando la tensión entre los dos principios – de protección y de libertad para contratar – indagan acerca de la existencia de una *justificación razonable* que explique acabadamente, que a quien trabajó le interesara colocarse por fuera de la protección especial del Derecho del Trabajo.¹²⁴

En primera instancia un caso en que la trabajadora alegaba su condición de dependiente cumpliendo funciones tanto de licenciada en enfermería como de podóloga y la demandada solo la admitía por la primera calificando la segunda como un arrendamiento de servicios, la sentencia n. 89/2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Rivera de 4to. Turno, Dra. Gabriela Rodríguez Fagián valoró a favor del planteo de la primera que:

no es lógico ni coherente, un “desmembramiento” o una “disociación” en la calificación jurídica de la contratación de la actora como podóloga en la institución. Debe optarse entonces por una solución “integral” de la calificación jurídica del vínculo entre las partes, y esa solución integradora en el caso, no es otra que recurrir al estatuto del trabajador dependiente que ofrece mayor protección al sujeto que compromete su fuerza de trabajo....

Tal conclusión obedece además, a que no hay explicación racional que justifique que la actora haya optado por una modalidad de contratación menos protectora..., además de no apreciarse..., las claras razones o ventajas que la hubieran inducido a contratar bajo la modalidad del arrendamiento de servicios, cuando de infolios emerge que ni siquiera podía afiliarse por ejemplo a la Caja Profesional por no estar incluida la tecnicatura de podólogo dentro de las profesiones incluidas en dicha caja paraestatal...; por lo que ni siquiera puede argumentarse que podría eventualmente beneficiarse con otra jubilación bajo otro sistema de aportes.

Conclusiones

El Derecho del Trabajo en Uruguay se construye satisfaciendo la garantía de protección constitucional del trabajo. Tutela que no se agota en el texto constitucional sino que encuentra amplio reconocimiento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tanto en instrumentos regionales como universales.

¹²⁴ Sentencias del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno nros. 251/2010, 96/2012, 133/2012; 410/2012; 17/2012; 12-000024/2012; 12-000080/2012; 12-000190/2013; 12-10.0055/2012; 49/2012.

En un ordenamiento jurídico como el uruguayo, teniendo especialmente en cuenta los arts. 53 y 54 de la Carta, la puerta de entrada del estatuto del Derecho del Trabajo – o por lo menos una de ellas -, es la relación de trabajo. De allí la trascendencia de su determinación. La calificación del vínculo que compromete trabajo, como relación de trabajo, dispara en cascada el estatuto protector.

Pero el principio protector convive con el principio de libertad en su proyección de la elección de la forma para comprometer la fuerza de trabajo. Vale decir, de la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, una controversia jurisdiccional acerca de la naturaleza del vínculo que compromete trabajo humano, supone, necesariamente, cuestionamiento, análisis y fundamentación, acerca del grado de libertad con la que actúan las partes tanto al tiempo de pactar como de ejecutar las obligaciones asumidas. Ésta, es tarea difícil para el juez. Porque los dos principios – tutela y libertad – derivan de la dignidad humana y al enfrentarse como consecuencia de las posiciones discrepantes de los litigantes, el juez se verá enfrentado a descubrir los hechos que justifiquen que en el caso, un principio ceda frente al otro.

Ahora, partiendo que el hombre actúa razonablemente, a priori no se podría justificar o siquiera comprender que prefiriera, aceptara o aún adhiriera a ser parte de un vínculo jurídico desprovisto de toda tutela especial. No es razonable que actúe prefiriendo comprometer los frutos de su trabajo en un medio de riesgos cuando estaba a su alcance optar por la ajenidad de los mismos. Claro, salvo que se releve una razón muy potente que permitiera apreciar que por lo menos a la hora del resultado final saldría muy favorecido. En este sentido, solo detectando hechos que aportaran una explicación razonable para el despojo del Derecho protector podría admitirse la calificación como trabajo independiente bajo otras formas contractuales. De allí que los hechos deberían demostrar las ventajas del trabajo al margen del Derecho del Trabajo para que el diferendo pudiera volcarse – legítimamente – a favor de la calificación de relación jurídica civil o comercial verdadera.

De lo contrario, debe preferirse la calificación como relación de trabajo aún en casos de ordenamientos jurídicos en los que no exista presunción legal de laboralidad, haciendo operar una presunción judicial derivada de que el hombre actúa bajo la égida de la razón.

En Uruguay, en una primera etapa de un proceso no acabado, ante la ausencia de presunción legal de laboralidad, la jurisprudencia a través de la casuística fue elaborando un abanico de indicios móviles, cada uno de ellos con mayor o menor trascendencia dependiendo de la situación concreta, que encastrados cual pieza de rompecabezas enlazados por un hilo

argumental, dibujaban el concepto de subordinación en torno al cual se asentaba la relación de trabajo. Estos, sistematizados luego por la doctrina operaron como modelos normativos.

El cambio de las relaciones laborales, determinó la aparición mas o menos constante de nuevas modalidades de presentación de los indicios así como el re posicionamiento de los clásicos. En el proceso de sistematización en curso de estas nuevas “normalidades” ha actuado como guía la Recomendación n. 198 de OIT en rol de herramienta de interpretación de la “relación de trabajo o servicio “que invoca la Constitución.

La forma de aprobación de una recomendación en el seno de la Conferencia de la OIT por dos tercios de votos de los presentes determina considerarla a pesar de carecer de fuerza vinculante, como un instrumento de derecho internacional de trabajo exponente del pensamiento de la mayoría de los Estados miembros de la OIT.

Puede detectarse una nueva tendencia jurisprudencial que partiendo del modelo de las relaciones de laborales del presente, del mandato de tutela constitucional, estimando los indicios presentados por la Recomendación n. 198 como supuestos normativos, y acompañando a la también nueva dogmática, viene perfilando un nuevo paradigma en la optimización del principio de “protección del trabajo” (art. 53) y en la interpretación del concepto de “relación de trabajo o servicio” (art.54). Poniendo énfasis a la hora de la instrucción del caso, en el análisis del grado de libertad con el que actuaron los sujetos involucrados, tanto a la hora de la programación del vínculo como a la hora de su ejecución. Preguntándose como guía en la indagatoria de hechos que colaboraran a la calificación del vínculo: Primero: ¿existió razonable ventaja para el trabajador – prestador del trabajo, para elegir, o tolerar, quedar al margen de la de la protección del Derecho del Trabajo? Segundo: ese hombre trabajador ¿fue libre de elegir o tolerar?

Referencias

BARBAGELATA, Héctor Hugo. Curso sobre evolución del pensamiento jus laboralista. Editorial F.C.U. 2009

BARBAGELATA, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo T.1 Vol I

BARBAGELATA, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo. T I Vol 2

BARBAGELATA, Héctor Hugo. El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. marzo 2009

BARRETTO GHIONE, Hugo. “Las normas internacionales como factor de renovación del derecho del trabajo sustantivo y procesal” en Rev. de la Facultad de Derecho n. 31. En Homenaje al Prof. Oscar Ermida Uriarte

BARRETTO GHIONE, Hugo. Dimensiones del derecho a la igualdad en el mundo del trabajo” en AA.VV. El principio de igualdad en la teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica. FCU. 2008

BARRETTO GHIONE, Hugo. “La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación n. 198 de OIT y el fin del discurso único de la subordinación” en rev. Derecho Laboral n. 225

BEAUDONET, Xavier. “La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticias de una evolución en marcha.” en rev. Derecho Laboral n. 238 llamada n. 2

BEAUDONET, Xavier. “La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales” en Normas Internacionales del trabajo para magistrados, juristas y docentes en derecho. Cinterfor OIT 2011

BEAUDONET, Xavier. “La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticias de una evolución en marcha.” En rev. Derecho Laboral n. 238

BRONSTEIN Arturo. “Ambito de la relación de trabajo: el debate en la OIT. En La Subordinación o dependencia en el Contrato de Trabajo en el Proceso de Transformación de la Empresa. LexisNexis. Chile

BUSNELLI, Francesco Donato “¿Cómo codificar. El Método” trabajo on line <http://www.adndresbello.org> , traducción del francés por Mauricio Tapia

DE FERRARI, Francisco. “El trabajo como hecho” en rev. Derecho Laboral n. 15

DE FERRARI, Francisco. “Trabajo intelectual y contrato de trabajo” rev. Derecho Laboral t.II

DURAND, Paul y GARCÍA, Alonso en Curso de Derecho Laboral T.1 VolII Ed. Acali 1979

ERMIDA URIARTE, Oscar. “El concepto de subordinación o dependencia en el Derecho Laboral y la Seguridad Social” en Rev. de Derecho Tributario n. 52 Tomo X

ERMIDA URIARTE, Oscar. “La Recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo (2006)” en rev. Derecho Laboral n. 223

ERMIDA URIARTE, Oscar. “Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación” en rev. Derecho Laboral n. 241

ERMIDA URIARTE, Oscar. “Aplicacao das normas internacionais do trabalho” en Revista do Advogado N. 110.Sao Paulo 2010

MACHADO, Sidnei, A noção de subordinação jurídica. Uma perspectiva reconstrutiva. Ed. LTR Sao Paulo. 2009

MANTERO, Ricardo. “Las empresas unipersonales prestadoras de servicios en la perspectiva de la jurisprudencia laboral: un análisis crítico.” En Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial. FCU. agosto 2000

MÁRQUEZ Martha – BEÑARÁN, Pilar. “Trabajadores parasubordinados” en Cuarenta y dos Estudios sobre Descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo. FCU. agosto 2000

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “El equilibrio estructural del Derecho del Trabajo y sus amenazas” en rev. Laborem13/2013. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editorial El Buho EIRL 2013

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Curso de Derecho Laboral. T.II v.I

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. en “Repensar las fronteras del Derecho del Trabajo y reafirmar sus principios” rev. Derecho Laboral n. 204

RASO DELGUE, Juan. La contratación atípica del trabajo. FCU 2da edición

RIBEIRO, Paulo Emilio. “Relação de emprego: estrutura legal e supostos. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999

RISSO FERRAND, Martín. Derecho Constitucional Tomo I

RIVAS, Daniel. “Los indicios del trabajo subordinado” en rev. Judicatura n. 36 pag 82; La subordinación Criterio distintivo del contrato de trabajo. FCU 1996

RIVAS, Daniel. La subordinación Criterio distintivo del contrato de trabajo. FCU 1996

RIVAS, Ana Gabriela. “Aplicación de los Convenios Internacionales de Trabajo en la jurisprudencia uruguaya” en rev.Derecho Laboral. N. 244

ROSSI ALBERT, Rosina. “La Recomendación n. 198 de OIT sobre determinación de la relación de trabajo: impacto en la jurisprudencia uruguaya.” en rev. Derecho Laboral. N. 256

ROSSI ALBERT, Rosina. Corujo Milán, Maria del Carmen. “Subordinación. Estudio comparado de Jurisprudencia Uruguay-Brasil.” En Cuadernos da Escola Judicial do TRT da 4ta. Regiao. TRT 4to. Universidad de la República. Uruguay. Año 4 N. 7. 2012

SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del Derecho del Trabajo en Perú” en rev. Laborem. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N. 3 año 2003

SARLO, Oscar. “Sobre la noción de igualdad. Algunas cuestiones filosóficas y lingüísticas relativas a la misma” en AA.VV. El principio de igualdad en la teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica. FCU. 2008

OBLIGACIONES EN EL CONTRATO DE TRABAJO: ALGUNOS PROBLEMAS EN LA DETERMINACIÓN Y EQUIVALENCIA DE LAS PRESTACIONES

OBLIGATIONS IN WORK CONTRACT: SOME ISSUES CONCERNING THE DETERMINATION AND THE EQUIVALENCE OF BENEFITS

Hugo Barretto Ghione¹²⁵

RESUMEN. La noción de “contrato” de trabajo ha sido discutida por la dificultad de asimilar las particularidades del trabajo subordinado a una figura creada bajo el parámetro de la igualdad formal y la autonomía de los sujetos pactantes. La “contractualización” de los derechos fundamentales del trabajador no se encuentra suficientemente justificada en tanto los derechos proceden de fuentes diversas al acuerdo de voluntades y además, su reclusión contractual puede presentar algunas consecuencias no deseadas. El artículo se interroga además sobre como es si resulta posible admitir la “equivalencia de gravámenes” y la interdependencia de las obligaciones en el “contrato”, dejando en este caso abierta la cuestión al planteamiento de algunas alternativas para intentar reconstituir la bilateralidad.

PALABRAS CLAVE: Contrato de trabajo. Trabajo subordinado. Limitaciones de la figura contractual. Recomendación n. 198 de OIT

ABSTRACT: The notion of “contract” has been discussed in view of the difficulty of assimilating the particularities of employment to a figure created under the parameter of formal equality and autonomy of the contract subjects. The “contractualisation” of workers’ fundamental rights does not seem sufficiently justified, as the rights derive from sources other than the exclusive agreement of wills, while contract reduction may give rise to undesirable consequences. The article also discusses how it would be possible to accept the “encumbrances’ equivalence” and the interdependence of obligations in the “contract”, a circumstance that would leave open the search for alternatives to reconstitute the bilateralism

Artigo recebido em 18/05/2015

¹²⁵ Profesor Titular e Coordinador de el Posgrado en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de La República (Uruguay). Editor de “Derecho del Trabajo – revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales”, de la Fundación de Cultura Universitaria, de Montevideo, Uruguay.

KEY WORDS: Work contract. Employment. Limitations of the contract figure. ILO Recommendation 198

1. Propuesta

El llamado contrato de trabajo integra una familia de relaciones de trabajo de diverso tipo, que tienen de común la ejecución de un servicio de carácter personal. Del conjunto de esos nexos laborales personales, el contrato de trabajo es el único que es objeto de reglamentación por el derecho del trabajo, cuestión que viene siendo discutida en orden a su eventual ampliación¹²⁶.

El vínculo de trabajo asalariado ha sido secularmente identificado a partir de la existencia de una relación de subordinación, nota que desde hace unos años aparece como cuestionada y debilitada, entre otras razones, por la creciente complejidad y diversificación de los modos de trabajar, o por el empleo de formas de sofisticada simulación.

La Recomendación num. 198 de la OIT ha venido a recomponer y reunificar una cierta “dispersión contractual” provocada por fenómenos como la flexibilidad y la desregulación, campantes desde mediados del decenio de los ochenta. Para la determinación de la relación de trabajo, la norma discierne adecuadamente al centrar la atención en la forma de ejecutar el trabajo (art. 9º), orientando así el debate en un sentido de ampliar la esfera de aplicación del derecho del trabajo a relaciones que se pretendían regular por el derecho civil.

En esta contribución reflexionaremos en torno a las obligaciones que emergen del *contrato de trabajo*, una “discutida expresión” al decir de Barbagelata¹²⁷.

Nuestra hipótesis es que dichas obligaciones son automáticas y que definen lo esencial de la bilateralidad del vínculo. La autonomía de las partes, en su caso, solo participa en ciertas modulaciones laterales de esas obligaciones. El resto de las reglas que dotan de una estructura normativa a esa relación tiene una procedencia diversa, independiente de la voluntad contractual, a tal punto que trataremos de demostrar que más que un creador de obligaciones, el llamado *contrato de trabajo* es sobretodo un *centro de confluencia normativa*.

Con ese objeto, examinaremos el estado actual de la cuestión en nuestra doctrina, señalando las consecuencias a que ha llevado la tesis contractualista en sus planteos más

¹²⁶ Freedland, Mark. “Aplicación del derecho laboral más allá del contrato de trabajo”. Rev. Internacional del Trabajo, vol. 126/1-2 (2007) p. 4

¹²⁷ Barbagelata, Héctor – Hugo. Derecho del Trabajo. T. I, vol. II, FCU, 2007, p. 179

extremos. Finalmente, daremos nuestra posición acerca de los deberes que integran el haz obligacional y el fundamento y el lugar que le cabe a equivalencia de las prestaciones en la relación sinalagmática.

El tema que nos convoca - la determinación y el contenido obligacional de la relación laboral - no comporta un discurso baladí: no se trata de un problema de libertad contractual recluido en el ámbito de las relaciones entre privados, sino que las relaciones de trabajo despiertan, a nivel social, una expectativa de cumplimiento que no se agota en el contenido meramente patrimonial del vínculo, a tal punto que ha venido creciendo la idea de un “derecho obligacional constitucionalizado” en el campo del derecho privado¹²⁸. Desde luego que la puesta en juego de derechos fundamentales de la persona en el ámbito del trabajo constituye también una arista del problema que destaca la importancia de la relación laboral en la vida social.

2. Contrato, derecho positivo e integración

“La contractualidad en la génesis del sinalagma, que desemboca en el empleador y en el trabajador, no puede ya discutirse en el terreno del derecho privado”, escribía Barassi a principios del siglo pasado, pese a que luego morigeraba su posición al admitir que “no es la contractualidad plena, pero es siempre el contrato, aunque el empleado u operario que deseen ingresar no tengan sino que leer el reglamento ya predispuesto y firmar un formulario sin tener absolutamente la posibilidad de una discusión”. El contrato, según el autor, se “adhiera” a lo dispuesto por la ley y los convenios colectivos, y por eso “el empleador que viola la ley protectora viola también el contrato”¹²⁹.

Barassi consideró que la subordinación constituía el elemento diferenciador del trabajo asalariado respecto del arrendamiento de servicios, denotando un origen civilista del contrato de trabajo que ha sido discutido recientemente¹³⁰. La subordinación sería así una “síntesis de

¹²⁸ Lorenzetti, Ricardo. “El espíritu del derecho civil moderno (la tensión entre personas, economía y dogmatización)”. La Ley, 1992 – C, p. 1098

¹²⁹ Barassi, Ludovico. Tratado de Derecho del Trabajo. T. I, ed. Alfa, Bs.As. 1953, p. 300 - 306

¹³⁰ Dice al respecto Antonio Ojeda Avilés, que “la teoría generalmente aceptada sobre los orígenes del contrato de trabajo lo considera como una evolución del arrendamientos de servicios” pero “nuevos estudios sobre los siglos XVIII y XIX hacen dudar de esta aseveración, y sitúan el comienzo en el ambiente masificado y altamente disciplinado de las fábricas e industrias de la época, en especial del sector textil, en donde el “reglamento de taller” impone el orden y el “contrato industrial de servicio” le acompaña como mecanismo consensual, paulatinamente atemperado por las leyes y los convenios hasta devenir en contrato de trabajo”. En “La genealogía del contrato de trabajo”, en Revista Española de Derecho del Trabajo, num. 1345 (2007). La tesis de Ojeda Avilés pone en entredicho la vocación reguladora del derecho civil, aún en subsidio, sobre el contrato de trabajo.

los efectos típicos de la obligación de trabajar”¹³¹ o “el efecto de la obligación de trabajar por cuenta ajena”¹³².

Nótese desde ya cómo la doctrina que estructuró tempranamente la noción de contrato de trabajo - cuyas citas podríamos multiplicar - concibió a la subordinación como un “efecto” de las obligaciones (un efecto, convengamos, ineludible).

Es así que, entre el trabajo por cuenta ajena y el poder directivo del empleador (subordinación jurídica del trabajador), la doctrina *interpuso* un elemento puramente simbólico, como es la forma jurídica – el contrato, el acuerdo de voluntades – que interfirió en la esa directa referencia a la realidad.

La materialidad del trabajo (la “ejecución” de que habla el art. 9º de la Recomendación núm. 198) deja de tener una referencia directa con la determinación de la reglamentación aplicable, ya que esa realidad estará mediada, interferida, por un elemento simbólico, que “representa” lo que sucede; esa forma (jurídica) que se interpone es el contrato de trabajo.

El principio de primacía de la realidad tratará de mantener un puente con la realidad y no permitir el imperio absoluto de formas jurídicas que puedan desvirtuar la tutela de quien ostenta una posición hiposuficiente.

La subordinación jurídica fue la consecuencia principal que la doctrina fundacional del contrato quiso ver en esa relación. Pese al éxito de esa construcción, nunca comportó una opción absolutamente generalizada pese a lo hegemónico de su apariencia.

La doctrina española, por ejemplo, con base en el Estatuto de los Trabajadores, definió el contrato de trabajo con cierta prescindencia del elemento subordinación: para Alonso Olea la subordinación no era otra cosa que una consecuencia del trabajo por cuenta ajena.

Palomeque y Alvarez de la Rosa entendieron por su lado que el contrato es el “acuerdo por el que una persona (trabajador) presta voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de la organización y dirección de otra persona física o jurídica (empleador o empresario)”¹³³

La mayoría de los códigos del trabajo en América Latina tomaron el camino de incluir en la definición de contrato de trabajo la subordinación como característica cardinal. A veces

¹³¹ Ghera, Edoardo “La cuestión de la subordinación entre modelos tradicionales y nuevas proposiciones”. Revista Debate Laboral, año II, núm. 4/1989, p. 50

¹³² Alfonzo-Guzmán, Rafael. Otras caras del prisma laboral. Melvin, Caracas, 2009, p. 106

¹³³ Palomeque López, Manuel Carlos. Alvarez de la Rosa, Manuel. Derecho del Trabajo, 18 ed. Ed. Universitaria Ramón Areces, 2010, p. 500

la definición coexiste con la de *relación de trabajo*, desplegándose seguidamente en una enumeración de los derechos y obligaciones que surgen del vínculo.

La inserción de la definición y de las obligaciones emergentes del contrato en un código o ley general del trabajo comportó la consagración de un tipo legal rígido, ya que el contrato en esos casos despliega sus obligaciones no por acto de voluntad de las partes sino por una previsión heterónoma. La regla “obligacional” generada en el código no deja otro espacio a la iniciativa de las partes que la modulación de ciertos aspectos de detalle, como los horarios de trabajo, oportunidades para el descanso, etc.

Esta rigidez es en parte aparente, ya que la misma norma que cristaliza las obligaciones de las partes se permite a renglón seguido reconocer la potestad de dirigir y controlar la disciplina del centro de trabajo, extremos que tampoco constituyen elementos de “naturaleza” contractual pero que prestan amplitud a la facultad de variar las prestaciones.

En el caso uruguayo, a falta de una noción legal y de una disciplina general del contrato de trabajo, la construcción del edificio obligacional en el contrato de trabajo es obra de la doctrina laboral.

La dogmática “comienza por definir la figura para luego analizar los elementos típicos, resultando, al final del proceso, una relativa coincidencia sobre el tipo, caracterizado por la actividad personal, la remuneración y la subordinación”¹³⁴. La teoría del contrato de trabajo en nuestro derecho se ha conformado tomando como parámetro los elementos de la teoría general del contrato (objeto, causa, etc), recurso que algunos autores justifican ante lo que sostienen es un vacío de una teoría general del derecho del trabajo¹³⁵.

Plá Rodríguez¹³⁶ distingue entre obligaciones que han sido estipuladas expresamente en el acuerdo y las que se derivan de la naturaleza del contrato, citando al respecto el art. 1291 del Código Civil. A ese respecto identifica las obligaciones principales y secundarias. Del lado del trabajador la prestación del servicio constituye su obligación principal, y las secundarias refieren a la obediencia, fidelidad, colaboración y moralidad; del lado del empleador la obligación principal es abonar el salario y las secundarias proporcionar trabajo, suministrar elementos necesarios para la prestación de la tarea, respetar la dignidad y la independencia moral y cívica del trabajador, garantizar la higiene y seguridad del ambiente de trabajo y entregar certificado de trabajo.

¹³⁴ Rivas, Daniel. La Subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo. FCU, 1999, p. 89

¹³⁵ Mangarelli, Cristina. Aplicación supletoria del derecho civil en el derecho del trabajo. FCU, 2000, p. 100

¹³⁶ Pla Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral. T. II, vol. 1, Acali, 1978, p. 140 y 156

Barbagelata¹³⁷ hace mención a las obligaciones de las partes “del” contrato de trabajo y no habla de obligaciones que “surjan” del mismo, ya que advierte que existen una serie de obligaciones que están impuestas a las partes. La principal del empleador es, desde luego, pagar el salario, pero “existen muchas más de diversa importancia”, como respeto de la dignidad, de la independencia moral y cívica, proporcionar ocupación efectiva, abstenerse de exigir tareas incompatibles con la categorización del trabajador, garantía de higiene, suministro de elementos necesarios, entrega de documentos, versión de aportes a la seguridad social y proporcionar formación profesional; del lado del trabajador, la obligación principal es poner a disposición del empleador su actividad y como complementarias identifica la diligencia razonable, la colaboración, urbanidad, no causar perjuicios, no realizar competencia, guardar secreto y cumplir las especificaciones de los contratos individuales.

Más recientemente Castillo¹³⁸, estudia las obligaciones emergentes del contrato desde la óptica de los poderes atribuidos al empleador y de los límites que señalan deberes a su cargo. Refiere así a la retribución del trabajo y “una serie de obligaciones muy importantes, entre las que se destacan en primer lugar el respeto de los derechos fundamentales del trabajador” que desarrolla en detalle (dignidad, intimidad, honor, propia imagen, libertad de pensamiento, no discriminación, etc), agregando que “se complementa con otros deberes como ofrecer ocupación efectiva, suministrar los medios para cumplir la tarea, cuidar la integridad física y moral del trabajador entre otros”.

La inclusión del cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona que trabaja como parte del elenco de obligaciones del contrato, si bien actualiza los deberes del empleador de acuerdo a las más modernos encartes del Derecho del Trabajo, parece no obstante desproporcionado respecto del resto de las obligaciones a su cargo: la libertad de pensamiento no puede integrar, sin más, un mismo elenco junto a la obligación de suministrar medios para cumplir la tarea.

Nada agrega a la tutela del trabajador una previsión de tipo *contractual* que obligue al empleador a acatar los derechos fundamentales, puesto que el plexo normativo resulta una exterioridad al acuerdo de voluntades, y presenta, además, una significación inconmensurablemente mayor, en tanto tiene su fuente en los más relevantes instrumentos normativos internacionales (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convenios Internacionales sobre Principios y Derechos Fundamentales de la OIT, Pacto Internacional de

¹³⁷ Ob cit. p. 189 y ss

¹³⁸ Castillo, Alejandro. “Obligaciones de las partes” en el vol. Derecho del Trabajo. J. Raso Delgue (Director), A. Castillo (Coordinador), FCU, T. I, 2012, p. 262 y ss

Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, etc).

Tampoco en el plano de las garantías y vías procesales parece encontrarse una ventaja, en tanto que – llegado el caso - acciones como el amparo resultan mucho más efectivas que las resultancias de la mera responsabilidad contractual.

“La garantía y la defensa de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo es una nueva misión del Derecho del Trabajo” y constituye una “recomposición constitucional”¹³⁹ del mismo, por lo cual no se trata del contenido obligacional del contrato sino de las más sustanciales conquistas de la cultura jurídica de nuestro tiempo.

El esfuerzo de contractualizar los derechos fundamentales del trabajador, pese a que pudiera fundarse en una razón de índole práctica, como es la incorporación concreta al haz de obligaciones que preside la relación laboral, puede no obstante tener algunas consecuencias no deseadas.

Esto porque puede conducir al sometimiento de los derechos a los avatares de la autonomía privada y a la modulación de la aplicación de esos derechos. Naturalmente que no es esta la concepción del autor citado, pero en otros casos las visiones más extremas de esta tesis contractualista ha provocado quiebres en la protección del trabajo. Veamos dos casos paradigmáticos en el numeral siguiente.

3. Consecuencias erráticas

La libertad de las partes en la relación de trabajo ha debido ser limitada por el derecho en orden al principio protector que inspira la disciplina.

Pero en tanto la autonomía privada constituye un carácter ínsito a la noción de contrato, toda centralidad del enfoque contractualista puede terminar generando la reaparición restauradora del poder hegemónico (y eventualmente abusivo) del empleador con fundamento precisamente en la “autonomía de la voluntad”.

Esta formulación ha permitido, por ejemplo, abrir espacios a la posibilidad de variar “in peius” las condiciones de trabajo hacia el futuro.

¹³⁹ Rodríguez – Piñero y Bravo – Ferrer, Miguel. “Derechos Fundamentales del trabajador, poderes empresariales y contrato de trabajo” en el vol. El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Prof. Alonso Olea, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A. Montoya Melgar (coord.), p. 537 - 539

Así la disminución salarial propuesta por el empleador y “acordada” con el trabajador no es concebida por ciertos autores¹⁴⁰ como una violación a normas de orden publico ni como una renuncia, ya que no “refiere a derechos que se han incorporado al patrimonio de una persona” sino que tiene relación con “una expectativa de cuyo nacimiento está sujeto a una serie de presupuestos: entre ellos, que la obligación del trabajador se satisfaga en las condiciones del trato existente en ese momento”.

En consecuencia, para esta línea de razonamiento, el trabajador “puede adoptar dos posiciones: a) aceptar la disminución salarial que se le propone, con efectos hacia el futuro, y b) no admitirla, con lo que es de prever que el empleador que ha formulado la misma resolverá dar por finiquitada la relación”. Consecuentemente, la renuncia “hacia el futuro” del monto de la prestación salarial solo puede ser objetada mediante un mecanismo propio del derecho civil: “en tanto (la opción del trabajador) no esté afectada por un auténtico vicio que afecta radicalmente nuestro modo de decidir – que requiere discernimiento, intención y libertad - tiene validez jurídica (...) no os parece razonable y ético que, con posterioridad, adoptemos otra actitud que desconoce el debido acatamiento a las obligaciones que hemos contraído hacia el futuro. Creemos que en modo alguno podemos rectificar, negando el sello de voluntariedad que los actos tuvieron en una situación difícil pero conocida”.

La posición de hiposuficiencia del trabajador en la relación de trabajo es así negada o desconocida, construyéndose sobre ella una catedral repleta de simbologías contractuales de raigambre civilista, como el caso del conquistador que sepultó los templos originales de las culturas vernáculas para edificar sobre ellos la impostura de una nueva representación.

Otras posiciones igualmente restauradoras de la autonomía privada que distorsionan el sentido protector del trabajo son las que pretenden “modular” la aplicación de los derechos fundamentales “por obra del mismo contrato, esto es, a consecuencia de la libertad de pactos que la ley reconoce a los contratantes con carácter general”¹⁴¹.

Rivero Lamas, descartando “la disponibilidad definitiva de estos derechos (fundamentales) por su propia naturaleza” señala a continuación, “respecto a algunos derechos de la persona (honor, intimidad, propia imagen, libertad de expresión y libertad ideológica)” admite sin embargo “que cabe plantear la legitimidad de que el sujeto titular preste su consentimiento para suspender temporalmente el ejercicio del derecho en tanto se

¹⁴⁰ Es el caso de Antonio Vázquez Vialard, que aquí se sigue, en “Algunas características del contrato laboral: situaciones discutidas”, en Revista de Derecho Laboral, 2005 – 2, Rubinzal – Culzoni, p. 9. Obsérvese que el autor escribió su nota cuando ya los efectos del neoliberalismo aplicado al derecho del trabajo venía disipándose.

¹⁴¹ Rivero Lamas, Juan. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, en el vol. cit. El Trabajo y la Constitución, p. 520

mantenga en vigor el vínculo contractual, aunque con posibilidad de revocación de la cláusula de suspensión o de desistimiento del contrato”.

Pero no conforme con este avance, el autor llega a decir que debe conjurarse el riesgo de un “fundamentalismo maximalista en la aplicación de las normas fundamentales”.

Y todavía agrega: “es preciso partir de la premisa que afirma la separación estricta del problema de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas del relativo al de su alcance, que puede ser objeto de modulación y restricciones por la autonomía privada en atención, no solo al principio general de libertad, sino también de otros derechos y principios, *aunque estos últimos no sean estrictamente constitucionales, como sucede con la buena fe y el abuso de derecho*”¹⁴² (resaltado nuestro, para señalar lo esperpéntico de la concepción).

Las posiciones revisitadas de Vázquez Vialard y Rivero Lamas son extremas en lo que refiere a ungrir, restituyendo, la autonomía de la voluntad sostenida en la plataforma contractual. No debe soslayarse, sin embargo, que cierta doctrina nacional ensayó, en el pasado, una tesis similar a la de Vázquez Vialard en relación a la posibilidad de la novación contractual, y que hoy mismo es posición de una parte de la jurisprudencia la recepción del concepto civilista del “acto propio”.

4. El contrato de trabajo como centro de confluencia normativa

Descartada toda posibilidad de determinar el origen de las obligaciones de las partes de la relación de trabajo en el nivel exclusivamente contractual (lo que provocaría, dada la profusión de normas, que el elenco de las obligaciones fuera “innumerable e indeterminada”¹⁴³) resta por identificar, con mayor discernimiento, la función que el contrato preserva luego de este sustantivo recorte de efectos al que hemos intentado someterlo.

En concreto, si bien el contrato no produce todas las obligaciones que la doctrina le atribuye, lo cierto es que alguna función debe cumplir en el contorno de la relación de trabajo.

Antes de ir al análisis de esa cuestión conviene señalar que cualquiera de las enumeraciones de obligaciones de las partes que puede encontrarse en la literatura laboral presenta un marcado desequilibrio entre las que se imputan a cada una de las partes. Cualquier delimitación de obligaciones demuestra que del lado del trabajador se establece la obligación de trabajar y sus modulaciones, pero ese módico señalamiento contrasta con las obligaciones

¹⁴² Rivero Lamas, ob cit. p. 521 - 522

¹⁴³ Plá Rodríguez, ob cit. T. II, vol I, 1987, p. 139

atribuidas al empleador, que incluye derechos fundamentales y otros contenidos de diversa índole respecto del trabajador.

Ese desequilibrio en el elenco de obligaciones solo se explica por el “dato social”, o sea, por la circunstancia del deber de someterse a las directivas y al poder disciplinario del empleador y por la dependencia económica del trabajador.

Resulta evidente que no hay una lógica contractual alguna detrás de ello: la admisibilidad de la “bilateralidad” del contrato se vería un tanto forzada por la disparidad de poderes de las partes, y esa innegable constatación provocaría una paralela disparidad concordante en el plano de las obligaciones de los sujetos. Lo que no puede hacer la voluntad “libre” de los sujetos lo hace la ley y la normativa de superior jerarquía.

Se trata, por otra parte, de situaciones que vienen dadas de antemano, en tanto esas obligaciones son prescriptas por el ordenamiento jurídico laboral. Por este doble juego de razones, resulta claro que la autonomía de las partes tiene poco que decir y que aportar: la regla jurídica se encuentra mayormente preestablecida y hecha a medida de la posición disímil de las partes de la relación.

Para denotar mas claramente el contraste de esta original trabazón de obligaciones no contractualizadas e impuestas, obsérvese que las obligaciones del trabajador tienen un menor espesor jurídico.

En esta dirección, debe repararse que resulta del todo llamativo (?) que ninguna doctrina formule obligaciones a cargo del trabajador del tipo “respetar los derechos fundamentales del empleador” – como en cambio sí se hace a su respecto.

Tratándose de derechos fundamentales del empleador, el único que pone en juego es el uso de su propiedad, pero ese derecho queda fuera del sinalagma contractual, ya que los autores que enumeran las obligaciones de las partes nunca lo incluyen como “efecto” del acuerdo de voluntades. Tampoco es referido por quienes reconocen que los derechos fundamentales son parte de la reglamentación de la relación de trabajo. El derecho fundamental del uso de la propiedad constituye por tanto un presupuesto material de la relación laboral y viene dado por el sistema jurídico, según lo ha dicho la teoría crítica del derecho del trabajo.

Siendo por tanto que las obligaciones del trabajador tienen ese menor espesor jurídico que hablábamos supra, retomemos diciendo que se concretan en el deber de prestar el trabajo o ponerse a disposición del empleador, complementado con una serie de reglas como lo son

cumplir dentro de la categoría profesional, emplear la competencia laboral requerida, actuar de buena fe y respetar el reglamento interno en el marco de su legalidad.

Ese contorno se ve sustantivamente acrecentado con el resto de las obligaciones que deben cumplirse en el contrato de trabajo para atender su función económica. Pero la mayoría y las más importantes de esas obligaciones no tienen su origen en el acuerdo de voluntades. Nos encontramos ante normas provenientes de la pluralidad de fuentes de derecho del trabajo, como son los instrumentos normativos internacionales ya señalados, las normas constitucionales y legales, reglamentarias y obviamente los productos del convenio colectivo.

Teniendo en cuenta esa normatividad imperativa, reductora del espacio de lo volitivo en la relación laboral, *hablar de contrato de trabajo cobra una significación renovada si lo circunscribimos no como un generador de obligaciones, sino como un receptáculo o ámbito de confluencia de un conjunto de dispositivos normativos de distinta procedencia.*

Ese entramado normativo extremadamente denso, a tal punto que se confunde con la constelación misma del ordenamiento jurídico laboral en su conjunto, se vería simplificadora e injustificadamente reducido en su alcance si lo recondujéramos a meras emanaciones de un negocio jurídico como es el contrato de trabajo.

Nos explicamos así que la dificultad manifiesta en comprender, aglutinar y detallar las diversas obligaciones que signan el contrato de trabajo - que tantos desarrollos y esfuerzos ha llevado a la doctrina -se debe, nada más y nada menos, a que esas obligaciones en su conjunto no son componentes del contrato, sino que están pre/constituidas por otras fuentes jurídicas.

Este corte explica que no es procedente a nuestro juicio clasificar las obligaciones del contrato en “generales” (propias de la naturaleza del vínculo) y “específicas” (provenientes de la ley, los convenios internacionales o la convención colectiva); es fútil incluir dentro del campo de lo contractual a obligaciones que giran en una órbita distinta al acuerdo que traba la relación de trabajo.

Y todavía, además de estéril, es riesgosa la “contractualización” de los derechos reconocidos en fuentes externas y cualitativamente superiores, según pudo apreciarse en el capítulo III.

La noción de contrato en teoría general, además, está sujeta a profundos cambios, habiendo entrado en crisis la tipicidad del negocio: así, se ha señalado que no es habitual la celebración de un contrato en que se describa el objeto, la causa, etc, ya que “es suficiente con

recurrir a normas generales, las que cumplen una función delimitativa y correctora de la autonomía privada”¹⁴⁴.

En síntesis, si bien el contrato tiene una función más modesta en relación al número y la calidad de las obligaciones que genera, tiene en cambio una función mucho más relevante si se lo considera como un ámbito de confluencia de normas que tienen diverso origen y jerarquía superior al mero acuerdo de voluntades.

5. ¿Cuales son, efectivamente, las obligaciones propias del contrato de trabajo? Algunos problemas en torno a la equivalencia de prestaciones.

La clarificación en torno a lo propiamente obligacional del contrato no implica de ningún modo un vaciamiento de todo contenido de la relación de trabajo. Las obligaciones inherentes al acuerdo deberían reducirse a las que son directamente “nucleares”, es decir, las que están abocadas al cumplimiento del objeto del contrato.

Resta por analizar cuales son, efectivamente, esas obligaciones nucleares.

Para Montoya Melgar¹⁴⁵, la expresión sintética “servicios retribuidos” que figura en el art. 1º del Estatuto de los Trabajadores de España cifra “la doble cara del objeto del contrato de trabajo: la prestación laboral y la prestación salarial”, y en razón de ello por causa “ha de entenderse la voluntad de cambio entre trabajo y salario, ordenada a la producción de bienes y servicios”. Y agrega diáfano: “siendo el contrato de trabajo fuente de una relación jurídica sinalagmática y onerosa, las posiciones de crédito y de débito de las partes se corresponden bilateralmente: el crédito del trabajador coincide con el débito del empresario y viceversa”

Estas obligaciones nucleares expresan el interés de las partes a impulso del cual se satisface la función económica y social del contrato. Se trata de obligaciones interdependientes en tanto que “es admisible la idea de una causalidad finalista o teleológica, en el sentido de que cada contratante asume su propia obligación para obtener la prestación de su contraparte”¹⁴⁶. Las prestaciones “se miran” como equivalentes.

¹⁴⁴ Lorenzetti, Ricardo. “Contratos modernos: ¿ conceptos modernos?. Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo. Problemas contractuales típicos. Finalidad supracontractual y conexidad” en La Ley, 1996-E, p. 851

¹⁴⁵ Montoya Melgar, Alfredo. Derecho del Trabajo. 33º ed. Tecnos, 2012, p. 303, 305 y 316.

¹⁴⁶ Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. T. VIII, 4 ed. FCU, 2012, p. 115 - 116

Sin embargo, las cosas quizá no resulten tan sencillas y habrá que caminar con cuidado por estos senderos. Una traslación automática de la concepción civilista de contrato no refleja acabadamente las particularidades del vínculo laboral.

En concreto, nos referimos a la noción de “equivalencia” de las obligaciones (art. 1250 del Código Civil), que se relaciona con la idea de reciprocidad e interdependencia ya glosada: los manuales de uso en materia civil establecen que “las obligaciones son necesariamente interdependientes porque corresponden a gravámenes equivalentes. Donde la equivalencia no se da, tampoco es posible la interdependencia de las obligaciones (gravámenes desiguales producen la unilateralidad)”¹⁴⁷.

El seguidismo en materia de teoría del derecho del trabajo respecto del derecho civil puede provocar perplejidades o aporías.

Así, la “equivalencia de gravámenes” en la relación de trabajo es hartamente dificultosa de concebir si nos atenemos a la desigualdad de poderes de las partes¹⁴⁸ y fundamentalmente, al desigual compromiso de las partes en la prestación objeto de obligación contractual.

Es sabido que el empleador se libera de su obligación con pagar el salario y con otra serie de “prestaciones”, pero parece evidente y fuera de toda duda que esa prestación no puede ser equivalente de ningún modo a la contrapartida del trabajador, que no puede desprenderse de su energía de trabajo y solo le es dable cumplir con la obligación de manera personal, o sea, poniendo su tiempo¹⁴⁹ y fundamentalmente su cuerpo como medio indisociable para la ejecución de la prestación contractual¹⁵⁰.

La puesta del cuerpo en juego para viabilizar la ejecución de la prestación de trabajo es otra manera de apreciar el carácter “personal” de esa prestación, un carácter que es individualizado en la mayor parte de las definiciones como esencial del contrato en relación con el trabajador.

¹⁴⁷ Gamarra, Jorge, ob cit. p. 119

¹⁴⁸ El difícil compromiso entre la libertad contractual y la igualdad material de los sujetos viene siendo abordada en el ámbito del derecho civil, estableciendo correctivos a las concepciones subjetivistas. Así Caffera, con cierto eco de Rawls, considera que el contrato debería concebirse “como un acuerdo libre de voluntades en la medida que las libertades de las partes sean compatibles, y como un acuerdo justo o equitativo cuando aquella compatibilización no sea posible”. Ver “Autonomía privada: los cambios y las tensiones del presente” en el vol. Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra. FCU, 2001, p. 91

¹⁴⁹ Supiot, Alain. Derecho del Trabajo. Heliasta. Bs. As. 2008, p 105

¹⁵⁰ Sobre la puesta en juego del cuerpo del trabajador en el contrato de trabajo, puede verse Crítica del Derecho del Trabajo, de Alain Supiot, inspirado en esta parte en planteos de Michel Foucault.

No parece existir equivalencia de gravámenes entre la obligación de dar (pagar el salario) y la de prestar la energía laboral en la cotidianidad de la relación de trabajo sometida a subordinación jurídica y en condiciones de desgaste, cansancio, cuando no riesgo físico.

No se trata de una ecuación que pueda ser superada (equilibrada, conmutativa) por un mayor nivel o un incremento salarial significativo; la diferencia es de índole cualitativa y por tanto no mensurable ni intercambiable simplificadamente.

Si lleváramos con absoluta coherencia la tesis contractualista hasta sus últimas derivaciones, y si tuviéramos en vista esta radical disimilitud de las condiciones del cumplimiento del empleador y del trabajador de las prestaciones en la relación de trabajo, deberíamos concluir que, en tanto no hay equivalencia de gravámenes, tampoco hay interdependencia ni relación sinalagmática posible.

Hablar de “intercambio de salario por trabajo” para definir el contrato de trabajo, traduce, en última instancia, el peso civilista de la construcción doctrinal, sin advertir que lleva en su seno la negación misma de la naturaleza contractual del vínculo.

Las debilidades de la posición del trabajador (hiposuficiencia) en cuanto puesta en juego del cuerpo, solo es parcialmente corregida por las garantías y seguridades que aporta la legislación laboral para evitar riesgos y abusos. Otro tanto puede decirse de las contrapartidas fácticas del poder sindical para contrarrestar las inequidades.

Pero esos correctivos, de por sí relevantes, no alcanzan para opacar la perplejidad que provoca la desproporción de gravámenes que genera el elemento “obligacional” típico o nuclear del “contrato” apreciado en su singularidad.

Al margen de estos cuestionamientos “existenciales” a la noción misma y a la posibilidad del contrato de trabajo, queda por reconducir el discurso a las obligaciones que hemos llamado nucleares de la relación de trabajo.

Nos referimos a la obligación de trabajar o de poner a disposición del patrono la energía de trabajo con diligencia y buena fe y atendiendo a las directivas del empleador dentro del marco de las funciones predeterminadas y en un tiempo limitado; y por otra parte, nos referimos a la obligación de retribuir y complementariamente, ofrecer ocupación efectiva, prestar formación profesional a los efectos de la adaptación a las cambiantes condiciones tecnológicas (en equipos y en organización del trabajo) y hacerlo en un ambiente seguro.

Ha quedado suficientemente dicho ya que el resto de las obligaciones de las partes - en particular, del empleador - no tienen origen en el contrato, sino en normativas de jerarquía

diversa y de origen convencional (autonomía colectiva) y heterónimo (constitucional e internacional, amén de reglamentaciones de inferior rango).

De manera similar, Daübler¹⁵¹ responde a la pregunta sobre a que es preciso atender para determinar el contenido de la relación laboral, y se responde diciendo que: a) la relación laboral creada por contrato tiene que discurrir dentro de los cauces legales; b) si el trabajador y el empleador están sujetos a un convenio colectivo será preciso atenerse a sus cláusulas; y c) finalmente, los derechos y obligaciones también se generan “en virtud de pactos de empresa”.

En síntesis, el contrato de trabajo ofrece unas obligaciones nucleares de las partes que configuran esencialmente la función económico-social del tipo, y en el resto de las obligaciones y derechos, constituye, antes que otra cosa, un ámbito para una confluencia normativa cualitativa y cuantitativamente mayor. Amén de esos escasos efectos obligacionales propios, si le observamos “de cerca” el contrato de trabajo muestra un desequilibrio de gravámenes en las prestaciones, que genera sugestivas dudas sobre lo interdependiente y sinalagmático del vínculo.

6. Un lugar para la reconstitución de la relación sinalagmática en el trabajo subordinado

La “cuestión existencial” relativa a la posibilidad de encuadrar la relación de trabajo dentro del marco cabal de la noción de contrato, encuentra las dificultades ya indicadas, en concreto, la falta de equivalencia de gravámenes como base de la interdependencia de las prestaciones de la relación sinalagmática. La debilidad de la tesis plenamente contractual es compensada, para proteger al hiposuficiente, por un plexo normativo de diverso origen.

La relación laboral asalariada es posible no por obra de un contrato, sino por la reglamentación de auxilio externa al acuerdo de voluntades.

Esta no es ésa la única dificultad para hablar de “contrato” sin más.

A consecuencia del carácter de continuidad del vínculo, la relación laboral se va modificando en el transcurso de su continua ejecución como condición de su mantenimiento. En ese entorno, aún cuando convengamos en la existencia de una interdependencia de las obligaciones contractuales, las prestaciones concretas en cada caso van adquiriendo sucesivos equilibrios que sufren todo tipo de incidencias. Las prestaciones de las partes son así profusamente modificadas por los cambios que ocurren en la organización del trabajo y que el

¹⁵¹ Daübler. Wolfgang. Derecho del Trabajo. MTSS, España, 1994, p. 547

empleador dispone a través de su poder directivo; asimismo, opera como factor de cambio el llamado “efecto automático” de las convenciones colectivas.

En estos casos, aún admitiendo la existencia de una relación contractual, el sinalagma habrá que apreciarlo en cada caso y en cada momento del desarrollo de su funcionalidad. El cambio y la variabilidad de los contenidos concretos de las obligaciones nucleares (pago del salario y modulación del trabajo) se encuentran en continua repriminación, y los perfiles que adopten esos cambios serán muy dependientes de la posición de las partes en los variables avatares del tiempo social¹⁵² en que transcurre la relación.

En consecuencia, si existe alguna posibilidad de juzgar a la relación como sinalagmática, habrá que hacerlo en cada momento del variopinto intercambio prestacional. Ahora bien, tal fragmentación y dispersión no contribuye a una apreciación adecuada de los elementos que se presuponen esenciales o definitorios de la categoría “contrato”, y por ello es que, en el caso del contrato de trabajo, para mantener su anclaje haya que introducir alguna consideración con mayor poder explicativo.

Una manera viable de contar con una clave para descubrir una cierta continuidad en esa variable sucesión de equilibrios que se producen en el íter de la ejecución contractual, es atender a las *capacidades* que ostenten las partes para conducir con (relativa) autonomía esa dinámica.

Repárese que en el caso se emplea el término “capacidades” no como elemento esencial de validez del contrato (art. 1261), sino como “lo que se llaman libertades sustanciales, un conjunto de oportunidades (habitualmente interrelacionadas) para elegir y actuar (...) la capacidad viene a ser, por lo tanto, una especie de libertad: la libertad sustantiva de alcanzar” comportamientos y finalidades de la persona en un determinado entorno¹⁵³.

Se recurre así a una aportación venida del campo extrajurídico para actualizar la teoría del derecho del trabajo y para tratar de rescatar algún sesgo de bilateralidad o sinalagmatismo en la relación de trabajo.

En esta hipótesis que se propone para su valoración y revisión, la interdependencia de obligaciones en el contrato de trabajo debería medir sus condiciones de bilateralidad no a través de la “equivalencia de gravámenes”, consideración que en última instancia se reveló como imposible, sino a través de la posición de poder del trabajador en cada momento de la

¹⁵² El “tiempo social” constituye uno de los particularismos del derecho del trabajo y por ende, de la relación de trabajo. Ver: Barbagelata, Héctor – Hugo, El Particularismo del Derecho del Trabajo, FCU, 1995,

¹⁵³ Nussbaum. Martha. Crear Capacidades. Propuesta para el desarrollo humano. Paidós. 2012, p. 40

relación de trabajo, posición que lo aproximará en diverso grado al ideal de la bilateralidad negocial.

Si resulta dificultosa la apreciación de la “equivalencia de gravámenes” por la diversidad cualitativa de las prestaciones, la bilateralidad del vínculo habrá que buscarla en otro espacio. En esta búsqueda, debería admitirse la necesidad de garantizar mayores márgenes de *capacidad* del sujeto para conducir la relación de trabajo que potencien la libertad sustancial o material en la relación.

El otro espacio donde es teóricamente posible reconstituir algún margen para la bilateralidad es mediante la acción colectiva de los trabajadores organizados. Así cobra significación la expresión de Supiot de que es la libertad sindical la que hace compatible la subordinación con la libertad.

En resumen, los equilibrios o la interdependencia de obligaciones no se encuentran cristalizadas en el acuerdo original ni en las prestaciones emergentes, sino en la variable funcionalidad de las *capacidades* del trabajador (libertad sustancial) y en el ejercicio de la libertad sindical, extremos ambos constituyentes de las condiciones en que las obligaciones se pactan y se ejecutan.

Por ello puede decirse que de persistirse en el estudio de las “obligaciones del contrato” y de las prestaciones que son su objeto, sería como comenzar por el final, o sea, por el análisis del producto.

Lo esencial en términos de equilibrios de partes es, en cambio, estudiar la dinámica negocial y las condiciones variopintas en que esas obligaciones se alumbran. Ese es el horizonte desde donde observar los variables arreglos a que llegan las partes en la relación de trabajo.

Se podrá decir que es éste un partido teórico que al adoptarse no obedece a ninguna prescripción ni estructura contractual. Es cierto.

Pero ocurre, justamente, que de mantenernos en el círculo contractual venido del derecho civil nos arriesgamos a quedar sin nada que ofrecer para dar una explicación razonable a lo que ocurre en la realidad de las relaciones individuales de trabajo. El marco “típicamente” contractual no responde a las especificidades de la relación de trabajo, y si se llevara a sus últimas consecuencias, el análisis contractual haría implosionar al contrato mismo.

De otro lado, de no asumir ciertos riesgos teóricos como los que aquí se intentan, permaneceríamos anclados a un figura desactualizada y desbordada por la realidad.

Finalmente, resta por decir que la equivalencia de gravámenes y la interdependencia de obligaciones ya fue sepultada como caracteres de la relación de trabajo hace años, sin que siquiera lo hubiéramos advertido.

Repárese por ejemplo que, en las épocas de flagrante desregulación y flexibilidad, los acuerdos *in peius* no produjeron ninguna crisis ni cuestionamiento de la naturaleza contractual de los vínculos laborales, pese a que, estrictamente, los “gravámenes” eran soportados íntegramente por una de las partes.

Si una crisis de esas dimensiones no provocó un definitivo apartamiento ni movilizó a ninguna doctrina al abandono de la noción de contrato, fue porque - aún de manera inconfesada por todos, comprendiendo a la doctrina más partidaria del “contrato” -, la idea misma de *equivalencia de prestaciones* no es tenida como central ni mucho menos como definatoria de la relación.

Es más: en esa misma época aparecieron posiciones doctrinarias que cuestionaban a fondo la noción de equivalencia, como el caso de quienes postulaban que la amenaza de despido en caso de no aceptación de la modificación *in peius* no constituía una afectación a los requisitos esenciales del contrato.

Lo que resulta más paradójal de este debate, que hoy aparece como histórico, es advertir que desarticulación y distorsión de los equilibrios y equivalencias de gravámenes fue provocada por tesis que se pretendían defensoras de la autonomía de la voluntad, lo cual permite decir que la crisis de la noción misma de contrato proviene de las propias corrientes contractualistas: la tesis contractualista “implosionó” por obra de quienes pretendían desarrollarla. Bajo la sombra de la autonomía de la voluntad, forzaron de tal modo el sinalagma que lo hicieron desaparecer.

Referencias

ALFONZO-GUZMÁN, Rafael. Otras caras del prisma laboral. Melvin, Caracas, 2009

AVILÉS, Antonio Ojeda. “La genealogía del contrato de trabajo”, en Revista Española de Derecho del Trabajo, num. 1345 (2007)

BARASSI, Ludovico. Tratado de Derecho del Trabajo. T. I, ed. Alfa, Bs.As. 1953

BARBAGELATA, Héctor – Hugo. Derecho del Trabajo. T. I, vol. II, FCU, 2007

BARBAGELATA, Héctor – Hugo, El Particularismo del Derecho del Trabajo, FCU, 1995

CAFFERA. “Autonomía privada: los cambios y las tensiones del presente” en el vol. Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Jorge Gamarra. FCU, 2001

CASTELLO, Alejandro. “Obligaciones de las partes” en el vol. Derecho del Trabajo. J. Raso Delgue (Director), A. Castello (Coordinador), FCU, T. I, 2012

DAÜBLER. Wolfgang. Derecho del Trabajo. MTSS, España, 1994

FREEDLAND, Mark. “Aplicación del derecho laboral más allá del contrato de trabajo”. Rev. Internacional del Trabajo, vol. 126/1-2 (2007)

GAMARRA, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo. T. VIII, 4 ed. FCU, 2012

GHERA, Edoardo ”La cuestión de la subordinación entre modelos tradicionales y nuevas proposiciones”. Revista Debate Laboral, año II, núm. 4/1989

LORENZETTI, Ricardo. “El espíritu del derecho civil moderno (la tensión entre personas, economía y dogmatización)”. La Ley, 1992

LORENZETTI, Ricardo. “Contratos modernos: ¿ conceptos modernos?. Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo. Problemas contractuales típicos. Finalidad supracontractual y conexidad” en La Ley, 1996-E

MANGARELLI, Cristina. Aplicación supletoria del derecho civil en el derecho del trabajo. FCU, 2000

MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. 33º ed. Tecnos, 2012

NUSSBAUM. Martha. Crear Capacidades. Propuesta para el desarrollo humano. Paidós. 2012

PALOMEQUE López, Manuel Carlos. Alvarez de la Rosa, Manuel. Derecho del Trabajo, 18 ed. Ed. Universitaria Ramón Areces, 2010

PLA RODRÍGUEZ, Américo. Curso de Derecho Laboral. T. II, vol. 1, Acalí, 1978

RIVAS, Daniel. La Subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo. FCU, 1999

RIVERO LAMAS, Juan. “Derechos fundamentales y contrato de trabajo: eficacia horizontal y control constitucional”, en el vol. cit. El Trabajo y la Constitución

RODRÍGUEZ – PIÑERO y BRAVO – FERRER, Miguel. “Derechos Fundamentales del trabajador, poderes empresariales y contrato de trabajo” en el vol. El Trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Prof. Alonso Olea, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. A. Montoya Melgar (coord.)

SUPIOT, Alain. Derecho del Trabajo. Heliasta. Bs. As. 2008

VÁZQUEZ VIALARD, en “Algunas características del contrato laboral: situaciones discutidas”, en Revista de Derecho Laboral, 2005 – 2, Rubinzal – Culzoni

**EL ORDEN JURISDICCIONAL COMPETENTE Y EL RÉGIMEN PROCESAL EN
LAS ACCIONES DE REPARACIÓN DE DAÑOS DERIVADOS DE ACCIDENTES Y
ENFERMEDADES DEL TRABAJO FUNDADAS EN EL DERECHO CIVIL.**

EL CASO ARGENTINO

**THE COMPETENT JURISDICTION AND THE PROCEDURAL REGIME OF THE
DAMAGE REPAIR ACTION RESULTING FROM ACCIDENTS AND
OCCUPATIONAL DISEASES BASED ON CIVIL LAW. THE ARGENTINEAN LAW
SITUATION**

Oscar Zas *¹⁵⁴

RESUMEN: El estudio procura dilucidar la competencia jurisdiccional en las acciones judiciales incoadas en Argentina para reclamar indemnizaciones por daños derivados de accidentes e enfermedades del trabajo, con fundamento en el Derecho Civil. El texto intenta demostrar que el orden jurídico constitucional argentino y el orden jurídico internacional convencional aplicable en ese país determinan la competencia de la Justicia del Trabajo especializada, y la aplicación de las normas procesales laborales. En consecuencia, el estudio considera inválidas las reglas legales recientes que atribuyen la competencia a la Justicia Nacional en lo Civil para este tipo de acciones judiciales.

PALABRAS CLAVES: Acciones judiciales por daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo. Competencia jurisdiccional. Normas procesales aplicables. Necesidad de tribunales especializados y de procedimientos propios. Inconstitucionalidad e inconvencionalidad de las reglas legales que atribuyen competencia a la Justicia Civil.

ABSTRACT: The paper investigates the matter of jurisdiction for lawsuits in Argentina in which compensation for damage resulting from occupational accidents and occupational or professional diseases are claimed based on Civil Law. The text seeks to prove that both the Argentinean constitutional law and international conventional law applicable consider

Artigo recebido em 17/05/2015.

¹⁵⁴ * Profesor Titular Regular de Cátedra de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, República Argentina. Ex Presidente de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo.

necessary the affirmation, in these cases, of the Specialized Labor Justice, with its specialized judicial proceedings. Consequently, the study considers invalid the legal rules that have established the jurisdiction of the Civil Justice for such lawsuits

KEY WORDS: Lawsuits for damages resulting from accidents or occupational diseases. Jurisdiction. Applicable rules of procedure. Need for specialized courts and own procedures. Unconstitutionality of legal rules which confer jurisdiction on the Civil Justice.

I. Introducción

La ley 26.773 introdujo varias modificaciones al sistema de reparaciones de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo integrado por la ley 24.557 y por el decreto 1694/09 y sus normas complementarias y reglamentarias.

En lo que interesa al tema de esta colaboración, la ley citada atribuyó el conocimiento y decisión de las acciones de reparación con fundamento en el derecho civil incoadas en la Capital Federal a la Justicia Nacional en lo Civil, y dispuso la aplicación de las normas procesales civiles.

A fin de facilitar la comprensión del lector, resulta adecuada la transcripción de las normas involucradas.

El art. 4° de la ley 26.773 establece en lo pertinente:

...Los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables...

...En los supuestos de acciones judiciales iniciadas por la vía del derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil”.

A su vez, el art. 17, inc. 2° de la ley citada dispone en lo pertinente:

A los efectos de las acciones judiciales previstas en el artículo 4° último párrafo de la presente ley, será competente en la Capital Federal la Justicia Nacional en lo Civil.

Invítase a las provincias para que determinen la competencia de esta materia conforme el criterio establecido precedentemente.

Corresponde aclarar que, según el sistema federal diseñado por los artículos 1º, 5º, 7º, 8º, 75, inc. 12, 121 a 126 y concordantes de la Constitución Argentina, cada provincia tiene el poder de organizar su propia administración de justicia, incluida la competente para entender en los conflictos laborales, y de dictar las normas procesales correspondientes para la aplicación de las normas comunes, entre ellas las laborales, cuyo dictado -el de estas últimas- incumbe al Congreso Federal.

Una situación especial se plantea respecto a la Ciudad de Buenos Aires, sede del Gobierno Federal, cuya autonomía fue declarada por el art. 129 de la Carta Magna incorporado por la reforma constitucional de 1994, porque hay controversia doctrinal y jurisprudencial respecto a su status jurídico. De todos modos, y a los fines de esta monografía, carece de relevancia indagar en esa cuestión constitucional.

Por ello, la ley 26.773 sólo atribuye la competencia al orden jurisdiccional civil en la Capital Federal e invita a las provincias a seguir ese criterio.

Por las razones que expondré seguidamente, considero inconstitucionales e inconvencionales los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773, en tanto atribuyen competencia a la Justicia Nacional en lo Civil de la Capital Federal para entender en las acciones de reparación derivadas de accidentes y enfermedades del trabajo fundadas en el derecho civil, y disponen la sustanciación del trámite de las mismas por las normas procesales civiles, excluyendo la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo y la aplicación de la ley 18.345, norma procesal aplicable a los procesos laborales en ese ámbito.

II. La Creación de la Justicia del Trabajo de la Capital Federal

La Justicia del Trabajo de la Capital Federal fue creada por el decreto 32.347 dictado el 30 de noviembre de 1944 y ratificado por la ley 12.948, publicada en el Boletín Oficial el 6 de marzo de 1947.

Tempranamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló que el mencionado decreto respondía al propósito de someter los juicios que versaran sobre cuestiones referentes al derecho del trabajo, a procedimientos adecuados a la índole de esos asuntos y a tribunales de justicia especializados en los mismos, con el fin de obtener la mejor y más rápida solución de los respectivos litigios, y que ello era incompatible con la substracción de causas de esa naturaleza al conocimiento de los nuevos tribunales, por razón de la nacionalidad o de la vecindad de las partes, o por ser una de ellas la Nación o alguna de

sus reparticiones autárquicas o bien por tratarse de juicios vinculados a materias cuyo conocimiento había sido atribuido a la justicia federal por las leyes que rigen su competencia¹⁵⁵

Unos años más tarde, recordó que el Tribunal había reconocido carácter nacional a normas del decreto 32.347/44 (ley 12.948), entre ellas al art. 45, tendientes a remover obstáculos legales que se opongan al mejor y más expedito funcionamiento de los tribunales del trabajo, y destacó enfáticamente que el propósito de dicha ley había sido someter los juicios laborales a procedimientos adecuados y a tribunales especializados, a fin de obtener, por ambos medios, la mejor y más rápida solución de los respectivos litigios¹⁵⁶

Casi veinte años después, y en la misma línea hermenéutica, nuestro más alto Tribunal sostuvo que, teniendo en cuenta que el trabajo no constituye una mercancía que pueda ser sometida al régimen propio del comercio ni del tráfico interprovincial, aunque se trate de servicios empleados para el comercio interprovincial, la sujeción de las causas a que pudiere haber lugar, con fundamento en el contrato de trabajo, corresponde a los tribunales de provincia, conforme a la atribución de competencia que le es propia al juez del lugar, ya que el carácter de la actividad del empleador -empresa interestatal de transporte- no puede sustraer por sí mismo, la causa del fuero laboral o privar de los beneficios que la creación de esa jurisdicción importa para el económicamente débil¹⁵⁷

Casi inmediatamente, el Supremo Tribunal Federal, al convalidar la constitucionalidad de una norma procesal provincial consagradoria del beneficio de pobreza de los trabajadores y sus derechohabientes, destacó que normas de esa índole persiguen la igualdad del trabajador o sus derechohabientes con su empleador, corrigiendo el desnivel económico con que deben afrontar el litigio mediante la declaración *ministerio legis* del mencionado beneficio, concretando así, junto con las normas que autorizan el otorgamiento de la carta poder y la asistencia letrada, la efectividad de la justicia gratuita, corolario lógico de la justicia social plasmada en el primer cuerpo normativo informado por esa filosofía (decreto-ley 32.347 del 30 de noviembre de 1944) y en los que se fueran dictando en el resto del país. Más: si el Estado no facilitara el acceso al proceso a quienes no pueden soportar su costo, comprometería la defensa en juicio que garantiza la Constitución Nacional¹⁵⁸

¹⁵⁵ C.S.J.N., Fallos: 210:404, año 1948, “Krivic, Daniel c/FF. CC. del Estado”

¹⁵⁶ C.S.J.N., Fallos: 231:256, año 1955, “Lactona S.R.L., Cía.”.

¹⁵⁷ C.S.J.N., Fallos: 290:116, 25/10/1974, “Paredes, Humberto c/Compañía Colectiva Costera Criolla S.A.”.

¹⁵⁸ C.S.J.N., Fallos: 290:322, 04/12/1974, “Ledesma, Pablo Santos y otros c/Alpesa S.A.”; doctrina ratificada en lo sustancial en Fallos: 298:778, 27/09/1977, “Formeiro, Alipio y otros c/Frig. Swift” y Fallos: 333:1765, 14/09/2010, “Machado, Epifanio Roque”.

Muy recientemente, la Corte Suprema señaló que la efectiva vigencia del principio constitucional que otorga una tutela preferencial a quienes trabajan en relación de dependencia requiere que la protección legal que la Constitución Nacional encomienda al Congreso no quede circunscripta sólo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que, además, asegure a los trabajadores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las diversas instancias administrativas o judiciales establecidas con tal fin. Se sigue de ello una primera conclusión: el acceso a dichas vías no puede quedar condicionado al pago de tasas, depósitos u otras cargas de índole pecuniaria.

El Supremo Tribunal Federal añadió que la gratuidad de los procedimientos administrativos y judiciales configura una prerrogativa reconocida al trabajador dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de trabajo con prescindencia de la naturaleza -laboral o no- de las normas en que funde su pretensión o del carril procesal mediante el cual se tramiten las actuaciones pertinentes. Así, el beneficio de gratuidad a favor del trabajador y de sus derechohabientes permite la más acabada concreción, en el ámbito de las reclamaciones con sustrato netamente laboral, de la tutela judicial efectiva que normas internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional tipifican como un derecho fundamental en sí mismo y, a la vez, garantía de los restantes derechos subjetivos e intereses legítimos de la persona ¹⁵⁹

III. El Principio de Protección del Trabajo

Desde el ángulo constitucional, el trabajador es sujeto de preferente tutela, toda vez que el art. 14 bis de nuestra Carta Magna dispone textualmente que *“El trabajo en sus*

¹⁵⁹ C.S.J.N., 30/12/2014, “Kuray, David Leonel”. En el caso el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones declaró inadmisibile el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por el actor por no haberse efectuado el depósito exigido por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial local, basado en que el remedio mencionado había sido articulado en un trámite incidental promovido en el marco de un reclamo de indemnización por accidente de trabajo que, previa impugnación constitucional de algunas disposiciones de la ley 24.557, se fundó en las normas del Código Civil y se encauzó de conformidad con el procedimiento civil y comercial provincial; de ahí que -según el citado tribunal- el demandante no se encontraba eximido de satisfacer las cargas económicas del proceso ni de cumplir con el depósito previo impuesto por aquella norma procesal, al no comprobarse ninguno de los supuestos de excepción en ella previstos.

La Corte Suprema admitió la viabilidad formal del recurso extraordinario interpuesto por el actor, en tanto consideró configurada la cuestión federal pertinente, pues el *a quo* había rehusado intervenir como máxima instancia revisora provincial al otorgar a disposiciones adjetivas locales un alcance que provocó un directo menoscabo al derecho a la tutela judicial efectiva y a la garantía de defensa, consagrados por normas de rango superior (arts. 18, C.N.; 8° y 25, C.A.D.H.; 8°, D.U.D.H.), cuya plena operatividad debió ser particularmente asegurada en razón de que el reclamante, dada su condición de trabajador, es sujeto de preferente tutela constitucional (doctrina de los precedentes "Vizzoti" y "Aquino", Fallos: 327:3677 y 3753, entre varios).

diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...” una serie de derechos que seguidamente enuncia ¹⁶⁰

Esta preferencia es la respuesta constitucional dada en 1957 a diversas situaciones y comprobaciones fácticas, entre otras, la desigualdad de las partes que regularmente impone la relación de trabajo, pero que habían arraigado en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal anterior a la vigencia del mentado art. 14 bis¹⁶¹

Sin perjuicio de destacar que el art. 14 bis explicita un programa social amplio, la reforma constitucional de 1994 ha venido a consolidar y profundizar, cualitativa y cuantitativamente, dicho programa, en particular a través del otorgamiento de jerarquía constitucional y supralegal a instrumentos internacionales de derechos humanos, que contienen normas de tutela de los derechos de los trabajadores y sus derechohabientes tanto en su dimensión sustancial como adjetiva, de la alusión expresa a la justicia social, y de la atribución al Congreso Nacional de la facultad de legislar y de promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (art. 75, incs. 19, 22 y 23, C.N.).

En el campo laboral todos los poderes públicos, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima el art. 14 bis de la Constitución Nacional, tutela ésta que, por ende, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad ¹⁶²

Es más. La reforma constitucional de 1994, a través de los instrumentos precitados, consolida ese enfoque en tanto incluye un arsenal principista de notable importancia al momento de juzgar la constitucionalidad y convencionalidad de la conducta de los poderes públicos y de evaluar las pretensiones deducidas ante los órganos jurisdiccionales ¹⁶³

¹⁶⁰ C.S.J.N., Fallos: 327:3677, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa S.A.”; Fallos: 331:1815, 12/08/2008, “Gentini, Jorge Mario y otros c/Estado Nacional-Ministerio de Trabajo”; Fallos: 332:709, 31/03/2009, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/GulfOil Argentina S.A. y otro”; Fallos: 332:2043, 01/09/2009, “Pérez, Aníbal Raúl c/Disco S.A.”; 04/06/2013, “Díaz, Paulo Vicente c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A.”; 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

¹⁶¹ C.S.J.N., Fallos: 181:209, año 1938, “Rusich, Elvira c/Cía. Introdutora de Bs. Aires”.

¹⁶² C.S.J.N., 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

¹⁶³ “...La reforma constitucional de 1994 vino a legitimar el programa social incumplido, que se desprende del art. 14 bis y que ha sido postergado injustamente por varias décadas. Los principios ínsitos en esa norma de la Constitución Nacional vigente, constituyen el marco legal de nuestras conductas, especialmente en el mundo del trabajo...Queda por lo tanto fuera de toda duda que el estado constitucional de derecho vino a ratificar las cláusulas del modelo y tomar nuevo impulso y vigor en cuanto a la programación de un modelo regulador e intervencionista...” (conf. Cornaglia, Ricardo J., “Efectos jurídicos de la ratificación del programa social incumplido en la reforma constitucional”, D.T. 1996-A, p. 22 y 26.

El referido arsenal implica un enriquecimiento y complementación de los principios del Estado Constitucional Liberal; esto es, el de legalidad (arts. 14, 16, 18, 19 y concs., C.N.) y el de razonabilidad (art. 28, C.N.)¹⁶⁴

Los derechos constitucionales tienen un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último.

Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional. Explica también que al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución Nacional. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28 cit.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23).

Garantizar significa "mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas", según indica en su Observación General N° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las "condiciones de su vigencia" de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.¹⁶⁵

Coincido con la reciente doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Kuray" según la cual la efectiva vigencia del principio protectorio del trabajo humano exige que la protección de las leyes no quede circunscripta sólo al

En el mismo sentido: "...De muchas de las pautas ejemplificativamente recorridas se desprende un eje de constitucionalismo social que confiere proyección más definida al que ya insertó el art. 14 bis en 1957..." (conf. Bidart Campos, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", t. VI, La reforma constitucional de 1994, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 241.

¹⁶⁴ Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, "Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales", Contextos, Revista Crítica de Derecho Social 1, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 178.

¹⁶⁵ C.S.J.N., Fallos: 335:452, 24/04/2012, "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).

reconocimiento de ciertos derechos y garantías, sino que, además, asegure a los trabajadores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las diversas instancias administrativas o judiciales establecidas con tal fin.

Desde esta perspectiva, se impone un particular enfoque a la hora de juzgar la constitucionalidad y convencionalidad de normas atributivas de competencia a los órganos jurisdiccionales para el conocimiento de reclamos originados en las relaciones laborales, y reguladoras del proceso aplicable, pues el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la defensa en juicio debe ser especialmente asegurado cuando es ejercido por los trabajadores o sus derechohabientes en el marco de dichas acciones.

El contenido esencial protegido del derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa en juicio de los trabajadores y sus derechohabientes no se agota en el derecho al proceso y a gozar de determinadas garantías procesales en el transcurso de él, sino que exige que ese proceso se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo y eficaz para asegurar la plena satisfacción de los derechos e intereses invocados, y que se sustancie ante jueces y tribunales especializados en la materia.

El propósito de la creación de la Justicia del Trabajo consistió en someter los reclamos originados en relaciones laborales, con independencia de la naturaleza -laboral o no- de las normas invocadas como fundamento de las pretensiones, a procedimientos adecuados y a jueces y tribunales especializados, a fin de obtener, por ambos medios, la mejor y más rápida solución de los respectivos litigios, por lo cual la privación de esos medios conlleva la vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la defensa en juicio de los trabajadores y sus derechohabientes, personas que gozan de preferente tutela constitucional.

La atribución de la competencia a jueces y tribunales del trabajo para el conocimiento de las causas incoadas por los trabajadores y sus derechohabientes con el propósito de obtener la reparación integral de los daños sufridos como consecuencia de accidentes o enfermedades del trabajo con fundamento en los sistemas de derecho civil, no es el producto de una preferencia afectiva o ideológica, ni implica desconocer dogmáticamente la versación jurídica de los magistrados que integran el orden jurisdiccional civil, sino que responde al imperativo constitucional de hacer plenamente operativo el derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa en juicio de los precitados sujetos de preferente tutela.

Una controversia planteada entre un trabajador o sus derechohabientes y su empleador y/o los obligados solidarios de éste con motivo del reclamo fundado en el derecho

civil de la reparación de los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales no es una contienda “civil”, sino un típico litigio laboral, en el cual se suscitan cuestiones que exigen para su solución justa la intervención de jueces del trabajo a los cuales el ordenamiento jurídico le reconoce especialización en la materia.

En el mismo sentido, destaca Godinho Delgado que, tratándose de una relación laboral, independientemente del derecho material aplicable, sea laboral, civil o comercial, los litigios pertinentes serán de competencia de la Justicia del Trabajo ¹⁶⁶

Como enseñaba Couture, en varios de sus estudios y en la exposición de motivos de su *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, la necesidad de un régimen procesal especial para los juicios laborales ha sido unánimemente auspiciada y promovida por la doctrina procesalista y laboralista. Es así que afirmaba terminantemente que: *“la doctrina proclama no sólo tribunales especializados, sino también procedimientos propios. Por sus modalidades especiales, el conflicto de trabajo exige un apartamiento de todas las características tradicionales del proceso civil”*¹⁶⁷

Asimismo, en el primer número de la revista *Derecho Laboral* (1948), reiteraba que: *“es necesario concebir un nuevo derecho procesal del trabajo”*, aclarando que en los conflictos individuales de trabajo se han *“debido abandonar los postulados clásicos en la materia (respecto) de la posición de las partes...”*¹⁶⁸

IV. El Derecho de Acceso a la Justicia en Materia Laboral y el *JusCogens*

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra el derecho al debido proceso legal derivado de la “dignidad inherente a la persona humana”, concierne efectivamente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para

¹⁶⁶ Godinho Delgado, Mauricio, “Relaciones de trabalho: Competência e Direito Material”, pub. en “Ampliação da competencia da Justiça do Trabalho 5 anos depois. Textos do 2º Seminário Nacional”, Luciano Athayde Chaves, Maria de Fátima Coêlho Stern e Fabrício Nicolau dos Santos Nogueira, organizadores, Editora LTr, Sao Paulo, 2009, p. 59.

¹⁶⁷ Couture, Eduardo J., “Proyecto de Código de Procedimiento Civil”, Montevideo, 1945, p. 58, cit. por Barbagelata, Héctor-Hugo, “El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2ª edición, 2009, p. 257/8.

¹⁶⁸ Couture, Eduardo J., “Solución política y solución jurisdiccional de los conflictos de trabajo”, Año I, núm. 1, p. 17, cit. por Barbagelata, Héctor-Hugo, ob. cit. en nota 12.

asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” y son “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales (arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; 2, 5 y 7 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; 1, 8 y 24 de la Convención Americana sobre derechos humanos) y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas ¹⁶⁹

La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que ésta pudiera contener, sin miramiento para las condiciones reales en que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan -para formar, por ejemplo, una

¹⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A. N° 16, párr. 117.

relación de trabajo- el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que sólo dispone de sus brazos e intuye -o conoce perfectamente- que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones que sustenten sus respectivas pretensiones.

En estos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal. A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes.¹⁷⁰

El debido proceso es el medio consecuente con el más avanzado concepto de los derechos humanos para asegurar la efectiva realización de esos derechos: un método o factor para la eficacia del derecho en su conjunto y de los derechos subjetivos en casos concretos. El debido proceso, concepto dinámico guiado y desarrollado bajo un modelo garantista que sirve a los intereses y derechos individuales y sociales, así como al supremo interés de la justicia, constituye un principio rector para la debida solución de los litigios y un derecho primordial de todas las personas. Se aplica a la solución de controversias de cualquier naturaleza -entre ellas, obviamente, las laborales- y a las peticiones y reclamaciones que se plantean ante cualesquiera autoridades: judiciales o administrativas.

El debido proceso entraña, por una parte, la mayor igualdad -equilibrio, “igualdad de armas”- entre los litigantes, particularmente importante cuando en un extremo de la contienda se halla el vulnerable trabajador migrante y en el otro el empleador dotado de derechos suficientes y eficientes, una igualdad que sólo se consigue -en la mayoría de los casos, que reflejan la verdadera dimensión del problema colectivo- cuando el poder público incorpora, a través de leyes y criterios de interpretación y aplicación, los elementos de compensación o corrección; y por otra parte, el cumplimiento claro y fluido del deber que tiene el Estado de

¹⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 18 y 19.

brindar el servicio de justicia, sin distinción y mucho menos discriminación, que entrañaría, de entrada, la derrota del justiciable débil ¹⁷¹

Según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Partes están obligados a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1.1).¹⁷²

El artículo 1.1 de la Convención establece que los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por su parte, el artículo 2 de la Convención determina que si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención.

¹⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 37 y 38.

¹⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 106.

En relación con el artículo 2 de la Convención, la Corte ha dicho que en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

En el mismo sentido, el Tribunal ha manifestado que el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.¹⁷³

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado. En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. Al establecer si el Estado es responsable internacionalmente por la alegada violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o resoluciones administrativas, o si se aplicaron o no determinadas disposiciones de derecho interno, en relación con las violaciones que se alega fueron cometidas en perjuicio de las presuntas víctimas de los hechos, sino si los procesos internos permitieron que se les garantizara un *verdadero acceso a la justicia*, conforme a los estándares previstos en la Convención Americana, para determinar los derechos que estaban en controversia.¹⁷⁴

¹⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cinco Pensionistas vs. Perú, sentencia de 28 de febrero de 2003, párr. 161, 162, 163, 164 y 165.

¹⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 107.

En esta línea hermenéutica, adquiere singular relevancia la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones a los derechos humanos.¹⁷⁵

El derecho de acceso a la justicia no se reduce al acceso formal, stricto sensu, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional, y se encuentra subyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 25 y 8), además de permear el derecho interno de los Estados Partes. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, lato sensu, el derecho a obtener justicia.

Uno de los componentes principales de ese derecho es precisamente el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido, y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional (artículos 25 y 8 de la Convención Americana). Se puede visualizar aquí un verdadero derecho al Derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico -a niveles tanto nacional como internacional- que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana.

La indisociabilidad entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *juscogens* el acceso a la justicia entendido como la plena realización de la misma, o sea, como siendo del dominio del *juscogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados conjuntamente. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse a todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *juscogens*), y acarrear obligaciones erga omnes de protección¹⁷⁶

La Corte Suprema de Justicia de la Nación había sido precursora en tal sentido, al señalar que el derecho de acceso a la jurisdicción integraba el *juscogens*, conclusión más justificada en caso de un reclamo de índole laboral¹⁷⁷

¹⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 131.

¹⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, voto razonado del Juez Antonio Augusto Cançado Trindade.

¹⁷⁷ C.S.J.N., Fallos: 302:2150, 05/12/1983, “Cabrera, Washington Julio Efraín c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”; Gialdino, Rolando E., “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes,

V. La Finalidad de las Normas Procesales Laborales

Las normas del proceso laboral, entre ellas la que faculta a los jueces y tribunales del trabajo a fallar “*ultra petita*” (art. 56, ley 18.345 -t.o. por el dec. 106/98-, en adelante, L.O.), tienen como objetivo hacer efectivos los principios y reglas de protección del trabajo humano, teniendo en cuenta que el trabajador es un sujeto de preferente tutela constitucional ¹⁷⁸

En este contexto, la gratuidad en el procedimiento judicial para la determinación de los derechos derivados de las relaciones laborales también es un componente insoslayable del contenido mínimo esencial del derecho de acceso a la justicia de los trabajadores y sus derechohabientes. Además, la justicia gratuita es un corolario lógico de la justicia social, principio que inspiró la creación de la Justicia del Trabajo de la Capital Federal a fines de 1944, y que sigue justificando su existencia actual, máxime teniendo en cuenta el impacto de los principios y reglas del Constitucionalismo Social y de la reforma constitucional de 1994.

La gratuidad mencionada, no se limita a la exención del pago de gravámenes fiscales (arts. 41, L.O.) y a la exención tributaria en los casos de acuerdos conciliatorios (art. 42, L.O.), sino que también comprende el otorgamiento de acta-poder para ser representado en juicio (art. 36, L.O.), y la exclusión de la vivienda del trabajador y sus derechohabientes como garantía del pago de costas (art. 20, L.C.T. -t.o.-).

La gratuidad también es la regla en el régimen de medidas cautelares, que se entienden siempre dictadas bajo la responsabilidad del solicitante, y sólo en casos especiales el juez, por auto fundado, podrá exigirle contracautela (art. 61, L.O.).

En materia de prueba pericial, el anticipo de gastos solicitado por los peritos es excepcional (art. 91, L.O.).

El impulso procesal de oficio vigente durante el proceso de conocimiento (art. 46, L.O.), que excluye la caducidad de instancia, aun con la excepción introducida para la prueba de informes (art. 84, L.O.), constituye otro componente esencial del mentado derecho constitucional.

Interpretación y Obligaciones”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 282; Zas Oscar, “El impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales en el ordenamiento jurídico argentino”, pub. en “Estudios Críticos de Derecho del Trabajo”, Director Moisés Meik, Legis Argentina, Buenos Aires, 2014, p. 427.

¹⁷⁸ C.N.A.T., Sala V, sent. n° 76.447, 12/08/2014, Herrera, María de los Ángeles c/Suipacha Inn S.R.L.”; CNT 33525/2010/CA1, 19/09/2014, “Ferrara, Ariel Fabián c/Mapfre Argentina ART S.A. y otro” (en ambos casos, voto del Dr. Oscar Zas, con adhesión del Dr. Luis A. Raffaghelli).

Con la misma finalidad garantista para el trabajador y sus derechohabientes, la norma procesal laboral dispone que el vencimiento de los plazos, que serán improrrogables y perentorios, producirá la pérdida del derecho dejado de usar, sin necesidad de petición de parte ni declaración alguna (art. 53, L.O.), limita las excepciones admisibles como de previo y especial pronunciamiento (art. 76, L.O.), dispone -salvo limitadas excepciones- que las apelaciones interpuestas contra resoluciones dictadas en el proceso de conocimiento se tendrán presentes con efecto diferido hasta el momento en que se haya puesto fin a ese proceso con la sentencia definitiva (art. 110, L.O.) y establece el principio de inapelabilidad de las resoluciones dictadas durante el proceso de ejecución, salvo limitadas excepciones (art. 109, L.O.).

Por último, en materia de apreciación de la prueba en el proceso laboral, rige el principio “*in dubio pro operario*” (art. 9º, L.C.T. -texto modificado por la ley 26.428-).

En cambio, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuya aplicación dispone a casos como el presente el art. 4º último párrafo de la ley 26.773, está estructurado en base a pautas sustancialmente diferentes, que parten del principio de la igualdad procesal de los litigantes.

En esa línea, no contempla la gratuidad del proceso para los trabajadores y sus derechohabientes, salvo el supuesto excepcional del beneficio de litigar sin gastos (conf. art. 78 y ss., C.P.C.C.N.), sin perjuicio de lo dispuesto con carácter general para las actuaciones judiciales que tramitan ante los Tribunales Nacionales de la Capital Federal por el art. 13, inc. e) de la ley 23.898.

El principio vigente para las medidas cautelares en materia civil es el de la exigencia de contracautela (art. 199 y ss., C.P.C.C.N.), y, dentro de las excepciones que podría invocar el trabajador o sus derechohabientes, sólo está contemplada la de quien actuare con beneficio de litigar sin gastos, situación -reitero- de procedencia excepcional (art. 202, inc. 2º, C.P.C.C.N.).

En materia de prueba pericial, rige el principio de la obligatoriedad del anticipo de gastos solicitado por los peritos (art. 463, C.P.C.C.N.).

El régimen procesal civil tampoco incluye una regla como la establecida en el art. 56, L.O., que permite a los jueces fallar “*ultra petita*”, prohibición sólo exceptuada por vía jurisprudencial cuando el importe reclamado en la demanda es seguido de la reserva relativa a

“lo que en más o en menos resulte de la prueba”, en cuyo caso debe entenderse que la determinación de los daños ha sido dejada a lo que surja de la mencionada prueba ¹⁷⁹

En materia procesal civil, el impulso procesal es de parte y rigen los institutos de la caducidad de instancia (art. 310 y ss., C.P.C.C.N.) y del acuse de negligencia en la producción de la prueba (art. 384, C.P.C.C.N.).

En el proceso civil el número de excepciones oponibles por el demandado es más amplio que en el proceso laboral (arts. 347 y 348, C.P.C.C.N.)

El régimen recursivo del proceso civil es más amplio y redundante en una mayor dilación en la tramitación de las causas (arts. 242 y ss., C.P.C.C.N.).

En cuanto a la apreciación de la prueba, no rige en el proceso civil el “*in dubio pro operario*”.

VI. La Facultad Legislativa de Atribución de Competencia Judicial y el Principio de Proporcionalidad

El art. 108 de la Constitución Nacional dispone:

El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que según la regla contenida en la citada norma la atribución de competencia a los tribunales inferiores de la Nación no es tarea de los jueces, sino que concierne en forma exclusiva y excluyente al Congreso de la Nación con el objeto de asegurar la garantía del juez natural ¹⁸⁰, que la facultad de cambiar las leyes procesales es un derecho que pertenece a la soberanía ¹⁸¹ y que nadie puede alegar un derecho adquirido a ser juzgado por un determinado sistema adjetivo, pues las leyes de procedimiento y jurisdicción son de orden público, circunstancia que resulta compatible con la garantía del artículo 18 de la Carta Magna, siempre que no se prive de validez a los actos

¹⁷⁹ C.S.J.N., Fallos: 266:223, 30/11/1966, “Pribluda de Hurevich, Beatriz c/Hernández, Martín Gabriel”; 268:463, 28/08/1967, “Pierini, Juan c/Gobierno de la Nación”; 272:37, 14/10/1968, “Garayalde de Bonnacarrere, Emma Agustina c/Flota Arg. de Naveg. Fluvial y otro”; 308:392, 25/03/1986, “G.L.A. Preisz Hnos. S.A.C.I.F.I. c/Delia Sabina Pacenza”; 317:1662, 17/11/1994, “Oblita Ramos, Nancy c/Copla Cooperativa de Provisión de Servicios para Transportistas de Consumo y Credito Limitada”.

¹⁸⁰ C.S.J.N., Fallos: 333:1643, 31/08/2010, “DECSA S.R.L.”.

¹⁸¹ C.S.J.N., Fallos: 163:231, año 1931, “Astrada, Carlos A.”; Fallos: 316:2695, 02/12/1993, “Segovia, Miguel Angel y otros”; 330:3565, 14/08/2007, “Gardebled Hermanos S.A.”.

procesales cumplidos ni se deje sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores¹⁸².

Sin embargo, la doctrina precitada no obsta a la valoración que quepa efectuar acerca de la racionalidad de las medidas adoptadas en las normas procesales y atributivas de competencia cuestionadas, entendida como la adecuación entre el medio elegido y el fin propuesto como fin social en un momento dado. Ese medio será admisible siempre que tenga una relación racional con el fin que le sirve de presupuesto, el cual deberá representar un interés social de intensidad tal que justifique la decisión. Asimismo, el medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional. Todo ello conforme los límites dispuestos en el art. 28 de la Constitución Nacional¹⁸³

Los principios de la parte dogmática de la Constitución Nacional valen para su parte orgánica, pues no se admiten discontinuidades o solución de continuidad alguna en la interpretación orgánica del texto, conforme a sanos principios del saber jurídico, o sea, la reconstrucción dogmática interpretativa proveedora de un sistema de decisiones lógicamente completo y no contradictorio.

La limitación establecida en el art. 28 de la Constitución Nacional a la potestad reglamentaria, tiene vigencia para toda facultad reglamentaria del Congreso Federal.

Cuando no resulta discutible la inadecuación de los medios a los fines, por ser palmaria y hasta groseramente contradictoria con los efectos manifiestos, es deber de los jueces el control sobre la norma. De lo contrario, bastaría con que los otros poderes invocasen cualquier fin constitucional para reducir a la impotencia al Poder Judicial respecto de la constitucionalidad de una norma, por mucho que ésta resultase claramente contradictoria con el fin proclamado en el acto legislativo o en su trámite¹⁸⁴

El art. 28 de la Constitución Nacional es en sí mismo una suma de garantías de limitación del poder. Así, por interpretación analógica y extensiva, el art. 28, C.N. irradia hacia todas las disposiciones constitucionales, las anteriores y las posteriores a la norma; las dictadas junto con ellas y las que se incorporaron en otras reformas, porque el principio que contiene es sustantivo en el sistema, es el principio de limitación básico en el estado de derecho, por

¹⁸² C.S.J.N., Fallos: 329:5586, 12/12/2006, “Aupi Thierry, Marie y González Quintana, Delia Eleuteria c/Banco Francés S.A.”; Competencia N° 72. L., 11/12/2014, “Urquiza, Juan Carlos c/Provincia ART S.A.”.

¹⁸³ C.S.J.N., Fallos: 328:566, 29/03/2005, “Itzcovich, Mabel c/ANSES” (voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni).

¹⁸⁴ C.S.J.N., Fallos: 328:566, 29/03/2005, “Itzcovich, Mabel c/ANSES” (voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni).

definición sujeto a reglas, a leyes, no a persona alguna, tal como lo ordena el art. 29 de la Constitución.

Aunque el art. 28, C.N. no contiene la expresión, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado el principio de razonabilidad, como un intento de delimitación entre la reglamentación legítima, de la que altera los derechos ¹⁸⁵

El principio interpretativo de razonabilidad, de todos modos, emana de una norma operativa; por lo que resulta ineludible de aplicar por todos los órganos de poder en el estado de derecho, entendido éste, precisamente, como estado de razón. En efecto, si lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, es decir contrario a lo carente de sustento -o que deriva sólo de la voluntad de quien produce el acto- una ley es razonable cuando está motivada en los hechos y circunstancias que la impulsaron y fundada en el derecho vigente ¹⁸⁶

Según Linares, la garantía innominada del debido proceso sustantivo, o de razonabilidad o estándar del debido proceso se manifiesta principalmente a través de cuatro cláusulas invocadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conjuntamente con la disposición en que se funda el derecho o libertad cuya sustancia o esencia trata de proteger contra el acto de legislación.

Tales cláusulas -además de las que reconocen el derecho o libertad- son los arts. 17 y 28, en cuanto prohíben la confiscación de bienes y autorizan la expropiación, el art. 16, que impone la igualdad ante la ley y las cargas públicas, y el art. 33 ¹⁸⁷

La garantía del debido proceso comenzó siendo solamente una garantía contra los actos del príncipe -con alcance individual- que desconocieran las exigencias de un mínimo de razonables requisitos para que en un procedimiento judicial o administrativo se afectara válidamente la libertad corporal y la propiedad de un súbdito; se amplió luego a las leyes formales y material-formales del legislador, que no instituyeran ese mínimo razonable del requisito procesal y terminó por proteger al ciudadano de todas las leyes formales y material-formales irrazonables que vulneraran otros derechos y libertades. En esta última etapa nos hallamos ya frente a la garantía del debido proceso sustantivo. Nuestro país pudo, gracias al art. 28 de la Constitución, aplicar directamente la garantía en su forma sustantiva.

Creada la institución por el liberalismo republicano, vale ella también cuando la

¹⁸⁵ Ekmekdjian, Miguel Angel, "Tratado de Derecho Constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina", Depalma, Buenos Aires, 1995, t. III, p. 33 y ss.

¹⁸⁶ Gelli, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada", La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 224.

¹⁸⁷ Linares, Juan Francisco, "Razonabilidad de las leyes. El `debido proceso´ como garantía innominada en la Constitución Argentina", Astrea, Buenos Aires, 1989, 2ª edición actualizada, p. 159.

república tome un sesgo neo-liberal y social-democrático. Lo que variaría sería el criterio de prudencia política con que ha de juzgarse lo que es razonable según la época histórica y su visión del mundo y de la vida. Sólo bajo un sistema autocrático, no personalista, dejaría de funcionar, porque entonces la voz de la Constitución republicana sería ahogada, y el hombre, como fin en sí, habría dejado de existir bajo la implantación de una tiranía, sea de pocos o de mayorías ¹⁸⁸

Como señala Ferrajoli:

...El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones. Y si el principio de mera legalidad había producido la separación de la validez y de la justicia y el cese de la presunción de justicia del derecho vigente, el principio de estricta legalidad produce la separación de la validez y de la vigencia y la cesación de la presunción apriorística de validez del derecho existente. En efecto, en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. A través de la estipulación de la...esfera de lo indecible (de lo indecible que, que se expresa en los derechos de libertad, y de lo indecible que no, que lo hace en los derechos sociales), las condiciones sustanciales de validez de las leyes, que en el paradigma premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleopositivista fueron desplazadas por el principio puramente formal de la validez como positividad, penetran nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la legislación.

Este cambio de paradigma puede situarse históricamente en un momento determinado: el que siguió a la catástrofe de la Segunda Guerra Mundial y a la derrota del nazi-fascismo. En el clima cultural y político en el que vio la luz el actual constitucionalismo -la Carta de la ONU de 1945, la Declaración Universal de 1948, la Constitución italiana de 1948, la Ley fundamental de la República Federal Alemana de 1949- se comprende que el principio de mera legalidad, considerado suficiente garantía frente a los abusos de la jurisdicción y de la administración, se valore como insuficiente para garantizar frente a los

¹⁸⁸ Linares, Juan Francisco, ob. cit. en nota 32, p. 226/227.

abusos de la legislación y frente a las involuciones antiliberales y totalitarias de los supremos órganos decisionales. Es por lo que se redescubre el significado de “Constitución” como límite y vínculo a los poderes públicos establecido hace ya dos siglos en el artículo 16 de la Declaración de derechos de 1789: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de los poderes establecida no tiene Constitución”. Se redescubre, en suma -no sólo en el plano estatal sino también en el internacional-, el valor de la Constitución como conjunto de normas sustanciales dirigidas a garantizar la división de poderes y los derechos fundamentales de todos, es decir, exactamente los dos principios que habían sido negados por el fascismo y que son la negación de éste.

Se puede expresar el cambio de paradigma del derecho producido por la constitucionalización rígida de estos principios, afirmando que la legalidad, merced a esto, resulta caracterizada por una doble artificialidad: la del ser del derecho, es decir, de su “existencia” -ya no derivable de la moral ni recabable de la naturaleza, sino, precisamente, “puesto” por el legislador- y también la de su deber ser, es decir de sus condiciones de “validez”, asimismo positivadas con rango constitucional, como derecho sobre el derecho, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica...En efecto, gracias a esta doble artificialidad, no sólo la producción del derecho sino también las opciones desde las que ésta se proyecta resultan positivadas mediante normas jurídicas, y también el legislador queda sometido a la ley. De este modo, se produce un cambio de naturaleza en la legalidad positiva del Estado constitucional de derecho. Ésta ya no es sólo (mera legalidad) condicionante, sino asimismo (estricta legalidad) condicionada por vínculos jurídicos que son también sustanciales relativos a sus contenidos o significados...

...La jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto: crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales...¹⁸⁹

Según el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser

¹⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, Madrid, España, Quinta Edición, 2006, p. 66/68.

aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

En la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.

No es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el mencionado artículo como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual *“...los derechos esenciales del hombre...tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos...”*.

La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana¹⁹⁰

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se limita a exigir la existencia de una ley para que sean jurídicamente lícitas las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades, sino que requiere que las leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas¹⁹¹

Las medidas restrictivas de los derechos y libertades fundamentales deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.

¹⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, “La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, párr. 26 y 27.

¹⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena, Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001.

El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen.

A la luz del mentado principio, la restricción debe guardar proporcionalidad con el fin legítimo perseguido, de manera que se aplique solamente si no existe otro medio menos restrictivo y durante el tiempo estrictamente necesario para cumplir con su función¹⁹²

La necesidad de las restricciones a los derechos humanos dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce de aquella libertad fundamental y no la limiten más de lo estrictamente necesario. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese legítimo objetivo¹⁹³

VII. Ausencia de Motivos del Cambio de Competencia en el Proyecto de Ley y Falta de Exposición de un Interés Social que lo Justifique en el Debate Parlamentario

El mensaje enviado al Congreso Nacional por el Poder Ejecutivo Nacional con el proyecto del “Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”, convertido en la ley 26.773 luego del debate parlamentario, omite toda referencia al motivo o fin que habría justificado la modificación en materia de competencia y régimen procesal aplicable a las acciones de reparación fundadas en el derecho civil¹⁹⁴

En el debate parlamentario unos pocos legisladores intentaron fundar ese cambio en la naturaleza civil de los daños y de las acciones incoadas para su reparación con fundamento

¹⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004.

¹⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A Nº 5, párr. 46. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 121.

¹⁹⁴ Antecedentes parlamentarios, Ley 26.773. Nueva Ley de Riesgos del Trabajo. Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños, Año XIX, Nº 10, noviembre de 2012, La Ley, Buenos Aires 2012, p. 21/22.

en los sistemas de responsabilidad civil, lo que conllevaría la atribución de la competencia respectiva a la Justicia Nacional en lo Civil en la Capital Federal.¹⁹⁵

A mi modo de ver, el citado fundamento no expresa la existencia de un interés social de intensidad tal que justifique cabalmente dicha decisión.

En efecto, la doctrina contemporánea se pronuncia en favor de la unificación del resarcimiento, que es acorde con la estructura indivisa del ordenamiento jurídico.

Para un enfoque científico de la materia debe partirse de la unicidad del fenómeno resarcitorio, que requiere un tratamiento sistemático y genérico que contemple todas las situaciones en las cuales existe una atribución del daño por el ordenamiento jurídico que impone el deber de resarcirlo.

El encuadramiento de un infortunio laboral en los presupuestos de aplicación de los distintos regímenes de responsabilidad establecidos en las normas laborales y civiles hace viable la aplicación de los mismos, pero no modifica la naturaleza jurídica del daño, ni de la relación laboral en cuyo marco se configura¹⁹⁶

Es decir, el daño sigue siendo laboral y las acciones incoadas para su reparación también, pese a la invocación de los sistemas de reparación del derecho civil, en tanto aquél se produce como consecuencia de la puesta a disposición por parte del trabajador de su fuerza de trabajo en el marco de una relación de trabajo subordinada.

El art. 19 de la Constitución Nacional, según el cual se prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación, y la reglamentación que hace el Código Civil, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Antecedentes parlamentarios, Ley 26.773. Nueva Ley de Riesgos del Trabajo. Régimen de ordenamiento de la reparación de los daños, Año XIX, N° 10, noviembre de 2012, La Ley, Buenos Aires 2012, p. 100 y 106 (Cámara de Senadores) y 273 y 274 (Cámara de Diputados).

En cambio, fueron más los legisladores que expresaron fundamentos jurídicos contrarios a la constitucionalidad y convencionalidad de la atribución de competencia a la Justicia Nacional en lo Civil para el conocimiento de las acciones de reparación fundadas en el Derecho Civil y de la aplicación pertinente de las reglas del proceso civil (Ver p. 85, 100 y 101 -Cámara de Senadores- y 279, 286, 295, 297, 298, 299, 306 y 336 -Cámara de Diputados-).

¹⁹⁶ Meik, Moisés y Zas, Oscar, “Los infortunios laborales y las acciones de derecho común” (2da. Parte), Errepar - DLE - T. V, 280/281.

¹⁹⁷ C.S.J.N., Fallos: 327:3753, 21/09/2004, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A.” (votos concurrentes de los jueces Petracchi y Zaffaroni, Belluscio y Maqueda y Highton de Nolasco); Fallos: 328:2520, 28/06/2005, “Ferreira, Gregorio Porfidio c/Mastellone Hnos. S.A.” (votos concurrentes de los jueces Petracchi, Belluscio, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco); Fallos: 331:1488, 18/06/2008, “Bernald, Darío c/Bertoncini Construcciones S.A.” (votos concurrentes de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt,

En el supuesto específico de las reparaciones de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo, cualquiera sea el sistema de responsabilidad invocado, están en juego derechos fundamentales del trabajador y, en su caso, de sus derechohabientes, consagrados para tutelar intereses y valores que van más allá de la esfera patrimonial de aquéllos subsumibles exclusivamente en el derecho de propiedad: los derechos a la vida, a la integridad física, psíquica y moral y a la salud.

En el marco de la tutela de los derechos humanos en el ámbito americano, es menester destacar que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

...Los derechos a la vida y a la integridad personal revisten carácter angular en la Convención. De conformidad con el art. 27.2 del referido tratado, esos derechos forman parte del núcleo inderogable, pues se encuentran consagrados como unos de los que no pueden ser suspendidos en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes...

...Este Tribunal ha señalado que el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana, por ser el corolario esencial para la realización de los demás derechos...¹⁹⁸

Por otra parte, el derecho a la reparación plena o integral de los daños sufridos por los trabajadores y sus derechohabientes como consecuencia de los accidentes y enfermedades del trabajo encuentra fundamento en el principio de indemnidad, propio de la disciplina laboral, y en los principios y reglas del Constitucionalismo Social y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ¹⁹⁹

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe destacar que el derecho del trabajador a la vida, a la integridad física, psíquica y moral y a la salud, y a la pertinente reparación de los daños sufridos, en el desarrollo de su trabajo, no es ciertamente, un derecho específicamente laboral, en el sentido que tenga su origen o razón de ser, exclusiva o principalmente, en el ámbito estricto de las relaciones laborales, y de modo que no sea posible técnicamente su ejercicio extramuros de las mismas.

El citado derecho, pensado constitucionalmente para el ejercicio de su titularidad por

Petracchi, Maqueda y Zaffaroni); Fallos: 335:2333, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino” (votos concurrentes de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Fayt).

¹⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 119 y 120.

¹⁹⁹ C.S.J.N., Fallos: 327:3753, 21/09/2004, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A.” (votos concurrentes de los jueces Petracchi y Zaffaroni, Belluscio y Maqueda y Highton de Nolasco); Fallos: 332:709, 31/03/2009, “Torrillo, Atilio Amadeo c/GulfOil Argentina S.A. y otro” (votos concurrentes de los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni); Fallos: 332:2633, 24/11/2009, “Trejo, Jorge Elías c/Stema S.A. y otros” (voto concurrente de los jueces Fayt y Petracchi).

todos los ciudadanos, cualquiera sea su condición personal o profesional, puede ser ejercitado desde luego por los sujetos de las relaciones de trabajo (y por los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquiere un *contenido o dimensión laboral sobrevinidos*. Se produce así una "impregnación laboral" de un derecho de titularidad general o inespecífico por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados y sus derechohabientes a propósito y en los dominios de un contrato de trabajo.

En síntesis, estamos en presencia de un derecho constitucional atribuido con carácter general a los ciudadanos, que es ejercitado en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierte en un verdadero derecho laboral de jerarquía constitucional por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hace valer, en un derecho laboral inespecífico de jerarquía constitucional²⁰⁰

Cabe agregar, en apoyo de la solución propuesta, que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró operativas en nuestro ordenamiento jurídico las disposiciones del Convenio n° 173 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador.

En el mencionado precedente, el Supremo Tribunal Federal, si bien destaca que la norma pertinente del convenio precitado al referir a los rubros que debían quedar protegidos por el privilegio expresa que, al menos, deben cubrirse los créditos correspondientes a salarios por un período determinado, vacaciones, ausencias retribuidas e indemnizaciones por finalización de servicios, la Recomendación n° 180 de la O.I.T., que complementa las disposiciones del convenio, determina que el privilegio debería alcanzar, además, a las indemnizaciones por *"accidentes del trabajo y enfermedades profesionales cuando corran directamente a cargo del empleador"*.

Lo relevante de la doctrina fijada por nuestro más Alto Tribunal para el presente caso es que aplicó la tutela establecida en dichas normas internacionales a un resarcimiento por accidente de trabajo demandado judicialmente "con apoyo en las normas del derecho común"²⁰¹

Por las razones expuestas -reitero-, el motivo invocado como fundamento de la atribución de competencia a la Justicia Nacional en lo Civil de la Capital Federal en las acciones de reparación de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo fundadas

²⁰⁰ Palomeque-López, Manuel Carlos, "El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo", conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo, Universidad de Salamanca-Fundación Mapfre, pronunciada el 11/11/1991 en el Paraninfo de dicha universidad, publicado en Actualidad Laboral N° 4, p. 37/44.

²⁰¹ C.S.J.N., P. 589. XLVI. P. 575, XLVI., 26/03/2014, "Pinturas y Revestimientos Aplicados S.A.".

en el derecho civil, y de regulación del trámite por las normas del proceso civil, no constituye un interés social de entidad tal que justifique esa decisión, por lo cual considero inconstitucionales e inconvenientes los arts. 4º último párrafo en lo pertinente y 17, inc. 2º de la ley 26.773, en tanto vulneran el contenido esencial del derecho de los trabajadores y sus derechohabientes a la tutela judicial efectiva y a la defensa en juicio integrante del *juscogens*, sin que baste para controvertir esta conclusión la sola invocación del carácter de orden público de las normas sobre organización judicial, distribución de la competencia, regulación del proceso o similares.

VIII. La Relevancia de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales

Corroborar la conclusión propuesta en el capítulo anterior lo prescrito en el art. 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, cuyo texto reza:

“En cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos”.

Si bien el término declaración se usa a menudo deliberadamente para indicar que las partes no desean establecer obligaciones vinculantes sino simplemente dar a conocer determinadas aspiraciones, la naturaleza de un instrumento internacional no depende del *nomen iuris* que se le haya dado (acuerdo, carta, tratado, pacto, convención, declaración) ²⁰²

Por ello, se impone esclarecer la intención de las partes, para lo cual la lectura del texto de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales es relevante, teniendo en cuenta que el régimen de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se atiene al principio de la primacía del texto, es decir remite a la aplicación de criterios objetivos de interpretación vinculados a los textos mismos, sin que impida la aplicación de esa pauta la eventual exclusión de la Carta del ámbito de la citada Convención de Viena, en tanto en el Derecho Internacional aquélla es la norma cardinal de toda interpretación ²⁰³

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada por la resolución XXIX de la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948, con la única excepción de los Estados Unidos de América afirma categóricamente que

²⁰² Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013.

²⁰³ Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013.

“...tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el *mínimum de derechos* de que todos ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables...” (conf. art. 1º, párr. 1º).

No resulta dudoso, entonces, que la intención del instrumento ha sido la de constituir un mínimo de derechos, dejando a la legislación nacional sólo como medio de mejoramiento de ese límite inferior. Ello armoniza con el Preámbulo, teniendo en cuenta que, según el art. 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “...*Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos...*”

El texto del Preámbulo de la Carta expresa en lo pertinente:

Los Estados Americanos, deseosos de dar efectividad a la persistente y generosa aspiración de las Conferencias Interamericanas de que en el Continente existan normas que protejan ampliamente a los trabajadores;...

...Acordes, por lo tanto, en que el presente grado de evolución jurídica exige a los regímenes democráticos garantizar simultáneamente el respeto a las libertades políticas y del espíritu y la realización de los postulados de la justicia social;...

...es de interés público, desde el punto de vista internacional, la expedición de una legislación social lo más completa posible que dé a los trabajadores garantías y derechos en escala no inferior a la indicada en las Convenciones y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo;

Conformes en que la cooperación económica, tan esencial para las Repúblicas Americanas, no puede ser verdaderamente efectiva a menos que se tomen medidas para asegurar los derechos de los trabajadores...

Desde esta perspectiva, según Gialdino la Carta debe ser entendida, al menos, como un instrumento que “cristalizó” aspectos de costumbres en proceso de formación, *in status nascendi*, contribuyendo a amonedarlas y a dar fin a dicho proceso; constituyó el momento de comprobación de una práctica regional creada por los Estados y de concreción de la *opinio juris* de los Estados, de la convicción de éstos de que dicha práctica constituye una norma jurídica²⁰⁴

La Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en algunas oportunidades, ha deducido el reconocimiento o la aceptación generales de una norma consuetudinaria a partir

²⁰⁴ Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013.

de determinados instrumentos internacionales distintos de los tratados, como declaraciones y resoluciones adoptadas por organizaciones, conferencias y reuniones intergubernamentales o internacionales²⁰⁵

La codificación progresiva de la normativa consuetudinaria en materia de derechos humanos obliga a reinterpretar las definiciones clásicas de tratado, definido como instrumento vinculante para los Estados Partes a partir de su entrada en vigor, y de otros instrumentos, definidos como instrumentos no vinculantes.²⁰⁶

Por lo demás, corresponde destacar, de un lado, que la existencia y validez de las costumbres regionales es admitida por la doctrina y por la jurisprudencia internacional, y del otro, que para el sistema constitucional argentino, la costumbre internacional integra directamente su orden jurídico.²⁰⁷

Las circunstancias expuestas seguidamente confirman, implícita o explícitamente, el carácter normativo y vinculante de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado la Carta en más de una ocasión.

Así, señaló que la Carta, emitida simultáneamente a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre incluye un detallado artículo sobre obligaciones de los Estados y derechos de los indígenas.²⁰⁸

La Comisión también destacó que la Carta prohíbe la ocupación de menores de 14 años en ninguna clase de trabajo, y de los menores de 18 años en labores peligrosas, y compromete a los Estados a garantizar las condiciones para que los menores puedan completar la educación básica obligatoria.²⁰⁹

²⁰⁵ Formación y documentación del derecho internacional consuetudinario, A/CN.4/659, 2013, 29 y su nota 86.

²⁰⁶ O'Donnell, Daniel, "Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano", Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, t. I, 2004, p. 67.

²⁰⁷ Gialdino, Rolando E., "Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos", DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013 y doctrina citada en las notas 43 y 44.

²⁰⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas, OEA/Ser.L/VII.108, Doc. 62, 20/10/2000, cap. I, 1.

²⁰⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1999, Recomendación sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados, cap. VI, párr. 2, OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 3, 13/04/2000.

Para la elaboración de su proyecto del Protocolo de San Salvador, la Comisión afirma que realizó un cuidadoso examen de los instrumentos internacionales en vigor sobre la materia, entre los cuales se encuentra la Carta.²¹⁰

Por último, la Comisión empleó las normas de la Carta para controlar la legislación nacional²¹¹

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señaló en lo pertinente:

...La jubilación se puede conceptualizar como aquella prestación económica que se deriva del régimen de seguridad social; se trata de una obligación de naturaleza social a cargo del Estado. Así, hoy por hoy en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la jubilación encuentra fundamento jurídico en la interpretación armónica de los artículos 50, 73 y 74 de la Constitución Política, así como de los artículos 25, 28, 29 y 30 del Convenio 102 de la O.I.T...; 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 31 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales; 5 del Convenio 118 de la O.I.T. y artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que de conformidad con los artículos 7 y 48 de la Constitución Política, integran el Derecho de la Constitución en materia de derechos fundamentales...²¹²

La Corte Constitucional de Colombia tuvo en consideración el art. 19 de la Carta para conceptualizar el alcance del principio de estabilidad en el empleo²¹³

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT destacó entre los instrumentos regionales que reconocen el derecho de huelga el art. 27 de la Carta²¹⁴

²¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1985-1986, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cap. V. II, OEA/Ser.L/V/II.68, Doc. 8, rev. 1, 26/09/1986.

²¹¹ Así, afirmó que “...*Tampoco está garantizado expresamente en la Constitución paraguaya, el derecho al trabajo sin discriminación alguna: ni el derecho a que la suspensión o disolución de los sindicatos no pueda imponerse sino en virtud de procedimiento judicial adecuado, tal como previene el Artículo 26 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada con el voto favorable del Paraguay...*” y que “...*los Artículos 353 y 354 (del Código de Trabajo de Paraguay) son muy rigurosos en la exigencia de requisitos para las declaratorias de huelgas, los cuales en la práctica son obstáculos al ejercicio de este derecho con la libertad con que lo estipula la O.I.T. (Convenio 98), la Carta Internacional Americana y la Carta de la OEA...*” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, cap. VI, B.e y C, respectivamente, OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 19 rev. 1, 28/09/1987.

La Comisión tuvo en cuenta los arts. 26 y 27 de la Carta para analizar el régimen jurídico chileno en materia de libertad sindical y de huelga (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, cap. X, A.2, OEA/Ser.L/V/II.77.rev.1, Doc. 18, 08/05/1990.

²¹² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Exp: 07-010958-0007-CO, Res. N° 2009-004960, 24/03/2009.

²¹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-173/11, de 14/03/2011.

²¹⁴ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Estudio General: Libertad sindical y negociación colectiva, 1994, 143.

La eficacia jurídica de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales también ha sido reconocida en varios precedentes por la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina²¹⁵

La Declaración Sociolaboral del Mercosur, adoptada por los Jefes de Estado de los países miembros del Mercosur el 10 de diciembre de 1998 en Brasil, es la proclamación solemne de los derechos sociales fundamentales reconocidos como tales en el Mercosur.

La eficacia jurídica de la Declaración ha sido reconocida por nuestro más Alto Tribunal²¹⁶

La parte pertinente del Preámbulo de dicha declaración reza:

...Considerando que los Estados Partes están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que integran el patrimonio jurídico de la Humanidad, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Declaración Americana de Derechos y Obligaciones del Hombre (1948), la Carta Interamericana de Garantías Sociales (1948), la Carta de la Organización de los Estados Americanos – OEA (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988)....

El texto transcrito implica que los Estados Partes de la Declaración, entre ellos la República Argentina, reconocen el carácter vinculante de la Carta. A todo evento, las Declaraciones de los Jefes de Estado o de Gobierno, incluso en el marco de cumbres de organizaciones regionales, quedan comprendidas como fuentes para la formación del derecho consuetudinario²¹⁷

Como señala Ermida Uriarte, las Cartas Sociales, a despecho de la variedad que suelen ofrecer, son proclamaciones solemnes en las cuales los Estados proclaman ciertos derechos y/o reconocen determinadas metas u objetivos laborales o sociales comunes.

La Comisión también destacó que: “...*El párrafo sexto del Preámbulo, texto que data de la misma época que los convenios de la OIT sobre la libertad sindical, declara que es «de interés público, desde el punto de vista internacional, la expedición de una legislación social lo más completa posible que dé a los trabajadores garantías y derechos en escala no inferior a la indicada en los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo...*” (nota 10 al texto citado en el párrafo precedente).

²¹⁵ C.S.J.N., Fallos: 332:170, 24/02/2009, “Aerolíneas Argentinas S.A.”; Fallos: 333:1361, 10/08/2010, “Ascuá, Luis Ricardo c/SOMISA”; 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

²¹⁶ C.S.J.N., Fallos: 332:170, 24/02/2009, “Aerolíneas Argentinas S.A.” (considerando 9º del voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni y considerando 10 del voto concurrente de los jueces Fayt y Petracchi); Fallos: 332:709, 31/03/2009, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/GulfOil Argentina S.A. y otro” (voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni).

²¹⁷ Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013 y doctrina citada en la nota 63.

Apuntan a edificar el espacio social de un grupo de países, sobre la base de un zócalo mínimo común de derechos sociales, generalmente en un conjunto de naciones que consideran tener un perfil común (caso de la Carta Interamericana de Garantías Sociales de 1948). Su objetivo es social: garantizar el reconocimiento de determinados principios y derechos considerados importantes en los países signatarios.

En todo caso, las Cartas Sociales también pueden constituir declaraciones que codifican o consolidan el Derecho consuetudinario internacional de los derechos humanos y en tal caso forman parte del *juscogens* u orden público internacional, del “patrimonio jurídico de la humanidad”, como dice uno de los considerandos de la Declaración Sociolaboral del Mercosur²¹⁸

En definitiva, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales es un instrumento internacional que cristalizó un derecho consuetudinario regional en vías de formación y que, por ende, reconoce un *mínimum* de derechos y garantías invocables por los trabajadores, y genera obligaciones estatales de respetar, proteger y realizar dichos derechos y garantías²¹⁹

Incluso, hay quienes sostienen que este instrumento constituye un verdadero Código del Trabajo básico tipo para los Estados Americanos²²⁰, o la base mínima de legislación social que todos han aceptado respetar²²¹

Por otra parte, y sin perjuicio de lo expuesto, la Carta sirve de medio interpretativo de los derechos y garantías reconocidos en otros instrumentos internacionales de derechos humanos y en las normas nacionales.

En tal sentido, para Gros Espiell es preciso relacionar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre con la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La Declaración, adoptada por la resolución XXX de la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948, enumera no sólo los derechos civiles y políticos, sino también los económicos, sociales y culturales (arts. VI, VII, XI, XII, XIII, XIV y XV). La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales posee igual naturaleza jurídica que la Declaración; no es un tratado internacional, sino otra

²¹⁸ Ermida Uriarte, Oscar, “Derechos laborales y comercio internacional”, Ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001, p. 13 y 14.

²¹⁹ Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013.

²²⁰ Rivera, Carlos Alá Santiago, “Trascendencia del derecho laboral”, Revista de Estudios Críticos del Derecho (Clave), Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho, t. 3, n° 1, 2008, p. 37 y 45.

²²¹ Guachalla, Luis Fernando, “Los derechos del hombre y la protección internacional”, Editor Rolando Diez de Molina, 1ª edición electrónica 2006, p. 41.

declaración adoptada por medio de una resolución de la conferencia precitada. Este hecho, la simultaneidad de la adopción y la identidad de los principios en que ambos textos se fundamentan, explican por qué la Carta es un instrumento que debe servir para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de la Declaración Americana sobre los derechos sociales.

Agrega el autor citado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a la Declaración Americana en el Preámbulo y en el artículo 29.d), pero esta norma alude no sólo a la Declaración, sino también a “*otros actos internacionales de la misma naturaleza*”. Y entre estos actos puede incluirse a la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

Concluye el mencionado jurista que de tal modo la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales forman un conjunto normativo que, pese a las diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de los diversos instrumentos que lo componen, es preciso estudiar sistemática y globalmente y en el cual cada uno de estos textos se explica y adquiere su plena significación en la consideración de los otros.²²²

Para influir en la Declaración Universal de Derechos Humanos, especialmente durante las últimas etapas de discusión del proyecto, los representantes latinoamericanos se basaron en su propia experiencia de redacción y adopción de dos documentos regionales sobre derechos humanos, durante el mismo año de la Declaración Universal. Uno de los documentos fue la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, cuyos 38 artículos orgánicos tratan detalladamente sobre los derechos inherentes al trabajo, siguiendo los intereses recogidos por la Organización Internacional del Trabajo hasta ese momento. La adopción de la Carta ofrece más pruebas de la fortaleza del compromiso regional general con los derechos económicos, sociales y culturales en 1948.²²³

²²² Gros Espiell, Héctor, “Estudios sobre Derechos Humanos II”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 110/111.

²²³ Carozza, Paolo G., “La perspectiva histórica del aporte latinoamericano al concepto de los derechos económicos, sociales y culturales”, en “Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta”, Alicia Ely Yamin (coordinadora), Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Asociación Pro Derechos Humanos, Plaza y Valdez Editores, Primera Edición 2006, México, p. 55/56.

Por su parte, Krsticevic sostiene que la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales puede servir de instrumento interpretativo de los derechos y garantías plasmados en otros instrumentos convencionales americanos ²²⁴

En esa línea, por aplicación del art. 29.d) de la Convención Americana, la Carta Internacional Americana de Derechos Sociales constituye uno de los referentes interpretativos del alcance de los derechos consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica, teniendo en cuenta que corresponde otorgar prevalencia a una hermenéutica sistemática, teleológica y evolutiva, que tenga en cuenta el contenido normativo más favorable para la protección del ser humano, en el caso el trabajador, y el objeto y fin de garantizar efectivamente sus derechos humanos.

Dicha técnica constituye una cumplida y necesaria aplicación de la consolidada pauta de exégesis “sistémica o universalista”, la cual nos dice, por emplear una fórmula acuñada, reiterada y nunca abandonada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que para interpretar las normas de un instrumento de derechos humanos, debe ser tomado en cuenta el muy comprensivo *corpus juris* internacional en el que aquéllas, por naturaleza están insertas. *Corpus* este que, por lo demás, no está integrado sólo por tratados internacionales, ya que también comprende, *inter alia*, “resoluciones y declaraciones” ²²⁵

En ese marco, para la dilucidación del alcance del derecho de acceso a la justicia en los términos de los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2.3.a) y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 18 de la Constitución Nacional cuando los trabajadores o sus derechohabientes reclamen la reparación de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo con fundamento en el derecho civil debe ser tenido en cuenta lo establecido en el art. 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

El principio *pro homine o pro persona* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión

²²⁴ Krsticevic, Viviana, “La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano”, en ob. cit. en la nota anterior, p. 173/174, nota 13.

²²⁵ Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013.

extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre ²²⁶

En el mismo sentido, nuestro más Alto Tribunal, en distintos precedentes laborales, destaca que el principio *pro homine* determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana, y censura toda exégesis restrictiva, pauta que se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales. Desde esta perspectiva, corresponde descartar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contraría la jurisprudencia de la Corte concordante con la doctrina universal: el “principio de favorabilidad” ²²⁷

Recientemente, en un caso laboral la Corte Suprema ratificó y profundizó dicha doctrina en los siguientes términos:

...un principio que “informa todo el derecho de los derechos humanos” y resulta “connatural” con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...Se trata...del principio *pro homine* o *pro persona*, y en sus dos principales manifestaciones en materia de hermenéutica jurídica. Primeramente, la que exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías (v.gr., Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, 28-8-2002, Serie A Nº 17, párr. 21). Y, en segundo lugar, la que impone obrar en sentido inverso, vale decir, restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas (v.gr., ídem, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9-5-1986, Serie A Nº 6, párr. 31). Este último aspecto se explica, desde luego, pues en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (ídem, párr. 21). Se impone, en síntesis, escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten...²²⁸

Un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar ²²⁹

²²⁶ Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

²²⁷ C.S.J.N., C.S.J.N., Fallos: 330:1989, 03/05/2007, “Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas” (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi); Fallos: 333:1361, 10/08/2010, “Ascuá, Luis Ricardo c/Somisa”; Fallos: 333:2306, 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.”.

²²⁸ C.S.J.N., 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

²²⁹ Corte Internacional de Justicia, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 a 31, cit. por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989, párr. 37.

En el caso específico de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Corte Interamericana considera que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración. La evolución del derecho americano en la materia, es una expresión regional de la experimentada por el Derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presenta hoy algunos elementos diferenciales de alta significación con el Derecho Internacional clásico. Es así como, por ejemplo, la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación *erga omnes*²³⁰

La Corte Interamericana ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales ²³¹

Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ²³²

Esta evolución, como destaca Cançado Trindade, es reflejo de un fenómeno más profundo: la propia normativa internacional de protección es concebida, se desarrolla y se aplica impulsada por las nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos ²³³

El art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prescribe:

²³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 37 y 38.

²³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 114; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 106 y Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 83. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Tyrer v. Reino Unido, (No. 5856/72), sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

²³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párr. 114; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 106 y Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 83.

²³³ Cançado Trindade, Antônio Augusto, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume II, 2ª Edição Revista e Atualizada, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2003, p. 186.

"Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin...".

En tal sentido, constituye criterio hermenéutico del cimerio tribunal americano que las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos ²³⁴

Tanto los principios de interpretación consagrados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como los resultantes del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, correctamente entendidos sobre todo a la luz del Derecho de los Derechos Humanos, fundamentan la aplicación de criterios de interpretación e inclusive de integración principistas, finalistas y extensivos en orden a la mayor protección de los derechos consagrados. Esos criterios apuntan también a la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la Convención Americana utilizando los principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales, en los propios ordenamientos internos y en las tendencias vigentes en materia de derechos humanos, todos los cuales se encuentran en alguna medida incorporados a la Convención Americana por virtud del art. 29.

Los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, convertida en derecho legislado por los arts. 2 y 26 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero, para todos los derechos; el segundo, en función de los derechos económicos, sociales y culturales ²³⁵

Principios similares a los resultantes del art. 29 de la Convención Americana son consagrados en los arts. 5.2 y 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 5.2 y 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 41

²³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 178.

²³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 (voto separado del juez Rodolfo E. Piza E., párr. 2 y 3).

de la Convención sobre los Derechos del Niño y 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De conformidad con el art. 29.b) de la Convención Americana, si alguna ley otorga una mayor protección o regula con mayor protección el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, se deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional y la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente²³⁶

De conformidad con los criterios expuestos precedentemente, en materia laboral rige el principio de interpretación y aplicación de la norma más favorable al trabajador, independientemente si la norma es interna o internacional, o si la interpretación es postulada por un tribunal nacional o un tribunal internacional u organismo de igual jerarquía encargados de la interpretación y aplicación de la norma internacional pertinente.

El criterio de la “norma más favorable a las personas protegidas”, como lo denomina Cançado Trindade, contribuye a: 1) reducir o minimizar considerablemente las pretendidas “posibilidades” de conflictos entre instrumentos legales en sus aspectos normativos; 2) obtener mayor coordinación entre tales instrumentos, tanto en la dimensión vertical (tratados y derecho interno), cuanto en la horizontal (dos o más tratados) y 3) demostrar que la tendencia y el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos -garantizando los mismos derechos- sólo tienen el sentido de ampliar y fortalecer la protección. Lo que importa en última instancia es el grado de eficacia de la protección, y por consiguiente prevalecerá la

²³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párr. 156.

norma que en el caso concreto proteja mejor, sea del derecho internacional o del derecho interno²³⁷

Como observa lúcidamente Gialdino, el principio *pro persona* da fundamento a una singular consecuencia en el terreno de la superposición normativa, con arreglo a la cual no sería preciso elegir una cláusula y rechazar otra, sino combinar las dos a fin de reconstruir globalmente los derechos de los que la persona es titular. El problema, en dichos supuestos, no es la determinación de cuál protección debe prevalecer, sino el de armonizar los dos estándares de protección que pueden ser aplicados de manera acumulativa²³⁸

Por las razones expuestas, tanto si se lo considera un instrumento jurídico directamente vinculante como si se lo utiliza como medio interpretativo de los derechos y garantías plasmados en otros instrumentos internacionales y en las normas nacionales, los jueces y tribunales argentinos deberán tener en cuenta la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales a fin de efectuar el control de convencionalidad en los casos pertinentes sometidos a su consideración.²³⁹

IX. El Principio de Progresividad

El principio de progresividad relativo a la obligación del Estado de lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales y la prohibición de regresividad o de retroceso social también forma parte del bagaje teórico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El citado principio está consagrado, entre otras normas, en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el art. 1 del Protocolo de San Salvador (PSS).

²³⁷ Cançado Trindade, Antônio Augusto, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume II, 2ª Edição Revista e Atualizada, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2003, Volume I, p. 544/545. Agrega el mencionado autor que el criterio de primacía de la disposición más favorable a las víctimas era aplicado a fines de la década de 1950 por la Comisión Europea de Derechos Humanos (petición nº 253/56, de 1958-1959), y recibió el reconocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

²³⁸ Gialdino, Rolando Edmundo, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 116/117 y autores citados en su nota 275.

²³⁹ Zas Oscar, "El impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales en el ordenamiento jurídico argentino", pub. en "Estudios Críticos de Derecho del Trabajo", Director Moisés Meik, Legis Argentina, Buenos Aires, 2014, p. 467.

Por otra parte, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales enuncia en 1948 el mentado principio, al reconocer a los “*trabajadores de toda clase*” un *mínimum* de derechos y al poner en manos de las leyes nacionales la ampliación de aquéllos o el reconocimiento de otros más favorables.²⁴⁰

La obligación de no regresividad constituye una limitación que los tratados de derechos humanos pertinentes y la Constitución Nacional imponen sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos sociales. Desde la perspectiva del titular del derecho, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos sociales de los que goza desde la adopción de la norma que los consagre, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. Se trata de una garantía de carácter sustantivo, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora.²⁴¹

El PIDESC establece, como regla, la prohibición de retroceso, vale decir, de disminución del grado de protección que hubiesen alcanzado, en un determinado momento, los derechos económicos, sociales y culturales, máxime cuando la orientación de aquél no es otra que la “*mejora continua de las condiciones de existencia*”, según dispone su art. 11.1.

Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) el objetivo general y la razón de ser del PIDESC es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en ese aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.²⁴²

En la Observación General N° 14 referida al derecho a la salud el CDESC precisó más su doctrina en los siguientes términos:

²⁴⁰ Gialdino, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013.

²⁴¹ Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en “Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, Courtis, Christian (compilador), Centro de Asesoría Laboral, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 17/18.

²⁴² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del Pacto), 14/12/1990.

Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte²⁴³

La Observación General N° 18 del CDESC relativa al derecho al trabajo ha reiterado este criterio hermenéutico: “As for all other rights in the Covenant, there is a strong presumption that retrogressive measures taken in relation to the right to work are not permissible”²⁴⁴

La Observación General N° 19 del CDESC relativa al derecho a la seguridad social profundiza el mencionado criterio en los siguientes términos:

Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte. El Comité examinará detenidamente: a) si hubo una justificación razonable de las medidas; b) si se estudiaron exhaustivamente las posibles alternativas; c) si hubo una verdadera participación de los grupos afectados en el examen de las medidas y alternativas propuestas; d) si las medidas eran directa o indirectamente discriminatorias; e) si las medidas tendrán una repercusión sostenida en el ejercicio del derecho a la seguridad social o un efecto injustificado en los derechos adquiridos en materia de seguridad social, o si se priva a alguna persona o grupo del acceso al nivel mínimo indispensable de seguridad social; y f) si se hizo un examen independiente de las medidas a nivel nacional²⁴⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al modificar un criterio anterior, se expresó en los siguientes términos:

...El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las

²⁴³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11/08/2000.

²⁴⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 18, “El derecho al trabajo”, aprobada el 24/11/2005. Corresponde citar la versión inglesa, pues es la original y permite advertir que la traducción al castellano que proporciona la ONU es incorrecta: “*En cuanto a los demás derechos del Pacto, existe la intuición generalizada de que las medidas regresivas adoptas en relación con el derecho al trabajo no son permisibles*”.

²⁴⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 19, “El derecho a la seguridad social (artículo 9), aprobada el 23/11/2007.

Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y que, en esa medida “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.

Como correlato de lo anterior, se desprende un deber -si bien condicionado- de no regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las medidas de carácter deliberadamente re [gresivo] en este aspecto requerirán de la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto (Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada en razones de suficiente peso”. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate...²⁴⁶

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto varios casos a la luz de la prohibición de regresividad.

²⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría) vs. Perú, sentencia de 1 de julio de 2009, párr. 102 y 103. En la nota 89 del párr. 103 se lee en lo pertinente lo siguiente:

“De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “en caso de que un Estado parte aduzca ‘limitaciones de recursos’ para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, [...] examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos: a) el nivel de desarrollo del país; b) la gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) la existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) si el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo [...] y f) si el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto”. Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto, E/C.12/2007/1, 38 Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 10.

En la causa “Milone” el Supremo Tribunal Federal, confirmó la sentencia que, luego de declarar la inconstitucionalidad del art. 14.2.b de la ley 24.557 de riesgos del trabajo (LRT), norma que disponía el pago de la indemnización por incapacidad derivada de un accidente de trabajo mediante renta periódica, había ordenado que la misma fuese satisfecha mediante un pago único. En lo pertinente la Corte señaló:

...Por su parte, el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, al establecer como atribuciones del Congreso de la Nación las de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, pone énfasis en determinados grupos tradicionalmente postergados, dentro de los cuales se menciona en forma expresa a las personas con discapacidad. Por tal razón una interpretación conforme con el texto constitucional indica que la efectiva protección al trabajo dispuesta en el art. 14 bis se encuentra alcanzada y complementada, en las circunstancias sub examine, por el mandato del art. 75, inc. 23, norma que, paralelamente, asienta el principio de no regresión en materia de derechos fundamentales. Así lo preceptúa también el principio de progresividad asentado en el art. 2.1 del citado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en concordancia con su art. 11, inc. 1, por el que los estados han reconocido el derecho de toda persona a una mejora continua de las condiciones de existencia’...²⁴⁷

En el caso “Medina” la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley 24.557 de riesgos del trabajo (LRT) que excluía a los padres como derechohabientes de la indemnización por accidente de trabajo en caso de muerte del trabajador soltero sin otros derechohabientes. Los argumentos pertinentes del más alto Tribunal de Argentina fueron los siguientes:

En el contexto que precede se advierte también una retrogradación de derechos consagrados por normas fundamentales -previamente receptados en las leyes que regulaban su ejercicio [...], y que fueron abrogados [...] sin razones que lo legitimen, lo cual resulta inconcebible en el diseño constitucional moderno que consagra el principio de la progresividad de los derechos sociales, que tiene por función evitar el retroceso de aquello que es conducente al logro de la justicia social (art. 75, incisos 19, 22 y 23 de la C.N.; 26 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Esta retrogradación fue señalada por la propia Corte al evaluar la LRT, afirmando que la reforma introducida por la norma que regula los infortunios laborales pone a ésta en un grave conflicto con un principio arquitectónico del derecho internacional de los derechos humanos en general, y del PIDESC en particular; agregando -con cita, incluso, del artículo 2.1 del Pacto y del Comité respectivo- que todo Estado Parte se compromete a adoptar medidas para alcanzar progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en

²⁴⁷ C.S.J.N., Fallos: 327:4607, 26/10/2004, “Milone, Juan Antonio c/Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo”

el Tratado, puntualizando que aquéllas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Acuerdo y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga, derivándose una fuerte presunción contraria a que las medidas regresivas sean compatibles con el Pacto, sobre todo cuando su orientación no es otra -art. 11.1- que la mejora continua de las condiciones de existencia (v. Fallos: 327:3753, cons. 10, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni; y 328:1602).

Cabe recordar (...), que el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional fortalece la vigencia del principio de progresividad en materia previsional, descalificando todo accionar gubernamental que en la práctica dé un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos (v. Fallos 328:1602, voto del ministro Maqueda)²⁴⁸

En el caso “Arcuri Rojas”, la Corte Suprema de Justicia acogió el reclamo de una jubilación por invalidez, invocando en lo pertinente lo siguiente:

Que la posibilidad de aplicar la nueva legislación a casos regidos por regímenes anteriores ha sido admitida por esta Corte en Fallos: 308:116 y 883; 310:995; 312:2250 y 316:2054, precedentes en los que se extendió la aplicación de una norma posterior a los casos en que la muerte del causante se había producido con anterioridad a su vigencia

Que sobre la base de la finalidad protectora de las disposiciones que regulan la seguridad social, esos fallos aplicaron la norma más favorable, exégesis que concuerda con el propósito del legislador de promover la progresividad de los derechos sociales, según ha sido preceptuado, más tarde, en el art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional y en diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en las disposiciones del inciso 22 del artículo mencionado

Que es el reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de esos derechos el que ha desterrado definitivamente interpretaciones que conduzcan a resultados regresivos en la materia (arts. 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y considerando 10º del voto del Dr. Maqueda en Fallos: 328:1602)

Que sería estéril el esfuerzo realizado por el legislador para cumplir con la obligación establecida en el art. 1º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Protocolo de San Salvador”), en cuanto exige que los Estados parte adopten todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, si por vía interpretativa se sustrajera de esa evolución a quienes en situación de total desamparo por aplicación de

²⁴⁸ C.S.J.N., Fallos: 331:250, 26/02/2008, “Medina, Orlando Rubén y otro c/Solar Servicios On Line Argentina S.A. y otro” (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni). Este criterio fue reiterado en Fallos: L. 257. XL, 03/06/2008, “Lescano, Demetrio y otro c/Estructuras Metalúrgicas Din S.A. y otro” (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni) y en B. 1013. XLIII, 25/08/2009, “Barberis, Nilda María y otro c/Adecco Argentina S.A. y otro” (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda).

leyes anteriores que establecían un menor grado de protección, máxime cuando se encuentra demostrado que el causante y, por ende, su viuda, reúnen los requisitos necesarios para el reconocimiento de los derechos pretendidos, según han sido previstos en el actual esquema normativo.²⁴⁹

En un reciente pronunciamiento, donde acogió un reclamo incoado contra un decreto municipal que disponía la rebaja de las remuneraciones de los empleados públicos, la Corte Suprema ratificó y profundizó su doctrina respecto al principio de progresividad en los siguientes términos:

...el principio de progresividad, el cual, para lo que interesa, impone que todas las medidas estatales de carácter deliberadamente "regresivo" en materia de derechos humanos, tal como lo es el decreto 5/2003 impugnado, requieran la consideración "más cuidadosa", y deban "justificarse plenamente", v.gr., con referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del "máximo de los recursos" de que el Estado disponga (Observación general N° 18, cit. párr. 21; asimismo, del citado Comité: Observación general N° 17 -párr. 27-y 19 -párr. 42- entre otras). En este sentido se alinean conocidos antecedentes de esta Corte ("Aquino", cit., ps. 3774/3776; Madorrán", cit., p. 2004; "Milone", Fallos: 327:4697, 4619 -2004-; "Torrillo", cit., p. 722; asimismo: "Medina, Orlando Rubén y otros c/Solar Servicios On Line Argentina S.A.", Fallos: 321:250 y sus citas -2008-; "Silva, Facundo Jesús c/Unilever Argentina S.A.", Fallos 330:5435, 5454 -2007- voto de los jueces Fayt y Petracchi; "Sánchez, María del Carmen c/ANSes", Fallos: 328:1602, 1624/1625 -2005- voto del juez Maqueda). En términos idénticos, es dable agregar y destacar en esta oportunidad, debe entenderse el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, atinente al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, según lo expresa la señera y cercana sentencia de la Corte IDH dictada en el Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú (excepción preliminar y fondo, 1-1-2009, Serie C N° 198, párrs. 102/103); asimismo: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe n° 27/09, caso 12.249, Jorge Odir Miranda Cortez y otros - El Salvador, 20-3-2009, párr. 105 y ss.). Es de recordar, para este orden regional y el citado art. 26, que los Estados miembros de la OEA, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un "orden social justo", convinieron en dedicar sus "máximos esfuerzos" a la aplicación, entre otros, del principio según el cual "el trabajo debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia" (art. 45.b).

En todo caso, ha de tenerse muy presente que existe una "fuerte presunción" contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con el PIDESC, según lo proclama el mencionado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la recordada Observación general N° 18 (párr. 34), continuadora de doctrina ya enunciada en documentos análogos en otras materias (v.gr. Observación general N° 14 -párr. 32-, 15 -párr. 19-, 17 -párr. 27), así como también lo ha hecho esta Corte ("Medina", cit., p. 259 y sus

²⁴⁹ C.S.J.N., Fallos: 332:2454, 03/11/2009, "Arcuri Rojas, Elsa" (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni).

cit.; v. asimismo: “Aquino”, cit., p. 3775, y “Silva”, cit., p. 5454). La regresividad, en suma, “contraría los postulados y el espíritu del corpus juris de los derechos humanos” (Caso Acevedo Buendía..., cit., voto del juez García Ramírez, párr. 21)...²⁵⁰

En el orden jurídico inmediatamente anterior a la entrada en vigencia de los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773 en la Capital Federal resultaba competente para el conocimiento de acciones de reparación de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo fundadas en el Derecho Civil la Justicia Nacional del Trabajo, y era aplicable la L.O. (conf. arts. 20 y 21, inc. a) de la L.O.)²⁵¹

El art. 46, inc. 2º de la 24.557 sólo atribuía competencia en la Capital Federal a la Justicia Nacional en lo Civil para entender en la acción incoada contra el empleador con fundamento en el art. 1072 del Código Civil, que regula el caso de delito civil, entendido como “*acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro*”, supuesto de aplicación residual en caso de accidentes y enfermedades laborales.

En este contexto, la regulación establecida en los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773, en tanto atribuye la competencia de la Justicia Nacional en lo Civil para el conocimiento de acciones de reparación fundadas en los restantes subsistemas de responsabilidad civil y dispone la aplicación de las normas procesales civiles, implica una clara violación del principio de progresividad en los términos delineados precedentemente, en tanto disminuye el grado de protección atribuido en el orden jurídico interno al derecho de acceso a la justicia para la dilucidación de esas pretensiones, sin que el motivo invocado para esa regresión -descrito en el capítulo VII- constituya un interés social de tal entidad que la justifique plenamente.

No modifica la conclusión expuesta el hecho de que el art. 16 de la ley 24.028 contuviera una regulación similar a la prevista en los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773.

En efecto, si bien al momento de entrada en vigencia del art. 16 de la ley 24.028 (26/12/1991) no estaba vigente la última reforma constitucional, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación recién abandonó expresamente la teoría dualista con posterioridad a

²⁵⁰ C.S.J.N., 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

²⁵¹ C.S.J.N., Fallos: 321:1865, 30/06/1998, “Jordán, Antonio Víctor y otro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro”; Fallos: 321:2757, 06/10/1998, “Munilla, Gladys Nancy c/UnityOild S.A.”; Fallos: 332:2302, 13/10/2009, “Sotelo, Rodolfo c/José Carlos González y otros”; Fallos: 332:2738, 09/12/2009, “Carrasco, José Miguel c/Luz A.R.T.”; Competencia N° 535. XLV, 09/03/2010, “Robles, Manuel Regino c/Frutihortícola Don Carlos S.A. y otros”.

dicha fecha ²⁵², igualmente la norma precitada vulneraba el derecho de acceso a la justicia de los trabajadores y sus derechohabientes conceptualizado según los principios, reglas y valores constitucionales existentes en aquel entonces.

Cabe reiterar especialmente lo afirmado en el último párrafo del capítulo **IV** en el sentido de que ya en 1983 nuestro más Alto Tribunal había sostenido enfáticamente que el derecho de acceso a la jurisdicción integraba el *juscogens*, conclusión mucho más justificada en caso de un reclamo de índole laboral.

Siendo inconstitucional la reforma introducida por el art. 16 de la ley 24.028, no cabe sustentar la validez de los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773 con el argumento de que reiteran la solución adoptada por una norma legal sancionada en 1991, y que tuvo vigencia durante apenas algo más de cuatro años.

Aun cuando hipotéticamente se considerara constitucional el art. 16 de la ley 24.028, igualmente dicha norma sería regresiva respecto al orden jurídico vigente en ese momento inaugurado con la creación de la Justicia del Trabajo de la Capital Federal a través del decreto 32.347/44, ratificado por la ley 12.948. Es decir, dejaría sin efecto instituciones consolidadas (la competencia atribuida a un orden jurisdiccional especial de trabajo para el conocimiento de reclamos de reparaciones de daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo con fundamento en el derecho civil y un procedimiento adecuado) durante más de cuarenta años, sin invocar un interés social de tal entidad que justificara plenamente esa regresión en el nivel de tutela de los trabajadores y sus derechohabientes.

Desde esta perspectiva, los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773 no dejan de ser regresivos porque persistan en la regresión establecida por normas anteriores ya derogadas (en el caso: el art. 16 de la ley 24.028), ni mucho menos porque estas últimas no hayan sido oportunamente declaradas inconstitucionales.

En todo caso, es evidente que a partir de la entrada en vigencia de la reforma constitucional de 1994, cambió sustancialmente el enfoque para el control de constitucionalidad y convencionalidad de normas como el art. 16 de la ley 24.028; de ahí que corresponda afirmar que cuando esta última norma fue derogada por la ley 24.557 ya había perdido validez constitucional, en el supuesto de que alguna vez la hubiera tenido.

²⁵² C.S.J.N., Fallos: 315:1492, 07/07/1992, “Ekmekdjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otros”. En este caso, el Supremo Tribunal Federal sostuvo la primacía de los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, fundada en lo prescripto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y en que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contengan descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata.

En este contexto, no puede ser invocado el precedente del art. 16 de la ley 24.028, que sólo estuvo vigente apenas algo más de cuatro años, para justificar la validez de los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773, pues la regla contenida en aquella era clara e inequívocamente inconstitucional e inconvencional al momento de la entrada en vigencia de estas dos últimas.

El control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera ²⁵³

Cuestiones que no hieren la sensibilidad de una época pueden ofender profundamente a la de las que siguen; los tormentos y azotes que proscribió la Constitución de 1853 fueron detalladamente previstos en legislaciones anteriores y constituyeron una práctica judicial corriente universalmente no por uno sino por muchísimos siglos. Cabe entonces admitir que estas transformaciones en la sensibilidad y en la organización de la sociedad coloquen bajo la protección de la Constitución Nacional situaciones que anteriormente se interpretó que no requerían su amparo ²⁵⁴

Como principio de interpretación de la Constitución Nacional, no es adecuada una exégesis estática de ésta y de sus leyes reglamentarias inmediatas que esté restringida a las circunstancias de su sanción. Las normas de la Constitución están destinadas a perdurar regulando la evolución de la vida nacional, a la que han de acompañar en la discreta y razonable interpretación de la intención de sus creadores ²⁵⁵

Los criterios hermenéuticos aplicables a los instrumentos internacionales de derechos humanos son los enunciados en el capítulo VIII.

Los argumentos desarrollados en este capítulo corroboran, por tanto, la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad propuesta en el capítulo VII²⁵⁶

²⁵³ C.S.J.N., Fallos: 211:162, 09/06/1948, “Merck Química Argentina S.A. c/Nación”.

²⁵⁴ C.S.J.N., Fallos: 308:2268, 27/11/1986, “Sejean, Juan Bautista c/Zaks de Sejean, Ana María” (voto del juez Fayt).

²⁵⁵ C.S.J.N., Fallos: 256:588, año 1963, “Nación c/Provincia de Buenos Aires”; Fallos: 308:2268, 27/11/1986, “Sejean, Juan Bautista c/Zaks de Sejean, Ana María” (voto del juez Petracchi).

²⁵⁶ Según la información pública disponible al momento de concluir este trabajo (08/06/2015), las salas I, III, V, VI, VII, VIII, IX y X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, con argumentos total o parcialmente coincidentes con los expuestos por el autor de este texto, se habían pronunciado por la inconstitucionalidad y/o inconvencionalidad de los arts. 4º último párrafo y 17, inc. 2º de la ley 26.773 (Sala I, sent. int. n° 66.204, 03/11/2014, “D’Angelo, Luis Sebastián c/Belclean Servicios Especiales S.A. y otros”; Sala III, 30/09/2013, “Valdez, Eliana Flavia Valeria c/Pertenecer S.R.L. y otro”; Sala V, sent. int. n° 31.793, 31/03/2015, “Blasco, Nelson Alberto c/Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo y otro”; Sala VI, sent. int. n° 36.492,

Referencias

- BARBAGELATA, Héctor-Hugo, “El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2ª edición, 2009
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, t. VI, La reforma constitucional de 1994, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume II, 2ª Edição Revista e Atualizada, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2003
- CAROZZA, Paolo G., “La perspectiva histórica del aporte latinoamericano al concepto de los derechos económicos, sociales y culturales”, en “Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta”, Alicia Ely Yamin (coordinadora), Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Asociación Pro Derechos Humanos, Plaza y Valdez Editores, Primera Edición 2006, México
- CORNAGLIA, Ricardo J., “Efectos jurídicos de la ratificación del programa social incumplido en la reforma constitucional”, D.T. 1996-A
- COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en “Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales”, Courtis, Christian (compilador), Centro de Asesoría Laboral, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006
- EKMEKDJIAN, Miguel Angel, "Tratado de Derecho Constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina", Depalma, Buenos Aires, 1995
- ERMIDA URIARTE, Oscar, “Derechos laborales y comercio internacional”, Ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001

09/12/2013, “Diz, Héctor Alberto c/Securitas Argentina S.A. y otros”; Sala VII, sent. int. n° 35.921, 30/12/2013, “Salas, Leandro Mariano c/SMG ART S.A.”; Sala VIII, 16/03/2015, “Gómez, Walter y otro c/New I & C S.R.L. y otro”; Sala IX, sent. int. n° 14.518, 06/12/2013, "S.G.A. c/C.O.R.A. y otro" y Sala X, sent. int. n° 22.591, 31/03/2014, “Benítez, Mario Pedro c/Berkley International ART S.A.”).

Las Salas II y IV se pronunciaron en el sentido favorable a la constitucionalidad de las normas precitadas (Sala II, 28/10/2014, “Cortes, Héctor Adolfo c/Galeno ART S.A. y otro”; Sala IV, sent. int. n°52.321, 23/04/2015, “Quiroga, Luis Alberto c/ART Interacción S.A. y otro”).

Por licencia de una de sus integrantes naturales, la Sala I en la actualidad tiene otra integración. Con los actuales miembros, este Tribunal modificó su criterio y sostuvo la constitucionalidad del art. 17, inc. 2º de la ley 26.773 (Sala I, sent. int. n° 66.680, 27/05/2015, “Di Fazio Fernando c/Siseg S.R.L. y otro”).

FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Editorial Trotta, Madrid, España, Quinta Edición, 2006

GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, La Ley, Buenos Aires, 2001

GIALDINO, Rolando E., “Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La vigencia de un instrumento cristizador de derechos humanos”, DT. 2014 (enero), 8, AR/DOC/4522/2013

GIALDINO, Rolando Edmundo, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013

GIANIBELLI, Guillermo y Zas, Oscar, “Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales”, Contextos, Revista Crítica de Derecho Social 1, Editores del Puerto, Buenos Aires , 1997

GODINHO DELGADO, Mauricio, “Relaciones de trabalho: Competência e Direito Material”, pub. en “Ampliação da competencia da Justiça do Trabalho 5 anos depois. Textos do 2º Seminário Nacional”, Luciano Athayde Chaves, Maria de Fátima Coêlho Stern e Fabrício Nicolau dos Santos Nogueira, organizadores, Editora LTr, Sao Paulo, 2009

GROS ESPIELL, Héctor, “Estudios sobre Derechos Humanos II”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, 1988

GUACHALLA, Luis Fernando, “Los derechos del hombre y la protección internacional”, Editor Rolando Diez de Molina, 1ª edición electrónica 2006

LINARES, Juan Francisco, "Razonabilidad de las leyes. El `debido proceso´ como garantía innominada en la Constitución Argentina", Astrea, Buenos Aires, 1989, 2ª edición actualizada

MEIK, Moisés y ZAS, Oscar, “Los infortunios laborales y las acciones de derecho común” (2da. Parte), Errepar - DLE - T. V

O`DONNELL, Daniel, “Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano”, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, t. I, 2004

PALOMEQUE-LÓPEZ, Manuel Carlos, “El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo”, conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo, Universidad de Salamanca-Fundación Mapfre, pronunciada el 11/11/1991 en el Paraninfo de dicha universidad, publicado en Actualidad Laboral Nº 4

PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian

(compiladores), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997

RIVERA, Carlos Alá Santiago, “Trascendencia del derecho laboral”, Revista de Estudios Críticos del Derecho (Clave), Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho, t. 3, n° 1, 2008

ZAS, Oscar, “El impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales en el ordenamiento jurídico argentino”, pub. en “Estudios Críticos de Derecho del Trabajo”, Director Moisés Meik, Legis Argentina, Buenos Aires, 2014

ZAS, Oscar, “El impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos Laborales en el ordenamiento jurídico argentino”, pub. en “Estudios Críticos de Derecho del Trabajo”, Director Moisés Meik, Legis Argentina, Buenos Aires, 2014

A PARASSUBORDINAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO: CONCEITO, OBJETIVOS E EFEITOS JURÍDICOS

THE PARASUBORDINATION IN LABOR LAW: CONCEPT, OBJECTIVES AND JURIDICAL EFFECTS

Mauricio Godinho Delgado*

Gabriela Neves Delgado**

RESUMO: O presente texto visa analisar o conceito, os objetivos e os efeitos jurídicos da denominada “parassubordinação” na relação de emprego e no Direito do Trabalho. Para isso, discorre sobre o papel desse campo jurídico especializado na economia e na sociedade capitalistas, em que objetiva equilibrar a desigualdade inerente ao sistema econômico e civilizar a relação de poder verificada no âmbito empregatício. Conclui que o conceito de parassubordinação pode comprometer o papel histórico relevante do Direito do Trabalho no capitalismo contemporâneo.

PALAVRAS CHAVE Direito do Trabalho. Relação de emprego. Subordinação jurídica. Parassubordinação. Regulação trabalhista do capitalismo.

ABSTRACT This paper aims to analyze the concept, objectives and the legal effects of the so-called “parasubordination” both in the employment relationship and in Labor Law. For this, it discourses about the role of this specialized legal field in the economy and in the

Artigo recebido em 22/04/2015

* Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF -, de Brasília (Brasil). Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST) desde 2007, sendo Magistrado do Trabalho desde 1989. Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG (1994) e Mestre em Ciência Política pela UFMG (1980). Ex-Professor da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFMG (1978-1993) e ex-Professor da Faculdade de Direito da UFMG (1993-2000). Ex-Professor da Faculdade de Direito da PUC-Minas (2000-2012). Autor de 26 livros publicados, contando também com vários artigos editados em livros coletivos e revistas jurídicas especializadas.

** Professora Adjunta de Direito do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Universidade de Brasília – UnB (Brasil). Pesquisadora e líder do Grupo de Pesquisa “Trabalho, Constituição e Cidadania”, da UnB, com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq. Ex-Coordenadora de Graduação da Faculdade de Direito da UnB. Doutora em Filosofia do Direito pela UFMG (2005). Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-Minas (2002). Ex-Professora Adjunta de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG (2006-2009). Ex-Professora de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da PUC-Minas (2003-2006). Ex-Professora de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito Milton Campos (2002-2006). Autora de livros individuais, duais e coletivos, além de diversos artigos publicados em obras coletivas e revistas jurídicas especializadas. Advogada.

capitalist society, in which it aims to balance the inequality inherent in the economic system and to civilize the power relationship verified under employment. It concludes that the concept of parasubordination can endanger the important historical role of Labor Law in contemporary capitalism.

KEY WORDS Labor Law. Employment relationship. Legal subordination. Parasubordination. Labor regulation of capitalism.

I. Introdução

O presente artigo propõe reflexão sobre os desafios de adequação e expansão do Direito do Trabalho, por meio da extensão da relação de emprego, com seus impactos sobre o conceito da subordinação jurídica.

A proposta de reflexão ora desenvolvida procura reforçar, preliminarmente, a importância do papel do Direito do Trabalho, com a circunstância de se projetar sobre múltiplas esferas de atuação e de realização da pessoa humana.

Em um segundo momento serão avaliadas alternativas viáveis para a expansão do Direito do Trabalho e de seu manto regulatório, com ênfase na possibilidade doutrinária e jurisprudencial de alargamento do conceito de subordinação jurídica e, por consequência, da própria relação de emprego.

No último tópico deste texto, serão descortinados, a título de contraponto, as vias de remercantilização da força de trabalho obreira, com ênfase no exemplo da parassubordinação e suas contradições.

II. Caminhos de Inserção da Pessoa Humana no Sistema Capitalista Contemporâneo

O Direito do Trabalho é considerado, na história das principais sociedades do Ocidente, instrumento de justiça social, por contribuir para a implantação de níveis razoáveis de distribuição de renda e de bem estar em favor de suas respectivas populações. Essa vinculação pode ser estabelecida porque a participação das pessoas na vida econômica é feita,

regra geral, pelo trabalho, ao invés de outro veículo de geração de renda – casos de rendas imobiliárias ou rendas oriundas de títulos financeiros, por exemplo²⁵⁷.

Portanto, torna-se necessário, para a boa distribuição de renda, no contexto da sociedade capitalista contemporânea, estruturar-se uma ampla, diversificada e eficiente política pública de valorização do trabalho. Tal política tem se concretizado, desde finais do século XIX até a atualidade, especialmente por meio do Direito do Trabalho²⁵⁸.

1. A Inserção da Pessoa Humana pelo Direito do Trabalho – o paradigma europeu desenvolvido

No ocidente europeu, especialmente nos países vinculados ao paradigma do Estado de Bem Estar Social – tal como os Países Nórdicos, os Países Baixos, a Alemanha e a França - há virtuosa conjugação entre o mercado econômico e a proteção social de caráter trabalhista e previdenciário, além de permanente renovação dos compromissos sociais²⁵⁹.

Essas circunstâncias produziram, ao longo do tempo, no século XX, nesses países, uma impressionante valorização do trabalho, ao lado da presença disseminada de serviços públicos de alta qualidade – educação, saúde, seguridade social, transporte, lazer cultural, ilustrativamente -, permitindo realizar efetiva reciprocidade social, econômica, política e institucional nos planos da sociedade civil e da sociedade política dos últimos 70 anos em tais países.

²⁵⁷ DELGADO, Gabriela Neves. Opção pelo Direito do Trabalho. *Jornal Estado de Minas*. 29 de setembro de 2006. p. 15.

²⁵⁸ *Idem. Ibidem.*

²⁵⁹ No final do século XX e início do século XXI, constata-se que alguns países da Europa Ocidental, com destaque para a Itália e Espanha, por exemplo, vem sofrendo fortes impactos devido à expansão da ideologia neoliberal, por instigarem, em seus domínios, uma dinâmica política de ênfase no capital financeiro e especulativo e na desregulamentação da proteção sócio-trabalhista. Os Países Nórdicos (Suécia, Noruega, Dinamarca e Finlândia), os Países Baixos (especialmente a Holanda e a Bélgica), além da França e da Alemanha, pelo contrário, consolidaram de maneira muito bem sucedida o paradigma de Estado de Bem Estar Social, em meados do século XX, preservando-o até os dias atuais. Esse modelo mantém, portanto, sua efetiva atualidade no século XXI em importante plêiade em países do centro e do norte europeus. Conforme explicam Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto, a trajetória dos Estados de Bem Estar Social nos países escandinavos, ilustrativamente, revela uma estratégia articulada de se manterem as tradições institucionais, políticas e culturais, para impedir a ocorrência de reformas profundas de caráter neoliberal. São esses países, inclusive, que, ao lado da Alemanha e da França, vêm obtendo um melhor desempenho econômico e sócio-trabalhista na Europa, mesmo no contexto da crise econômica ocidental deflagrada em 2007/2008, a partir da economia dos EUA. Sob o prisma dos direitos sociais, tais países estabelecem, em grande medida e segundo as conformações próprias de cada sociedade histórica, um forte vínculo entre produção econômica, proteção trabalhista e proteção previdenciária, resistindo, com manifesta eficiência, à simplificação unilateral ultraliberalista. Sobre o tema, consultar: DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Organizadores). *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. São Paulo: LTr, 2007.

Para se aquilatar tal valorização do trabalho, há dados que indicam um salário hora na Dinamarca de 21,06 euros, com encargos sociais de 7,08 euros, totalizando custos totais por hora de 28,14 euros para o trabalho naquele País. Na Alemanha, esses números são: 15,45 euros de salário hora, 12,15 euros de encargos sociais hora, totalizando 27,60 euros de custo total hora do trabalho. Na Noruega, são esses os números: 18,46 euros de salário hora, 8,86 euros de encargos sociais hora, com um custo total hora do trabalho de 27,60 euros.²⁶⁰

Convertidos esses valores em reais na data deste artigo (maio de 2015), à base média de R\$3,40 por um euro, teríamos um custo hora do trabalho nesses países no importe de R\$93,84 (27,60 euros X R\$3,40 = R\$93,84). Multiplicado esse montante pelo número de horas componentes da duração padrão horária mensal de 40 horas semanais – divisor mensal 200, próprio àqueles países - (R\$93,84 X 200 = R\$18.768,00), teríamos um custo trabalhista mensal de cerca de R\$18.768,00, para fins de aferição comparativa de valores relativamente a esses países que seguem o consagrado *sistema de bem estar social*.

Registre-se que não se trata de países com problemas econômicos, sociais e institucionais significativos, como inflação alta, déficit público incontrolável, crises econômicas repetidas, distribuição de renda sofrível, desemprego elevado, exclusão social e econômica relevante, fraco desempenho tecnológico, carências sociais, econômicas e culturais constrangedoras, criminalidade elevada, etc.

Ao reverso, trata-se dos países, no globo terrestre, que melhores índices apresentam com respeito a todos esses aspectos de notável importância para se aquilatar a presença (ou não) de uma gestão política, institucional, econômica e social de eficiência e bom nível.

2. A Evolução do Direito do Trabalho no Brasil (1930-1988) – peculiaridade excludente

A evolução do Brasil, lamentavelmente, no tocante à valorização do trabalho, via emprego – com as consequências econômicas, sociais, institucionais e culturais que isso propicia – foi, contudo, bastante recente e também muito limitada, além de contraditória.

O marco inicial de construção de uma política social, previdenciária e trabalhista no País situa-se, conforme se sabe, nas décadas de 1930 e 1940. No período anterior, a sociedade

²⁶⁰ Os dados, envolvendo vários outros países inclusive, são de 2004, elaborados pelo órgão alemão de pesquisas econômicas, *Instituto Wirtschaft Kohn – IW*, em quadro divulgado pelo jornal *Valor Econômico*, 11.8.2005, p. A-9, “Custo do trabalho na Alemanha é o 2º maior”. Na pesquisa não consta a França, cujos parâmetros não são, entretanto, significativamente inferiores a esses indicados. A estatística encontra-se em DELGADO, Mauricio Godinho, *Capitalismo, Trabalho e Emprego* – entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3ª tiragem, São Paulo: LTr, 2008, p. 124 (Capítulo IV: “Direito do Trabalho e Inclusão Social: o desafio brasileiro”).

e o Estado brasileiros não gestaram instituições e políticas públicas de regulação do mercado de trabalho, nem de proteções sociais de caráter previdenciário.

Nos anos de 1930 a 1945, estruturou-se um sistema previdenciário no País, à base dos antigos Institutos de Aposentadorias e Pensões (os IAPs), construídos em torno da ideia-força de *categorias profissionais* (ferroviários, marítimos, bancários, industriários, comerciários, etc.). Embora o gérmen do sistema estivesse demarcado pela Lei Elói Chaves, de 1923, referente aos ferroviários, o fato é que a generalização, estruturação e mais sofisticada elaboração do sistema somente ocorreu nos quinze anos inaugurados com a chamada *Revolução de 30*.²⁶¹

Também no mesmo período é que se estruturou o sistema trabalhista brasileiro, à base de uma legislação profissional protetiva, um órgão judicial de solução de conflitos (a Justiça do Trabalho, inicialmente de enquadramento administrativo), um sistema sindical semioficializado e um Ministério do Trabalho como órgão gestor e controlador do sistema.

Mesmo desconsideradas as enormes contradições que os dois sistemas possuíam – participação sindical na estrutura previdenciária e judicial, controle férreo do Estado sobre os sindicatos, poder normativo gigantesco da Justiça do Trabalho, financiamento compulsório dos sindicatos -, o fato é que tais elementos e instituições traduziram, no conjunto, naquela época, a primeira tentativa séria do Estado brasileiro de gestar fórmulas de inclusão econômica e social de setores sociais anteriormente excluídos na história do País.

Contudo, tanto o sistema trabalhista como o previdenciário da época deixaram no limbo, explicitamente, a maior parte da população brasileira, ou seja, todo o setor rural da população (na época, a maior parte dos brasileiros, pois a urbanização apenas começara a se acentuar com a Revolução de 30), além de toda a ampla categoria doméstica.²⁶²

Traços de Estado de Bem Estar Social no Brasil despontaram nesse período (1930/45), mas de maneira bastante incipiente, mesmo assim *nos marcos de um período fortemente ditatorial* – ou seja, denotando uma óbvia contradição com a ideia de *Welfare State*. Esses

²⁶¹ A respeito, consultar, ALLY, Raimundo Cerqueira. *Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho*. São Paulo: IOB – Informações Objetivas, 1989. Também DELGADO, Ignácio Godinho. *Previdência Social e Mercado no Brasil* – a presença empresarial na trajetória da política social brasileira. São Paulo: LTr, 2001.

²⁶² Os censos demográficos oficiais do País – concretizados, regra geral, de 10 em 10 anos - demonstram que nos anos de 1930/40 a maior parte da população brasileira situava-se no campo, à proporção de quase 70%. Com a industrialização e a urbanização incrementadas pelas políticas oficiais deflagradas entre 1930/45, essa disparidade diminuiu paulatinamente, até que, no censo de 1970 já se passou a registrar maior presença de população urbana em comparação com a população rural do Brasil. Dessa maneira, apenas na década de 1960 é que houve a superação da população urbana em face da rural no País. A respeito, consultar DELGADO, Mauricio Godinho, *Capitalismo, Trabalho e Emprego* – entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 1ª ed./3ª tir., São Paulo: LTr, 2008, em seu Capítulo IV (“Direito do Trabalho e Inclusão Social: o desafio brasileiro”).

traços também surgiram com caráter manifestamente excludente de boa parte da população do País – outra contradição inarredável na via evolutiva verificada na história brasileira.

No início dos anos de 1960 é que viria acontecer certo aperfeiçoamento desses dois sistemas de inclusão de pessoas anteriormente deserdadas de cidadania econômica e social. É que o sistema previdenciário foi reestruturado entre 1960 e 1967, com a unificação dos antigos IAPs em uma estrutura estatal única e centralizada, além de mais técnica – o antigo INPS -, ao passo que a legislação trabalhista iniciou seu processo de penetração no campo brasileiro, mediante a promulgação da Lei n. 4.214, em março de 1963, que editou o chamado *Estatuto do Trabalhador Rural*.

A instauração do regime militar (1964-1985), porém, atenuaria o ritmo do processo de inclusão social, econômica e trabalhista no Brasil, em vista do notório distanciamento que os governos autoritários possuíam com relação à então chamada “questão trabalhista”. Embora, do ponto de vista formal, o processo de generalização dos sistemas trabalhista e previdenciário brasileiros estivesse em vias de conclusão (apenas a categoria doméstica é que se manteve em forte exclusão de direitos trabalhistas efetivos, no período – considerados os limites muito rasos e insignificantes da Lei n. 5.859, de 1972) -, a realidade é que os anos de 1964 a 1985 não se constituíram em período de real inclusão econômica e social, com efetiva distribuição de renda no País. Instrumentos jurídicos formais até existiam (a legislação trabalhista e a legislação previdenciária), porém não caracterizados por importante generalização e concreta efetivação na realidade social do País.

A Constituição da República de 1988, sim, é que estruturou condições para um notável avanço nessa dimensão da vida econômica, social, institucional, jurídica e cultural do Brasil.

O novo Texto Máximo da República lançou princípios gerais novos, de forte conteúdo humanístico e social; também conferiu *status* novo e distintivo aos ramos sociais do Direito, especialmente o Direito do Trabalho, constitucionalizando, ademais, inúmeros princípios e regras específicos desse segmento jurídico. Não bastasse isso, a Constituição Federal conferiu estrutura e força a instituições fundamentais para a efetividade da ordem jurídica trabalhista (a Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho, por exemplo). Enfim, em cinco de outubro de 1988 foi deflagrado, por comando magno, processo de intensa valorização do trabalho, do emprego e do Direito do Trabalho no País.

Infelizmente, porém, a Constituição de 1988 foi sucedida por longo período de hegemonia de pensamento antissocial e desregulamentador no Brasil que, por cerca de quase três lustros, combateu e desprestigiou as funções inclusivas, progressistas e modernizantes do

Direito do Trabalho na economia, na sociedade, nas instituições e na cultura do País. Desse modo, nessa fase sequencial de treze anos (1990-2002), em que preponderaram elevados níveis de desemprego e fórmulas jurídicas diversas de precarização trabalhista, não se tornou viável agregarem-se avanços no processo de inclusão trabalhista e previdenciária na realidade brasileira, mesmo considerados os marcos jurídicos propostos pela Constituição de 1988.

Somente depois do ingresso no século XXI, é que o Brasil consagrou, de maneira efetiva, a importância do Direito do Trabalho como instrumento de inclusão econômica e social, de inclusão previdenciária, de distribuição de renda e de democratização de poder. No período de 2003 a 2013, aproximadamente vinte milhões de novos empregos foram criados no País (cerca de 70% a mais do que em dezembro de 2012), em fortíssima dinâmica de inclusão trabalhista e previdenciária, de valorização do trabalho e do emprego, de distribuição de renda e de democratização de poder na sociedade civil.²⁶³

3. A Constituição Republicana de 1988 – o novo *status* do trabalho, do emprego e do Direito do Trabalho

A Constituição da República de 1988 privilegiou, no plano teórico, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, fundada na dignidade do ser humano e no primado do trabalho e do emprego, subordinando a livre iniciativa à sua função social e ambiental. Ou seja, a nova Constituição Federal claramente demarcou, por meio de sua normatividade jurídica, a necessidade de se concretizar uma modalidade civilizada e bem sucedida de organização socioeconômica.

Também fica claro no Texto Constitucional que essa modalidade civilizada e bem sucedida de organização socioeconômica se dá pela afirmação do *trabalho regulado*, cujo suporte de valor é a dignidade do ser humano²⁶⁴.

²⁶³ Observados números divulgados periodicamente pelo Ministério do Trabalho e Emprego, com suporte no índice denominado “CAGED”, estruturado com base em dados da RAIS de todo o Brasil, existiam, em dezembro de 2002, 28,6 milhões de trabalhadores formalizados no País (somados os vínculos empregatícios, inclusive temporários, aos vínculos de trabalhadores avulsos, além dos vínculos de servidores administrativos), ao passo que esse número alcançou a marca de, aproximadamente, 49 milhões de vínculos formalizados em dezembro de 2013 – um aumento de cerca de 20 milhões de vínculos, ou seja, em torno de 70% de elevação sobre o patamar de treze anos antes, em dezembro de 2002. Tais dados estão sistematizados em DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 56-58.

²⁶⁴ Importante análise sobre a dignidade da pessoa humana no âmbito das sociedades política e civil, como dimensão relevante do Estado Democrático de Direito - marco contemporâneo do constitucionalismo -, encontra-se em DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Orgs.). *Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social: fundamentos constitucionais e teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 (Coleção Doutrinas Essenciais; v.1). p.412-440. O mesmo estudo compõe o

Ou seja, a Constituição da República Federativa do Brasil contribuiu para realçar o valor da dignidade no trabalho, assegurando-lhe uma perspectiva ética - critério essencial da vida humana²⁶⁵.

Considerado o prisma da dignidade enquanto suporte de valor do trabalho regulado é que o homem promove a sua liberdade e a consciência de si, além de exercer, em plenitude, suas potencialidades, a capacidade de mobilização e emancipação coletiva e de efetiva inserção na lógica das relações sociais²⁶⁶.

Portanto, a vinculação do trabalho e do emprego ao valor-fonte da dignidade deve se constituir como pilar teórico e prático para a concretização de qualquer modelo de Estado democrático e social, inserido no contexto do sistema capitalista de produção²⁶⁷. É claro que a implantação e a maturação desse modelo passam pela própria efetividade do Direito do Trabalho, instrumento jurídico dos mais relevantes de pacificação social e econômica, de distribuição de renda e de inclusão social, mas que na realidade brasileira não é ainda plenamente compreendido e aplicado²⁶⁸.

III. Instrumentos Clássicos de Inserção Socioeconômica: A Relação de Emprego e o Direito do Trabalho

Mauricio Godinho Delgado registra que, no quadro das transformações econômicas, sociais e culturais contemporâneas, as principais funções do Direito do Trabalho mantêm-se válidas, necessárias e práticas no capitalismo, além de reforçarem a importância desse ramo jurídico e, por consequência, da relação de emprego²⁶⁹.

Capítulo II da seguinte obra dual: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e Direitos Fundamentais* – dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 31-54.

²⁶⁵ Sobre o tema, consultar: DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006.

²⁶⁶ DELGADO, Gabriela Neves. Loc. cit.

²⁶⁷ Paulo Bonavides reforça a densidade normativa do princípio da dignidade no sistema constitucional ao afirmar: “Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

²⁶⁸ DELGADO, Gabriela Neves. Opção pelo Direito do Trabalho. *Jornal Estado de Minas*. 29 de setembro de 2006. p. 15.

²⁶⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p.87.

Considerada a sua área específica de aplicação, o Direito do Trabalho mantém a *função tradicional* de qualquer campo do Direito, ou seja, regular condutas, interesses, relações e instituições, estruturando a convivência social e a pacificação dos conflitos.

Também ostenta uma clara *função conservadora*, por reforçar as bases para a continuidade do sistema capitalista de produção. É incompatível, sem dúvida, com certo tipo de capitalismo – o capitalismo desregulado, desenfreado e sem reciprocidade -, embora contribua para a preservação do sistema, desde que se trate do tipo *civilizado e regulado*²⁷⁰.

O Direito do Trabalho ainda cumpre *funções específicas de forte matiz humanista*, todas direcionadas ao processo de *desmercantilização* da força de trabalho obreira. São elas: a função de melhoria das condições de pactuação e gestão do trabalho na vida socioeconômica; a função econômica modernizante e progressista e a função civilizatória e democrática²⁷¹.

A primeira delas - *função de melhoria das condições de pactuação e gestão do trabalho na vida socioeconômica* - revela o papel do Direito do Trabalho no sentido de restringir o poder empresarial no plano da contratação e gestão trabalhistas e de impor regras contratuais cogentes, para aperfeiçoar e melhorar as condições de trabalho, constituindo um contrapeso necessário para a harmonização das partes contratantes²⁷².

A *função econômica modernizante e progressista* manifesta-se em três grandes dimensões, todas elas umbilicalmente relacionadas.

A primeira dessas dimensões demonstra o contributo que a legislação trabalhista (em seu universo de normas heterônomas e coletivas negociadas) pode apresentar no sentido de aperfeiçoar, no plano jurídico, as práticas de contratação e de gestão da força de trabalho²⁷³.

²⁷⁰ *Idem.* p. 85.

²⁷¹ As funções específicas do Direito do Trabalho e suas dimensões correspondentes foram detalhadas por Mauricio Godinho Delgado, nas obras: *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 57-63 e DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais*: dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2012.p.76-84.

²⁷² A respeito do propósito fundamental do Direito do Trabalho no sentido de constituir possível equilíbrio entre os sujeitos componentes das relações de emprego, consultar: SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações Coletivas de Trabalho*: configurações institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2008. p. 69.

²⁷³ Sayonara Grillo esclarece, amparada nas lições de Kahn-Freund, que “... apesar do importante papel da legislação, sua função será sempre secundária se forem considerados os demais componentes que estruturam ou desestruturam o mercado de trabalho e as organizações dos trabalhadores. Embora as sanções jurídicas decorrentes da própria lei em si não possam ser menosprezadas, nas relações laborais a norma jurídica sempre carece de eficácia se não for reforçada por sanções sociais, ou seja, pelo poder equilibrador das organizações de trabalhadores”. KAHN-FREUND, O. Trabajo e derecho. Madrid: MTSS, 1987 (Colección Estudios, Serie Relaciones Laborales). p.55 *Apud* SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações Coletivas de Trabalho*: configurações institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2008. p.69.

A segunda dimensão refere-se ao incentivo que esse ramo jurídico especializado fornece em favor dos avanços tecnológicos da economia, ao lado dos avanços educativos relativamente ao empregado que a integra.

A terceira dimensão igualmente modernizante e progressista revela-se pela capacidade de o Direito do Trabalho distribuir renda equanimente ao conjunto da sociedade, por meio da valorização que propicia à força de trabalho humana, além de simultaneamente fortalecer o mercado econômico interno e subsidiar financeiramente o Estado, suas instituições e suas políticas, pela ampla vertente de impostos e contribuições sociais que assegura.

A *função civilizatória e democrática* é destacada pelo papel do Direito do Trabalho no sentido de controlar e atenuar as distorções socioeconômicas inevitáveis do mercado capitalista, apresentando-se como um instrumento bem sedimentado de inserção do indivíduo no sistema econômico, com vantagens para esse indivíduo, sem comprometimento da higidez da dinâmica econômica empresarial.

Em apertada síntese, as funções inerentes ao Direito do Trabalho contribuem para a solidificação de seu papel de grande relevo na vida econômica, social e cultural da comunidade em que se insere, assim como no universo particular da Ciência do Direito.

IV. Os Desafios para a Adequação e a Expansão da Relação de Emprego e do Direito do Trabalho: O Alargamento do Conceito de Subordinação Jurídica

A experiência histórica das últimas décadas do século XX, sobretudo com a afirmação do neoliberalismo, do modelo de gestão toyotista e das políticas de feições desregulamentadoras, flexibilizatórias e antissindicais, tudo contribuiu decisivamente para a desarticulação do Direito do Trabalho e de suas premissas de proteção ao trabalho regulado.

Foi exatamente como contraponto a esse ideário de derruição do trabalho regulado, que parte da doutrina e da jurisprudência trabalhistas se ocuparam em propor novos contornos jurídicos em benefício da reconstrução civilizatória do direito fundamental ao trabalho digno.

Nessa direção, Mauricio Godinho Delgado sistematizou três *alternativas viáveis para a expansão do Direito do Trabalho e de seu manto protetivo regulatório*. Tais caminhos são tidos como aberturas possíveis para a retomada do clássico expansionismo do Direito do Trabalho no alvorecer do século XXI²⁷⁴.

²⁷⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coordenadoras). *Dignidade Humana e Inclusão Social: caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no*

O primeiro desses caminhos trata da efetividade do Direito do Trabalho, por meio de seu reconhecimento e de sua real concretização jurídica. Essa senda depende da manutenção e do avanço de políticas públicas estruturadas de feições econômicas, sociais e culturais, de modo a assegurar o próprio cumprimento e a efetividade do Direito do Trabalho.

A segunda alternativa propõe uma ampliação da interpretação dada ao conceito de relação de emprego de modo que a tutela justrabalhista se generalize e diversifique, sobretudo para alcançar as contratações fronteiriças situadas fora do espectro trabalhista clássico.

A terceira via propõe, com suporte em manifestações doutrinárias anteriores, inclusive de Gabriela Neves Delgado, a expansão e generalização do Direito do Trabalho para relações de trabalho não empregatícias, ultrapassando o marco regulatório clássico da relação de emprego²⁷⁵.

Em razão do recorte temático proposto, este artigo concentra-se na análise da segunda tendência expansionista do Direito do Trabalho, ou seja, aquela direcionada à interpretação ampliativa do conceito de relação de emprego. Nessa direção, será analisada a hipótese específica de releitura do conceito de subordinação jurídica, enquanto uma “*hermenêutica possível e desejável* para o mundo do trabalho contemporâneo”²⁷⁶.

Releitura do Conceito de Subordinação Jurídica

O Direito do Trabalho vem recebendo contribuições doutrinárias e jurisprudenciais variadas, todas elas direcionadas à propositura de adequações ao conceito de subordinação jurídica, elemento cardeal à relação de emprego.

Basicamente são três as principais dimensões de adequação e ajuste do conceito de subordinação jurídica às múltiplas e dinâmicas necessidades do mundo e do mercado de trabalho contemporâneos: a dimensão clássica, a dimensão objetiva e a dimensão estrutural²⁷⁷.

Brasil. São Paulo: LTr, 2010. p. 17-33. Sobre a tendência expansionista do Direito do Trabalho consultar também: DELGADO, Gabriela Neves; MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. A Tendência Expansionista do Direito do Trabalho: breve análise a partir do fundamento de proteção ao trabalho previsto na Constituição Federal de 1988. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, n. 263, p. 87-107, maio. 2011.

²⁷⁵ Essa proposta foi debatida por Gabriela Neves Delgado, em sua obra *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006. p. 228-230.

²⁷⁶ DELGADO, Gabriela Neves; MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. A Tendência Expansionista do Direito do Trabalho: breve análise a partir do fundamento de proteção ao trabalho previsto na Constituição Federal de 1988. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, n. 263, p. 87-107, maio. 2011. p.88.

²⁷⁷ Sobre a ampliação do conceito de relação de emprego, via subordinação, consultar: DELGADO, Mauricio Godinho. Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada do expansionismo do Direito Trabalhista. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coordenadoras). *Dignidade Humana e Inclusão Social: caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010. p. 27-29.

A *dimensão clássica* refere-se à subordinação como situação jurídica derivada do contrato de trabalho, por meio da qual o empregado é jungido a observar o comando de seu empregador quanto ao modo de prestação dos serviços.

Nessa dimensão, de nítido *aspecto subjetivo*, a subordinação se faz presente em razão da intensidade de ordens de trabalho emanadas pelo empregador sobre o seu respectivo empregado. Ela se faz com conexões de poder de comando e de intensidade de comando. Depende do encontro direto entre os sujeitos contratantes. Trata-se, conforme se sabe, da modalidade mais comum de subordinação.

A *dimensão objetiva* da subordinação manifesta-se pela integração do empregado aos fins e objetivos do empreendimento de seu empregador, traduzindo-se pela “relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa, através da qual a atividade do trabalhador como que segue, em linhas harmônicas, a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos...”²⁷⁸. Ou seja, na matriz objetiva, a perspectiva de subordinação passa a ser vista “... pela atividade do trabalho, e não pela pessoa do trabalhador”²⁷⁹.

A *dimensão estrutural*, por outro lado, percebe a subordinação do empregado por meio de sua inserção “na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”²⁸⁰.

Nessa subordinação de natureza estrutural o que importa, em verdade, é a vinculação do obreiro à dinâmica operativa da atividade empresarial, ainda que não estejam presentes ou que sejam perceptíveis as ordens diretas de comando do tomador a respeito do modo de realização dos serviços do respectivo trabalhador²⁸¹.

Na essência, na subordinação estrutural o indivíduo integra-se à cultura cotidiana empresarial ao longo de sua prestação de serviços, por se inserir, de um modo ou de outro, na estrutura, na organização e na própria dinâmica empresarial do tomador²⁸².

²⁷⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego – estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 235. O autor é que afirmou, na doutrina nacional, décadas atrás (anos de 1970), o conceito de *subordinação objetiva*.

²⁷⁹ DELGADO, Gabriela Neves; MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Tendência Expansionista do Direito do Trabalho: breve análise a partir do fundamento de proteção ao trabalho previsto na Constituição Federal de 1988. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, n. 263, p. 87-107, maio. 2011. p.96.

²⁸⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 298. O autor referiu-se originalmente à *subordinação estrutural* em palestra na Escola Judicial do TRT da 17ª Região (ES), proferida em 2006 e posteriormente publicada no artigo “Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho”. *Revista LTr*. São Paulo. V. 70, n. 06, junho de 2006, p. 667.

²⁸¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 298.

²⁸² *Idem*. p. 299.

Constata-se que a *interpretação multifacetada dada à subordinação jurídica*, em suas dimensões clássica, objetiva e estrutural, permite que o conceito técnico de relação de emprego apresente-se de forma dinâmica no tempo histórico e no universo jurídico. Essa abertura interpretativa também demonstra “a elevada capacidade de adaptação do Direito do Trabalho aos desafios da cambiante sociedade e economia capitalistas”²⁸³, além de contribuir, em última instância, para a renovação de sua vocação expansionista.

V. A Competição Capitalista e os Intentos de Remercantilização da Força de Trabalho: O Papel da Parassubordinação

Conforme visto, nos últimos dois séculos, o Direito do Trabalho recebeu contribuições doutrinárias e jurisprudenciais variadas, todas elas direcionadas à propositura de adequações ao conceito de relação de emprego. Diversas dessas contribuições, cientes do papel civilizatório do campo jurídico trabalhista, procuraram reforçar o conceito de relação de emprego, além de renovar o expansionismo do Direito do Trabalho, para permitir a necessária ampliação dos direitos fundamentais sócio-trabalhistas.

Na direção oposta, também surgiram certas concepções doutrinárias e jurisprudenciais de nítido caráter flexibilizatório, pautadas em fórmulas jurídicas restritivas dos direitos fundamentais sócio-trabalhistas.

A maioria das contribuições doutrinárias e jurisprudenciais progressistas concentrou-se na avaliação da subordinação jurídica, dada a sua importância nuclear à tipologia da relação jurídica de emprego.

Na *senda da ampliação, aprofundamento e maior generalização do Direito do Trabalho*, foram propostas variadas dimensões de adequação e ajuste do conceito de subordinação jurídica às necessidades do mundo e mercado de trabalho contemporâneo, com destaque para as dimensões clássica, objetiva e estrutural – conforme já exposto²⁸⁴.

²⁸³ *Idem. Ibidem.*

²⁸⁴ Como dito, variados juristas concentraram-se na elaboração de propostas direcionadas à redefinição e atualização do conceito de relação de emprego e, mais precisamente, do elemento fático-jurídico da subordinação. Além da teorização de Mauricio Godinho Delgado, sobre *subordinação estrutural*, lançada em 2006, Marcus Menezes Barberino Mendes e José Eduardo de Resende Chaves lançaram o conceito da “subordinação estrutural-reticular”, ao passo que Lorena Vasconcelos Porto debruçou-se sobre a concepção de “subordinação integrativa”. Sobre o tema, consultar respectivamente: MENDES, Marcus Menezes Barberino, CHAVES, José Eduardo de Resende. *Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica*. *Revista do TRT da 3ª Região*, n. 76, p. 197-218, jul./dez. 2007 e PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho- uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

Na *senda da desregulamentação do Direito do Trabalho* e em direção oposta à sua vocação expansionista, surgiram determinadas tendências reducionistas do conceito de subordinação jurídica²⁸⁵. Entre estas, destaca-se a ideia da *parassubordinação*.

O conceito de parassubordinação, reportando-se a uma suposta relação parassubordinada de trabalho, foi concebido originariamente no Direito italiano, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência. A partir dessa matriz estendeu-se para outros países europeus, atingindo também, em maior ou menor grau, a realidade jurídica latinoamericana.

Parassubordinação: o conceito e suas contradições

O conceito jurídico de parassubordinação trata, em linhas gerais, de uma situação jurídica de relativa autonomia do prestador laborativo em face de seu tomador de serviços, conjugada com relativa dependência econômica perante esse mesmo tomador. Diz respeito, em suma, a um trabalhador formalmente autônomo, mas que em regra permanece hipossuficiente, eis que economicamente dependente de seu tomador de serviços²⁸⁶.

Embora não seja absoluta essa autonomia do trabalhador parassubordinado, ela é suficiente para afastá-lo do tipo jurídico clássico do trabalhador amplamente subordinado, o tradicional empregado. Entretanto, a relatividade de sua autonomia e a circunstância de o profissional ostentar certa dependência econômica em vista do tomador de serviços são fatores que recomendam ao Direito urdir certo manto regulatório específico para tais prestadores laborais, que não seja, é claro, tão interventivo e rigoroso quanto o inerente ao Direito do Trabalho clássico, mas nem tão omissivo e liberalista quanto o manto regulatório próprio ao contratualismo do Direito Civil.

No Direito Italiano, a propósito - em que o conceito de parassubordinação mais produziu repercussões jurídicas, econômicas e sociais -, gerou-se efetivamente uma microrregulação normativa para os trabalhadores subordinados, muito inferior à clássica normatividade justalabalhista, embora um pouco mais generosa do que o puro e simples absentismo normativo característico do contratualismo civil.²⁸⁷

²⁸⁵ A expressão é de PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho- uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

²⁸⁶ A respeito, consultar PORTO, Lorena Vasconcelos. *A Parassubordinação: aparência X essência*. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira; PORTO, Lorena Vasconcelos; NIGRI, Fernanda. *Parassubordinação: em homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana*. São Paulo: LTr, 2011. p.214.

²⁸⁷ PORTO, Lorena Vasconcelos. *A Parassubordinação: aparência X essência*. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira; PORTO, Lorena Vasconcelos; NIGRI, Fernanda. *Parassubordinação: em homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana*. São Paulo: LTr, 2011. p.214.

No Brasil, felizmente, o novel intento ainda não se consumou em prática jurídica de qualquer natureza, seja no plano legislativo, seja no plano jurisprudencial.

Em um quadro estritamente doutrinário – em que este tema deve ser colocado no País -, a verdade é que o conceito de parassubordinação gera uma série de indagações, sobretudo em razão da nebulosidade aparente de seu verdadeiro significado e objetivo jurídicos. Diante dessa sua perspectiva nebulosa, a doutrina brasileira passou a discutir sobre os possíveis parâmetros de sua utilidade e de sua penetração jurídica no Brasil.

Em um primeiro momento, poder-se-ia concluir que os trabalhadores parassubordinados encontrar-se-iam fora da tutela justralhista, por não se enquadrarem na noção tradicional de subordinação, uma vez que mantêm, na contratação de seus serviços, um feixe de poderes inerente à ideia de autonomia.

Essa interpretação, contudo, apresenta uma série de dificuldades. De um lado, porque apesar de tais trabalhadores parassubordinados preservarem uma aparente autonomia, a realidade é que tendem a continuar verdadeiramente subordinados perante seus tomadores de serviços. De outro lado, porque tais trabalhadores, em face da ladina fórmula jurídica, passariam a ter que suportar todos os riscos da atividade laborativa, apesar de se manterem efetivamente subordinados aos tomadores. Além disso, a ordem jurídica estaria reservando aos trabalhadores parassubordinados - sem qualquer justificativa humanística, social e jurídica relevante - inequívoca insuficiência de direitos e garantias de caráter laborativo. Finalmente, porque o fato de tais trabalhadores não se enquadrarem na noção tradicional de subordinação – ou seja, em uma das dimensões, entre várias, da subordinação -, não significa necessariamente que não sejam subordinados aos seus tomadores de serviços; ou seja, a simples circunstância de a subordinação mostrar-se relativamente fluida não traduz sua ausência na relação socioeconômica e jurídica entre as partes²⁸⁸.

Aliás, essa arquitetura conceitual dúbia da parassubordinação, com os efeitos jurídicos perversos que deflagra sobre parcela significativa de trabalhadores, constituiu tendência assumida pela doutrina e jurisprudência italianas, segundo Lorena Vasconcelos Porto, sobretudo ao final da década de 1970 e anos subsequentes, amparada – e contribuindo para generalizar – em agressiva política de flexibilização trabalhista²⁸⁹.

²⁸⁸ Lorena Vasconcelos Porto inclusive ressalta que a insuficiência dos direitos e garantias aplicáveis aos parassubordinados, em nível bastante inferior aos direitos e garantias aplicáveis aos empregados, gera, como consequência, um incentivo à contratação parassubordinada, já que o custo da mão de obra é bastante inferior ao de um empregado, “o que torna a figura uma via preferencial de fuga ao Direito do Trabalho”. *Idem. Ibidem.*

²⁸⁹ Porto, Lorena Vasconcelos, *loc. cit.*

Lorena Vasconcelos Porto explica que a distinção corrente que se faz entre as hipóteses de subordinação e de parassubordinação baseia-se na *intensidade do poder diretivo do empregador*: “Quando este é mais intenso e constante, determinando em detalhes o conteúdo da prestação (além de aspectos relativos ao tempo e lugar em que esta ocorre) está-se diante da subordinação; quando o poder diretivo é menos intenso, expressando-se por meio de instruções mais genéricas, configura-se a parassubordinação”²⁹⁰.

No entanto, a própria autora alerta que a “plena diferenciação entre os dois conceitos somente é possível caso se adote uma concepção mais restrita de subordinação, que a identifique com a heterodireção patronal forte e constante da prestação laborativa em seus diversos aspectos, o que corresponde à noção clássica ou tradicional do conceito. De fato, caso se adote uma aceção mais ampla e extensiva de subordinação, as duas figuras acabam se confundindo”²⁹¹.

Conforme se observa – e à luz da minuciosa pesquisa jurisprudencial e doutrinária realizada por Lorena Porto na literatura europeia sobre o tema -, conclui-se que a parassubordinação é um *contraponto negativo* à proposta de fortalecimento do caráter expansionista do Direito do Trabalho. Na verdade, a parassubordinação propõe a redução do conceito de subordinação jurídica à sua moldura tradicional, primitiva, de maneira a impedir que uma série de trabalhadores (ditos “parassubordinados”) usufruam de direitos e garantias fundamentais trabalhistas.

Trata-se, na verdade, de uma escolha conceitual, econômica, política, filosófica e ética – ao invés de meramente técnica e jurídica: caso se compreenda válida e recomendável a regressão da regulação trabalhista, de modo a se alargar o espaço de mercantilização do trabalho na sociedade e na economia contemporâneas, a fórmula da parassubordinação irá cumprir papel importante, funcional mesmo, por diminuir o campo efetivo da relação de emprego na sociedade e nas relações econômicas, alargando as margens para a atuação de relações civis e semicivis no âmbito laborativo.

Caso se entenda que o Direito contemporâneo, ao invés, é construído em torno da centralidade da pessoa humana, da afirmação de sua dignidade, da busca racional e perseverante da realização dos princípios da justiça social, do bem-estar individual e social, da segurança, da justiça, da equidade, em um contexto jurídico humanístico e social, em suma, desaparece o espaço jurídico para a fórmula da parassubordinação.

²⁹⁰ *Idem*. p. 216.

²⁹¹ Porto, L. V., *ob. cit.*, p. 216.

No contexto social e humanístico consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil, alargam-se, na verdade, em contraponto à parassubordinação, os caminhos de incidência do Direito do Trabalho, por meio, inclusive, das dimensões modernas e ampliativas do conceito de subordinação jurídica.

VII. Conclusão

Existem várias tentativas de se criarem conceitos novos como fórmula de se escapar da incidência da normatividade trabalhista. São inúmeros os exemplos nessa direção, como a *pejotização*, a multiplicação dos contratos a termo, a informalidade trabalhista, a *parassubordinação*, entre outros.

Em contrapartida, são várias as tentativas de se aperfeiçoarem os conceitos de relação de emprego e de seus elementos fático-jurídicos vinculantes (sobretudo no tocante à subordinação jurídica e à pessoalidade) para que a incidência da normatividade trabalhista se amplie, no contexto das mudanças ocorridas na vida social e econômica, especialmente se considerada a conjuntura histórica das últimas décadas do século XX e início do XXI.

No sistema capitalista, dois grandes caminhos apresentam-se para enfrentar o desafio da gestão do trabalho na vida econômico-social: o caminho da inclusão socioeconômica, da distribuição de renda, da valorização do trabalho e da democratização do poder no âmbito das relações de produção ou, ao invés, o caminho – com suas variadas fórmulas e alternativas concorrentes – da exclusão socioeconômica, da concentração de renda, da desvalorização do trabalho e da letargia ou falta de efetividade no processo de democratização do poder.

O presente artigo pretendeu reforçar os argumentos teóricos que se concentram na identificação do Direito do Trabalho como um instrumento clássico e atual, testado e bem sucedido historicamente, de concretização da justiça social e de políticas públicas estruturadas de feições econômicas, sociais e culturais. Pretendeu esse ensaio, portanto, demonstrar a vinculação do Direito do Trabalho ao caminho da inclusão socioeconômica, da distribuição de renda, da valorização do trabalho e da democratização do poder no âmbito das relações de produção.

Também no sentido de reforçar o argumento da atualidade e da importância do Direito do Trabalho, o artigo discorreu sobre os desafios e a necessidade de adequação e expansão do Direito do Trabalho, com a consequente discussão sobre o alargamento do conceito de subordinação jurídica, no âmbito da relação de emprego.

Como contraponto a isso, tratou do desafio imposto pela ideia de parassubordinação, identificando-a como uma “tendência reducionista do conceito de subordinação”²⁹², gerida e disseminada no discurso jurídico por volta de finais do século XX.

O artigo demonstrou, nesse contexto, que a parassubordinação emerge como veículo direcionado à fragilização do caráter protetivo do Direito do Trabalho, instrumento para a maximização do processo de mercantilização da força de trabalho obreira. Também claramente se revela como um contraponto negativo à proposta de fortalecimento do caráter expansionista do ramo justralhista.

O fato é que o Direito do Trabalho precisa alargar as molduras da subordinação jurídica, de maneira a permitir melhor e mais ampla proteção ao trabalhador. Nessa linha, as alternativas viáveis para a expansão do manto protetivo regulatório do Direito do Trabalho refletem um inteiro caminhar na linha da valorização do trabalho em atenção às premissas constitucionais de dignidade humana e de justiça social.

Referências:

ALLY, Raimundo Cerqueira. *Normas Previdenciárias no Direito do Trabalho*. São Paulo: IOB – Informações Objetivas, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DELGADO, Gabriela Neves; MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A Tendência Expansionista do Direito do Trabalho: breve análise a partir do fundamento de proteção ao trabalho previsto na Constituição Federal de 1988. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, n. 263, p. 87-107, maio. 2011.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Gabriela Neves. Opção pelo direito do trabalho. *Jornal Estado de Minas*. 29 de setembro de 2006. p. 15.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

²⁹² A expressão é de Lorena Vasconcelos Porto. A autora enfrenta o tema da parassubordinação no cenário pátrio e do direito comparado, com especial ênfase na jurisprudência e doutrina italianas. Nesse sentido, consultar: PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho- uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

DELGADO, Ignácio Godinho. *Previdência Social e Mercado no Brasil – a presença empresarial na trajetória da política social brasileira*. São Paulo: LTr, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego – entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução*. 3ª tir. São Paulo: LTr 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (Orgs.). *Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social: fundamentos constitucionais e teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 (Coleção Doutrinas Essenciais; v.1). Texto inserido também na seguinte obra dual: DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr., 2012 (3ª ed.: 2015).

DELGADO, Mauricio Godinho. Funções do Direito do Trabalho no Capitalismo e na Democracia. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. Relação de emprego e relações de trabalho: a retomada do expansionismo do direito trabalhista. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coordenadoras). *Dignidade Humana e Inclusão Social: caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Organizadores). *O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI*. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. *Revista LTr*. São Paulo. v. 70, n. 06, junho de 2006.

MENDES, Marcus Menezes Barberino, CHAVES, José Eduardo de Resende. Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica. *Revista do TRT da 3ª Região*, n. 76, p. 197-218, jul./dez. 2007.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A Parassubordinação: aparência X essência. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira; PORTO, Lorena Vasconcelos; NIGRI, Fernanda. *Parassubordinação: em homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana*. São Paulo: LTr, 2011.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho - uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; CANTELLI, Paula Oliveira; PORTO, Lorena Vasconcelos; NIGRI, Fernanda. *Parassubordinação: em homenagem ao Professor Márcio Túlio Viana*. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. *Relações Coletivas de Trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2008.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego – estrutura legal e supostos*. São Paulo: Saraiva, 1975.

**A REALIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDA PELOS JUÍZES
ORDINÁRIOS: UMA ANÁLISE COMPARADA DAS EXPERIÊNCIAS DE
ESPANHA E ITÁLIA**

**THE REALITY OF THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION EXERCISED BY
ORDINARY JUDGES: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE EXPERIENCES OF
SPAIN AND ITALY**

Marcus Firmino Santiago²⁹³

RESUMO: Nas últimas décadas a jurisdição constitucional no Brasil tem passado por um progressivo processo de concentração, esvaziando as competências dos juízes ordinários e conferindo crescente vinculatividade às decisões do Supremo Tribunal Federal. Este movimento é frequentemente justificado invocando-se o referencial das Cortes Constitucionais europeias e sua atuação exclusiva no controle de constitucionalidade, sempre visto como um exemplo de sucesso tanto no plano jurisdicional quanto administrativo. Tal análise, contudo, mostra-se equivocada, na medida em que diversos países daquele continente têm incorporado elementos típicos do modelo difuso norte-americano, renunciando a um sistema puramente concentrado. Este artigo busca, a partir do estudo da realidade vivida em Itália e Espanha, discutir os rumos adotados para a jurisdição constitucional brasileira, apontando-se o equívoco em limitar a capacidade decisória dos juízes ordinários em matéria constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional; Interpretação constitucional; Direitos fundamentais.

ABSTRACT: In recent decades the constitutional jurisdiction in Brazil has gone through a progressive process of concentration, emptying the powers of ordinary judges and increasing

Artigo recebido em 01/06/2015

²⁹³ Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF -, de Brasília (Brasil). Coordenador Adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Professor do Curso de Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Doutor em Direito do Estado pela UGF/RJ. Advogado.

the authority of Supreme Court decisions. This movement is often justified by invoking the European Constitutional courts and his performance in the constitutionality control, which is always seen as an example of success both in jurisdictional as in administrative way. Such analysis, however, proves to be misguided, as we observe that several European countries have incorporated traditional elements of the American fuzzy model, forsaking a purely concentrated system. This article study the reality in Italy and Spain and discuss the direction adopted for the Brazilian constitutional jurisdiction, pointing the mistake in limit the decision ability of ordinary judges in constitutional subjects.

Key-words: Constitutional jurisdiction; Constitutional interpretation; Fundamental rights.

Considerações iniciais

Em sua origem e durante várias décadas, o sistema de controle judicial de constitucionalidade brasileiro se filiou ao modelo norte-americano, adotando um mecanismo que permite analisar a validade das normas jurídicas de forma difusa e em concreto por qualquer instância do Poder Judiciário.

Esta tradição nacional, contudo, vem sendo suplantada pela incorporação de elementos oriundos do denominado sistema europeu, que deposita sua confiança em um modelo de controle concentrado e abstrato, realizado com exclusividade por uma Corte Constitucional, instância organizada de modo apartado dos Poderes estatais tradicionais e que, em muitos casos, funciona como uma espécie de Poder Moderador.

Segundo Gilmar Mendes, “A amplitude conferida pela Constituição de 1988 ao controle abstrato de normas contribuiu para tornar visíveis as inadequações ou insuficiências do modelo difuso de controle de constitucionalidade.”²⁹⁴ Tais insuficiências, combinadas com a expansão do sistema concentrado por obra do novo desenho constitucional surgido em 1988, estariam levando a jurisdição constitucional brasileira a uma transição, num movimento que claramente aponta para a redução do papel desempenhado por instrumentos típicos do sistema difuso e o crescimento do modelo concentrado, que toma seu lugar.

O alargamento do rol de legitimados para propositura de ações diretas, assim como a previsão de novas modalidades procedimentais para controle em abstrato da validade das leis, seriam marcantes indícios da prioridade conferida ao arquétipo que concentra no Supremo

²⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1254.

Tribunal Federal a prerrogativa de analisar a constitucionalidade das normas jurídicas. Esta tendência, iniciada com o advento da atual Constituição, representaria o movimento inicial que poderá culminar com o definitivo abandono do sistema difuso.²⁹⁵

De fato, o Congresso Constituinte de 1987/1988 cuidou de fortalecer os mecanismos procedimentais para defesa da nova Constituição brasileira. Preferiu, contudo, apostar suas fichas no modelo concentrado, conquanto tenha permitido a sobrevivência do sistema difuso. E desde a promulgação da atual Constituição, este último modelo de controle de constitucionalidade vem perdendo espaço e tendo sua eficácia contestada, sendo sucessivamente atacado em diversas frentes.

Ao argumento da necessidade (real) de reduzir a quantidade de processos que chegam ao Supremo Tribunal Federal, aprofundou-se a busca por limitar as possibilidades da jurisdição constitucional pela via difusa. De um lado, encontra-se todo um conjunto de novas leis (e, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, também de novos dispositivos constitucionais) que cuidam de fortalecer a autoridade do Supremo Tribunal Federal, reduzindo o espaço para discussões perante os demais órgãos jurisdicionais. De outro, uma postura claramente ativista da Corte Suprema nacional, que, nos últimos anos, tem buscado afirmar sua preponderância por intermédio de sucessivos julgados com os quais amplia a vinculação de todos às suas decisões.

Deve ser destacado, contudo, que o caminho trilhado pela jurisdição constitucional brasileira, rumo à adoção de um sistema exclusivamente concentrado, discrepa da tendência verificada em diversos países europeus, alguns dos quais frequentemente citados como referenciais nesta caminhada.²⁹⁶

Em verdade, já há algumas décadas há um claro movimento naquele continente no sentido de romper as concepções tradicionais que informaram o desenho inicial da jurisdição constitucional europeia, de tradição austríaca e inspirada na obra de Hans Kelsen. A noção de

²⁹⁵ MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de Direito Constitucional. Op. cit.*, p. 1247. Interessante notar que em Portugal, país que compartilha com o Brasil um sistema misto de jurisdição constitucional, convivendo modelos difuso e concentrado, igual tendência é verificada por Carlos Blanco de Moraes, encontrando-se em sua obra longa análise acerca das possíveis causas e um alerta quanto às potenciais consequências decorrentes do abandono do modelo difuso. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 989-1000.

²⁹⁶ O fortalecimento do Supremo Tribunal Federal é uma reivindicação de expressiva camada do pensamento jurídico brasileiro que defende, inclusive, a alteração de suas competências e estrutura para que adquira as feições das Cortes Constitucionais europeias. Na ocasião em que estavam em curso debates acerca da proposta que seria convertida na Emenda Constitucional 45/2004, várias vezes se fizeram ouvir neste sentido. Veja-se, a propósito, entre outros: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Da Necessidade de Transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br> Acesso em 13 mai. 2012.

atividade desenvolvida exclusivamente por uma corte especializada cede espaço a uma lógica colaborativa, na qual o papel dos juízes ordinários (denominação atribuída a todos os julgadores que não compõem a Corte Constitucional) é ampliado e exaltado, sendo-lhes confiadas variadas tarefas voltadas a imprimir efetividade à Constituição.

Tendo em mira o cenário presente na realidade brasileira, é relevante analisar as experiências de alguns países europeus nos quais as dificuldades conceituais e práticas vivenciadas pela jurisdição constitucional têm sido equacionadas por meio da abertura a uma maior participação dos juízes ordinários, movimento oposto ao ocorrido no Brasil. Daí que a presente pesquisa objetiva compreender o cenário atual da jurisdição constitucional em algumas nações que, tradicionalmente, são fontes de referência para os estudos da matéria, como forma de lançar novas luzes sobre o debate acerca da manutenção e valorização do sistema difuso.

A escolha por uma análise mais detida da realidade vivenciada na Espanha e na Itália se deve ao grau de avanço verificado nestes dois lugares, havendo já robusto conjunto de decisões, estudos e, no caso da Espanha, alterações legislativas que corroboram e impulsionam este processo de hibridação entre os sistemas jurisdicionais difuso e concentrado.

1. Ainda há espaço para se falar em sistemas europeu e norte-americano de controle de constitucionalidade?

É quase um lugar comum nos textos que retratam os sistemas de controle de constitucionalidade informar a existência de dois modelos dominantes, denominando-os de europeu e norte-americano, em razão da presença, ou não, de um órgão dotado de competência exclusiva para análise da legitimidade constitucional das leis. O primeiro se caracteriza pela presença de uma Corte Constitucional com atribuições específicas e atuação concentrada; o segundo, pela competência exercida difusamente por todos os juízes para realização do controle de constitucionalidade diante de casos concretos.

Uma análise mais cuidadosa da realidade vivenciada hoje no continente europeu demonstra que esta divisão cartesiana não é muito precisa. Em verdade, são vários os elementos presentes na regulamentação e nas práticas da jurisdição constitucional que indicam não ser o sistema europeu tão fechado e distante de seu par norte-americano.

Giancarlo Rolla destaca a tendência convergente presente entre ambos os modelos, que os têm permeado de forma recíproca com elementos anteriormente entendidos como típicos de cada um, promovendo uma mescla de experiências:

Por un lado, los sistemas ‘centralizados’ parecieran abrirse a formas de convivencia con la *judicial review*, como lo evidencia la realidad del reciente constitucionalismo ibero-americano, que algunos autores han definido ‘difuso-concentrada’, por el otro lado, los sistemas ‘difusos’ registran una tendencia de las Cortes Supremas a monopolizar el ejercicio de la jurisdicción constitucional, acentuando los elementos de centralización sustancial.²⁹⁷

Analisando o modelo europeu, o autor identifica algumas características que evidenciariam este hibridismo. De forma ilustrativa, discorre sobre os mecanismos que permitem a provocação das Cortes Constitucionais de forma incidental (presentes em Espanha, Itália, Alemanha e França, por exemplo), entendendo-os como uma incorporação de elementos do sistema difuso. Isto porque, embora o órgão competente para decidir seja único, todos os juízes podem provocar sua atuação e o fazem após terem analisado a validade do ato normativo que fundamenta o caso concreto sob sua apreciação.

Embora não tenham um poder de decisão final, declarando a eventual inconstitucionalidade da norma sob análise, é fato que os juízes ordinários participam ativamente do processo decisório, pois não apenas detêm a prerrogativa de provocar a atuação da Corte especializada, mas precisam construir uma base argumentativa que sustente seu pleito por uma manifestação.

Mais ainda: o objeto do litígio é a constitucionalidade de uma lei em abstrato e a decisão final terá natureza abrangente e eficácia *erga omnes*. Porém, a origem do debate processual é um caso concreto e a manifestação da Corte Constitucional produzirá resultados efetivos para as partes envolvidas no processo originário. Exatamente como acontece no controle difuso de constitucionalidade.²⁹⁸

Esta aproximação entre os sistemas reflete um processo de atualização da jurisdição constitucional, no que acompanha as mudanças experimentadas pelo constitucionalismo nas últimas décadas.

O forte movimento pela positivação de direitos fundamentais vivido no período pós 1945 refletiu uma preocupação em preservar os interesses humanos mais sensíveis. Como consequência deste processo, nestes direitos passaram a ser reconhecidos parâmetros para

²⁹⁷ ROLLA, Giancarlo. Juicio de Legitimidad Constitucional en Vía Incidental y Tutela de los Derechos Fundamentales. *Revista Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. n. 1, ano 2, 2004. Santiago: CECOCH. p. 306.

²⁹⁸ ROLLA. p. 309-310.

organização da vida estatal e social, orientando toda conduta humana no interior da comunidade jurídica.²⁹⁹ Isto posto, a pauta de direitos fundamentais assume, no constitucionalismo do pós Segunda Guerra, “(...) un valor normativo y vinculante directo que (...) afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos (...)”³⁰⁰

Desde o instante em que semelhante conteúdo foi agregado ao texto constitucional, estavam lançadas as bases para que as Constituições deixassem de ser vislumbradas tão somente como um ato instituidor do poder estatal, passando a ostentar o status de *norma geral reguladora das relações sociais*. Sua penetração na esfera das relações privadas deu-se, então, como uma consequência natural desta realidade, permitindo-se admitir que, na contemporaneidade, as Constituições recebam, ao lado de suas tarefas clássicas de limitar o poder político e garantir as liberdades individuais, o dever de moldar as relações sociais, fornecendo as condições de possibilidade para que sejam implementados direitos e atendidas reivindicações dos mais variados grupos humanos.³⁰¹

De fato, as Constituições, com sua crescente abertura aos direitos fundamentais, cada vez mais têm feito parte do dia-a-dia das sociedades. Assim também em seus litígios, cuja solução demanda uma constante aplicação de normas constitucionais, seja diretamente, seja como referencial interpretativo. Vive-se um estado de completa submissão aos preceitos constitucionais, cuja observância e aplicação incumbem a todos: particulares, poderes políticos, juízes e Tribunais. E cumpre destacar que a maioria dos litígios que demandam a aplicação direta ou a realização de um exercício interpretativo pautado em dispositivos constitucionais tramita perante os juízes ordinários.

Como explica Luis Prieto Sanchís, a normativa constitucional deixa de se encontrar enclausurada dentro dos confins que mantêm os órgãos estatais apartados da sociedade, deixa de ser um problema a interessar tão somente legisladores e Tribunais Constitucionais “(...) para assumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones.”³⁰²

Maria Luisa Balaguer Callejón sustenta que o cenário contemporâneo proporciona uma efetiva ressignificação da justiça constitucional, que deixa de funcionar apenas como um

²⁹⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. in *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 107.

³⁰⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 67.

³⁰¹ GUASTINI, Riccardo. La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *Estudios de Teoría Constitucional*. Trad. José María Lujambio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 160.

³⁰² SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 115.

espaço para afirmação da constitucionalidade/inconstitucionalidade das leis, para assumir um papel de agente ativo no processo de aplicação constitucional às questões do dia-a-dia. Em consequência, entende que talvez já se tenha chegado a um estágio no qual se mostre “(...) *un tanto inútil la diferenciación entre Juez constitucional y Juez ordinario em el sentido de que todos los Jueces son constitucionales.*”³⁰³ (grifou-se)

De fato, em algumas nações europeias o movimento que defende a extensão da jurisdição constitucional para além das Cortes especializadas ganhou corpo nas três últimas décadas. Na Alemanha, onde a provocação do Tribunal Constitucional pode ser feita por qualquer juiz diante da necessidade de, em um caso concreto, decidir sobre a constitucionalidade das normas, estes são obrigados pela Corte a, antes de optar pelo envio da matéria à sua apreciação, esgotar todas as possibilidades interpretativas que permitam compatibilizar a norma com a Constituição. Na Itália e na Espanha situação semelhante acontece, sustentando seus Tribunais Constitucionais ser um dever dos juízes ordinários procederem a semelhante operação hermenêutica.³⁰⁴

Há, portanto, um claro movimento pela ampliação do conceito de jurisdição constitucional, cada vez menos adstrito à simples noção de controle de constitucionalidade (numa lógica de tudo ou nada, constitucionalidade/inconstitucionalidade), abrindo-se a um universo interpretativo que precisa ser vivenciado não apenas pelas Cortes Constitucionais, mas também, e sobretudo, pelos juízes ordinários.

É interessante trazer exemplos vivenciados em países europeus que, mesmo não reconhecendo expressamente um sistema difuso de jurisdição constitucional, têm colocado em prática mecanismos capazes de viabilizar o acontecer de um modelo no qual o papel dos juízes ordinários é ressignificado, alterando-se a relação entre estes e as Cortes Constitucionais. São experiências que aproximam os sistemas difuso e concentrado, rompendo as barreiras conceituais e práticas que os afastam, algo bastante próximo ao modelo misto presente em Brasil ou Portugal.

Permitindo-se imiscuir em temas que, pela tradição europeia, deveriam ficar restritos às Cortes Constitucionais, os sistemas jurisdicionais espanhol e italiano são exemplos vivos de intensos debates que têm estimulado repensar as funções da jurisdição e das Cortes Constitucionais, numa clara revisão dos dogmas legados por Hans Kelsen ao Século XX. E

³⁰³ CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*. Madrid: Civitas, 1990. p. 149.

³⁰⁴ MORAIS. *Justiça Constitucional*. Op. cit., p. 975.

não se pode deixar de destacar que os avanços notados nestes dois países não discrepam do que se passa em várias nações vizinhas.

2. Jurisdição Constitucional na Espanha: um novo modelo legislativo

O pensamento jurídico espanhol contemporâneo se direciona de modo bastante firme no sentido de reconhecer um papel diferenciado para a jurisdição ordinária, permitindo-lhe assumir crescentes responsabilidades em matéria de interpretação e aplicação constitucional. Esta realidade se encontra expressa na exposição de motivos acrescentada à Lei Orgânica do Tribunal Constitucional pela Lei n. 6/2007, que alterou aquele diploma de modo a rever vários procedimentos perante a Corte.³⁰⁵

Neste texto encontra-se expressa a certeza no valor normativo da Constituição e no papel promovedor que deve ser assumido pela jurisdição constitucional. Não defende, contudo, que semelhante realidade dependa exclusivamente dos préstimos do Tribunal Constitucional para se materializar. Em verdade, a responsabilidade dos juízes ordinários na defesa e promoção de direitos fundamentais é consagrada, em um claro processo de *división de fuerzas entre Corte especializada e juízos comuns* (“La protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella”).

Esta estratégia, por sinal, fica clara na parte em que se justifica a reformulação do *recurso de amparo*, principal instrumento para provocação da Corte. A nova lei busca reduzir a quantidade de recursos, mas, ao mesmo tempo, fortalece os juízes ordinários a fim de que tenham maior liberdade para lidar com violações a direitos fundamentais, resolvendo, interpretativamente, as incompatibilidades entre lei e Constituição (“...la ley procede a establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales...”). Daí destacar que: “Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los

³⁰⁵ Vários dispositivos da Lei n. 6/2007 tiveram sua constitucionalidade questionada perante a Corte que, ao decidir o Recurso de Inconstitucionalidade manejado, o rejeitou, afirmando, por maioria de votos, a plena validade do diploma legal. A Sentença 49/2008, proferida em 09.04.2008, pode ser encontrada no endereço <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2008/STC2008-049.html>

derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria.”³⁰⁶

Estas passagens refletem a consolidação de um debate desenvolvido especialmente nos anos que medeiam as décadas de 1980 e 90, momento em que se mostrou mais viva no pensamento jurídico e na prática jurisprudencial da Corte a preocupação em firmar a jurisdição constitucional em um novo patamar. Em 1985, Pablo Pérez Tremps (membro da Corte espanhola entre 2004 e 2013) sustentava ser um dever de todos os órgãos jurisdicionais garantir a Constituição, assegurando sua primazia sobre a ordem jurídica. Dada a sua posição central, figurando como fundamento material para as normas, toda atividade de aplicação do Direito tenderia a ser, igualmente, um momento de aplicação da normativa constitucional. Daí que: “(...) toda actividad jurisdiccional (...) supone potencialmente un contenido constitucional, tanto la del tribunal constitucional como la de los órganos del Poder Judicial.”³⁰⁷

Esta ideia houvera sido delineada no ano anterior pelo Tribunal Constitucional, em sua sentença n. 50/1984, na qual sustentou que, figurando a Constituição como elemento central a conferir legitimidade, a partir de sua ordem de valores, ao sistema jurídico, não se poderia conceber a sobrevivência de planos jurisdicionais distintos. Nesta medida, imperativo admitir aos juízes ordinários aplicar diretamente comandos constitucionais a problemas concretos, valendo-se destas normas como parâmetros interpretativos para quaisquer situações que se lhes apresentassem.³⁰⁸

Em verdade, mais que uma liberdade, tem se entendido que é um *dever* dos juízes ordinários espanhóis interpretar as leis em conformidade com a Constituição, buscando

³⁰⁶ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Texto consolidado e integrado con las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000 y con expresión particularizada de las reformas conforme a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/tribunal/leyesacuerdos/Texto%20consolidado%20nueva%20LOTC.pdf> Acesso em 07 jul. 2010. É importante destacar que, tal qual assinala Maria Luisa Balaguer Callejon, o *recurso de amparo* (instrumento que pode ser manejado por qualquer pessoa, perante o Tribunal Constitucional, com o intuito de ver tutelado um direito fundamental de base constitucional) tem servido, na prática espanhola, como importante instrumento para canalizar diferentes compreensões possíveis, permitindo ao Tribunal Constitucional construir uma decisão que se mostre como o resultado de um debate neste espaço institucional. CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución... Op. cit.*, p. 65. Acrescente-se que em 2009, pela sentença 155/2009 (de 25 de junho), o Tribunal Constitucional Espanhol cuidou de firmar um rol de hipóteses diante das quais entende possível a análise do Recurso de Amparo, caracterizando-se a especial transcendência constitucional da matéria discutida. Foi mais uma oportunidade que o Tribunal aproveitou para reafirmar e fortalecer o papel desempenhado pelos juízes ordinários na apreciação de matérias constitucionais. ESPARZA, Julio Muerza. *La Especial Transcendencia Constitucional*. Disponível em <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/786/tribunal/la-especial-transcendencia-constitucional> Acesso em 20 nov. 2012.

³⁰⁷ TREMP, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 121.

³⁰⁸ TREMP. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. *Op. cit.*, p. 121-122.

sempre adequar aquelas aos limites desta, acomodando seu conteúdo aos princípios e preceitos constitucionais,³⁰⁹ tarefa que, destaque-se, já há mais de duas décadas foi determinada na Lei Orgânica do Poder Judiciário (Lei 6/1985).³¹⁰ Esta mesma lei estabelece que, diante da necessidade de verificar a compatibilidade de uma lei com a Constituição³¹¹, antes o juiz *esgote as posibilidades hermenêuticas que permitan acomodar a norma infraconstitucional*.³¹²

E mais longe já foi a Corte Constitucional espanhola. Interpretando dispositivo da parte transitória da Constituição de 1978, concernente à recepção de normas pré-constitucionais, o Tribunal determinou que os juízes ordinários teriam autoridade para declarar a invalidade de leis por entendê-las não compatíveis com a nova ordem constitucional. A manifestação do Tribunal especializado somente se faria necessária com o fim de conferir efeitos *erga omnes* à derrogação (firmando, assim, uma posição intermediária entre a jurisprudência do Tribunal alemão - que diz ser tarefa exclusiva dos juízes ordinários tal análise - e do Tribunal italiano - que reservou para si esta competência).³¹³

Explicando o poder conferido a todo sistema jurisdiccional espanhol, García de Enterría afirma que o modelo erigido com a Constituição de 1978, embora tenha consagrado um Tribunal especializado nos moldes da teoria kelseniana, não seguiu as demais orientações do autor austríaco. Em verdade, foi o paradigma norte-americano de supremacia constitucional o elemento decisivo que conduziu o processo formador da jurisdição constitucional espanhola contemporânea. Neste sentido, o “(...) monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional es sólo de rechazo o de expulsión de las leyes que contradigan la Constitución, pero no de cualquier aplicación de ésta.”³¹⁴

³⁰⁹ ENTERRÍA. *La Constitución como Norma... Op. cit.*, p. 312-313. CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución... Op. cit.*, p. 50.

³¹⁰ Artículo 5.

1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 6/1985 de 01 de julio. Disponible em <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm> Acesso em 07 jul. 2010.

³¹¹ O que, no sistema espanhol, resolve-se com a provocação incidental, por meio do *recurso de amparo*, do Tribunal Constitucional para que resolva a questão, permitindo, após sua decisão, que o juiz dê seguimento à análise do processo em curso.

³¹² Artículo 5.

3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

³¹³ ENTERRÍA. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Op. cit.*, p. 312. CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución... Op. cit.*, p. 49.

³¹⁴ ENTERRÍA. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Op. cit.*, p. 309.

3. Itália: a força da jurisprudência constitucional

O quadro delineado na Itália não alcançou tamanho grau de sofisticação quanto seu correspondente espanhol, especialmente quando se tem em mira seu sistema legislativo. Mesmo assim, também neste país a Constituição tem feito parte do dia-a-dia do Judiciário, ultrapassando os muros da Corte especializada para ingressar na realidade dos juízes ordinários.

A discussão sobre a força normativa da Constituição italiana de 1948 entrou em cena bastante cedo, ainda nos anos 1950, e foi objeto das primeiras manifestações da Corte. Opondo-se aos resquícios de uma teoria constitucional que houvera florescido no período fascista e mantida viva pelo Judiciário italiano nos primeiros anos de existência de sua atual Constituição,³¹⁵ a Corte precisou, num primeiro momento, afirmar seu próprio poder, afastando quaisquer dúvidas acerca de seu papel e da amplitude de sua atuação.³¹⁶ Assim procedendo, contribuiu para que a Constituição não fosse eclipsada pelo regramento infraconstitucional originário no regime fascista, cuja autoridade muitas e poderosas vozes defendiam, restringindo a força normativa da Lei Maior.

Semelhantes questões ocuparam a Corte italiana em suas primeiras décadas de funcionamento, de sorte que somente anos mais tarde seus olhos se voltaram para o tema das possibilidades criadoras da jurisdição constitucional e da atuação dos juízes ordinários. Daí em diante, um conjunto de medidas foi sendo colocado em prática, somando-se aos poucos

³¹⁵ É curioso notar que o tênue consenso alcançado para elaborar e promulgar a Constituição do pós-Guerra não perdurou. Por força de (tradicionais) divergências políticas que inviabilizavam a aprovação, pelo Parlamento, dos nomes indicados para compô-la, a Corte italiana somente começou a funcionar *oitoanos* após sua instituição. Apenas em 1956, especificamente no dia 23 de abril, a Corte realizou sua primeira seção. Durante o lapso temporal assinalado, a defesa jurisdicional da Constituição ficou a cargo dos juízes ordinários, que exerciam controle pela via difusa, com amparo na Disposição Constitucional Transitória n.º VII. Neste período, o controle de constitucionalidade foi raramente exercido, desenvolvendo-se, especialmente junto à Corte de Cassação, doutrina extremamente reducionista, que acabava por limitar sobremaneira a normatividade constitucional. FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p 78. GUASTINI. La 'constitucionalización'... *Op. cit.*, p. 166.

³¹⁶ Informa Guastini que, na decisão 1/1956, a Corte afirmou: “En primer lugar, que la distinción entre normas preceptivas y normas programáticas y/o de principio carecía de cualquier relevancia práctica en las controversias de legitimidad constitucional de las leyes: una ley es inconstitucional no solo cuando contradice directamente una norma preceptiva, sino también cuando entra en conflicto con un principio o con una norma programática. En segundo lugar, que la Corte Constitucional es competente para decidir sobre la legitimidad constitucional de cualquier ley, poco importa se es anterior o sucesiva a la Constitución.” GUASTINI. La 'constitucionalización'... *Op. cit.*, p. 167.

até que se pudesse identificar uma clara opção por fortalecer a atuação jurisdicional pela via difusa, numa repartição de tarefas entre Corte Constitucional e juízos ordinários.

Preocupada em garantir que a Constituição adentrasse definitivamente na ordem jurídica, influenciando com seus valores a interpretação das normas legais, a Corte começou a levar a extremos as possibilidades hermenêuticas, sempre com o propósito de melhor acomodar a normativa legal ao plano constitucional. Assim é que, já há alguns anos, variados julgados expressam a premissa de que “(...) le leggi non si dichiarano incostituzionali se esiste la possibilità di dare loro un significato che le renda compatibili con i precetti costituzionali.”³¹⁷

Em um primeiro momento, esta convicção foi conjugada à necessidade de ampliar a força vinculante de suas decisões, ainda na esteira do processo de afirmação dos poderes da Corte. Este movimento deu vida à prática das *sentenças interpretativas*, expressão que denomina um conjunto de técnicas de decisão que se presta a alargar as possibilidades hermenêuticas de análise dos textos legais e constitucional, além de incrementar a força vinculante de suas sentenças.

A manifestação acerca da constitucionalidade de uma lei submetida à Corte Constitucional italiana somente possui eficácia *erga omnes* quando reconhecida sua invalidade, deixando o ato normativo de ser aplicável a partir do dia seguinte à publicação da sentença.³¹⁸ Por outro lado, quando rejeita a provocação acerca da inconstitucionalidade, entendendo ausentes quaisquer elementos que permitam identificar a nulidade da norma, sua decisão não se reveste de eficácia geral, de modo que novos *giudizi di illegittimità* podem ser propostos.³¹⁹ Como pondera Laura Sturlese, “Esta alternativa rígida ha creado numerosas

³¹⁷ Máxima sustentada, por exemplo, na *Sentenza* 85/2007. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 20 mai. 2008. Sobre o tema trata LUCIANI, Massimo. Le funzioni sistemiche dalla Corte Costituzionale, oggi, e l’interpretazione ‘conforme a’. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitário e comparato*. n. 4, 2007. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 08 ago. 2012.

³¹⁸ Assim dispõe a Constituição Italiana:

Art. 136.

Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

Interessante notar que se admite, por intermédio de revisão constitucional (na forma prevista no artigo 138 da Constituição Italiana), afastar da ordem normativa maior a incompatibilidade, permitindo à lei já reputada inconstitucional readquirir validade. Assim se lê em explicações disponibilizadas pela própria Corte acerca de seu funcionamento. *Cos’è la Corte Costituzionale Italiana*. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 13 out. 2005.

³¹⁹ STURLESE, Laura. Tribunal Constitucional y Sistema Institucional Italiano. *Justicia Constitucional Comparada*. Organización do Instituto de Investigaciones Jurídicas del Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.p. 174.

dificultades al Tribunal cuando los casos concretos que le fueran sometidos eran particularmente complejos, por razones institucionales y a veces ‘políticas’”.³²⁰

Assim, com o propósito de suplantar isto que a Corte entende como uma limitação ao seu atuar, passou a desenvolver um conjunto variado de técnicas de julgamento com a finalidade de ampliar a autoridade e a vinculação a suas decisões.³²¹ São pronunciamentos que, ultrapassando de longe a ideia de um *legislador negativo*, procuram construir um novo perfil para o controle de constitucionalidade. Aí entram as sentenças *aditivas*, onde, por meio de *interpretação conforme a constituição*, *inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*, *modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade* e outros métodos decisórios, os juízes constitucionais constroem o direito e dão forma à Constituição por meio de uma atividade eminentemente interpretativa.

Um exemplo desta prática são as *sentenças interpretativas de admissão*, por meio das quais uma interpretação específica, que poderia ser atribuída à norma sob análise, é reputada inconstitucional e, portanto, nula, restringindo-se a amplitude dos significados que podem ser extraídos do texto legal. Semelhante decisão, por afirmar, em certa medida, uma inconstitucionalidade, reveste-se de eficácia geral e vinculante.³²²

No correr dos anos 1980, a Corte começou a estimular um diálogo mais estreito com os juízes ordinários, passando a aceitar que estes também participassem do processo interpretativo constitucional, no que se convencionou denominar a *dottrina del diritto vivente*. Novas formas de sentenças interpretativas entraram em cena, agora não apenas com o propósito de aumentar a força vinculante de suas decisões, mas, principalmente, de conceder espaços para a manifestação dos demais órgãos julgadores. Vários de seus pronunciamentos passam, então, a ter por finalidade consolidar entendimentos construídos nos tribunais, mediante *decisões corretivas*, com as quais busca identificar, dentre as variadas interpretações forjadas em outras instâncias jurisdicionais, a que lhe pareça mais adequada.³²³ Por estas manifestações evidencia-se o relacionamento da Corte com os juízes ordinários, já que

³²⁰ STURLESE. Tribunal Constitucional y Sistema Institucional Italiano. *Op. cit.*, p. 174.

³²¹ Como explica Guastini, as sentenças interpretativas referem-se: “(...) a toda decisión de la Corte que no versa directamente sobre una disposición legislativa, es decir, sobre el texto de la ley en cuanto tal, sino, en lugar de ello, sobre una - una sola - de las normas expresadas por el texto y, por lo tanto, sobre una de sus posibles interpretaciones (...)” GUASTINI. La ‘constitucionalización’... *Op. cit.*, p. 170-171.

³²² FAVOREU. *As Cortes Constitucionais*. *Op. cit.*, p. 86.

³²³ FLICK, Giovanni Maria. I sessant’anni della Costituzione Italiana. Una riflessione sul passato, un progetto per il futuro. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*. n. 11, 2008. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 08 mai. 2012. p. 9-11.

algumas formas de decisão podem conferir maior ou menor liberdade a esses últimos, na medida em que os vinculam a um posicionamento ou lhes garante liberdade para decidir.

Outra medida relevante adotada pela Corte italiana no final da década de 1980, em grande parte motivada pela premência em abreviar o tempo de tramitação dos processos, foi a fixação de critérios mais rígidos para admissão do *giudiziodilegittimità in via incidentale*³²⁴, com o que se buscou, obviamente, restringir a quantidade de questões que lhe chegam por este caminho. Além de contribuir para agilizar os trabalhos da Corte, as medidas adotadas tiveram a consequência positiva de instigar os juízes a explorar, em máxima medida, as possibilidades interpretativas, buscando adequar as normas legais aos parâmetros constitucionais, em uma postura assemelhada àquela adotada na mesma época por seus pares espanhóis.³²⁵

Mas a experiência por certo mais marcante dentre as várias medidas incorporadas à jurisdição constitucional italiana é a outorga expressa de poderes aos juízes ordinários para analisar a constitucionalidade de normas oriundas do Direito Europeu.

Em pronunciamento realizado em 1975, a Corte assentou que existem diferentes esferas de competência a serem preenchidas pelas leis nacionais e comunitárias, de sorte que eventuais conflitos entre estas podem acontecer.³²⁶ Nestas hipóteses, a incompatibilidade entre os diferentes planos normativos representaria violação à regra do artigo 11,³²⁷ da Constituição Italiana, visto que desta se extrai norma de repartição de competências, abrangendo a relação entre os ordenamentos interno e comunitário.

Anos depois, já assentada aquela premissa, ao proferir a *Sentenza* n.º 170, de junho de 1984, a Corte deu importante passo em direção a uma verdadeira reestruturação da jurisdição constitucional italiana. Nesta oportunidade, os juízes constitucionais reconheceram que a tarefa de verificar a compatibilidade entre normas de direito comunitário e de direito interno caberia aos julgadores ordinários, confiando-lhes a prerrogativa de negar aplicabilidade à norma nacional sempre que conflitante com norma europeia,

³²⁴ Instrumento utilizado pelo juiz ordinário quando entende necessária a análise de uma questão constitucional pela Corte especializada como requisito para resolução de uma causa equivalente ao recurso de amparo espanhol.

³²⁵ Este dado foi destacado, no ano de 2005, por Valério Onida, então presidente da Corte italiana, por ocasião do comunicado anual que este órgão faz à imprensa. ONIDA, Valerio. *La Giustizia Costituzionale nel 2004*. Introduzione del presidente Valerio Onida. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 16 set. 2014. p. 9.

³²⁶ *Sentenza* n.º 232, de 22 de outubro de 1975. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 20 set. 2005.

³²⁷ Art. 11.

L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; *consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo. (grifou-se)

independentemente de provocação da Corte.³²⁸ Logo no ano seguinte, esta teve a oportunidade de reiterar seu ponto de vista, afirmando, na *Sentenza* n.º 113, de 1985, a imediata aplicabilidade das regras comunitárias e a competência dos juízes ordinários para aferir sua compatibilidade com a ordem jurídica interna, a justificar a rejeição do *giudiziodilegittimitàcostituzionale* manejado com esteio na violação da regra do artigo 11, da Constituição Italiana.³²⁹

Ao adotar semelhante procedimento, a Corte foi gradualmente conferindo aos juízes ordinários a prerrogativa de realizar, com quase exclusividade, o controle da compatibilidade entre os planos normativos, em uma atuação grandemente identificada com um *controle de constitucionalidade em via difusa*, nos moldes norte-americanos. Nas palavras de Guastini, “(...) selon la Cour constitutionnelle, les lois incompatibles avec les règlements communautaires (...) ne sont ni abrogées ni invalides, mais sont, au contraire, inapplicables par les juges nationaux (...)”. Desta sorte, “(...) les juges ordinaires se voient confier une sorte de contrôle diffus de la conformité du droit interne au droit communautaire.”³³⁰

LuisaAzzena informa que esta postura coaduna-se com o entendimento defendido pela Corte Europeia de Justiça, a qual se mostra pouco favorável à exclusividade do controle concentrado como caminho para dirimir, no plano interno, os conflitos entre ordens jurídicas nacional e comunitária. Tendo por premissa, sobretudo, a dificuldade de acesso aos Tribunais Constitucionais (especialmente face à pequena quantidade de legitimados) e a demora na solução das questões que lhe são propostas, a Corte Europeia advoga uma ampliação dos poderes dos juízes nacionais para dirimir os conflitos, conferindo plena e imediata aplicabilidade ao direito europeu.³³¹

Semelhantes exemplos evidenciam a tese da aproximação entre modelos historicamente dissociados de jurisdição constitucional, erigindo-se na Europa, já há cerca de três décadas, um sistema que claramente conjuga elementos das tradições norte-americana e

³²⁸ *Sentenza* n.º 170, de 05 de junho de 1984. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 20 set. 2012.

³²⁹ *Sentenza* n.º 113, de 19 de abril de 1985. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 20 set. 2012. Lê-se na *Sentenza* n.º 168, de 18 de abril de 1991: “L’effetto di tale diretta applicazione (...) non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest’ultima da parte dei giudice nazionale al caso di specie, oggetto della sua cognizione, che pertanto sotto tale aspetto è attratto nel plesso normativo comunitario.” Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 20 set. 2012.

³³⁰ GUASTINI, Riccardo. La Primauté du Droit Communautaire. Une révision tacite de la Constitution italienne. *Cahiers du Conseil Constitutionnel*. n. 9, mars/septembre 2000. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc9/guastini.htm> Acesso em 23 nov. 2012.

³³¹ AZZENA, Luisa. Prospettive Evolutive in Tema di Applicazione del Diritto Europeo e Ruolo dei Giudici Nazionali. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 02 jun. 2012. p. 4-6.

européia. Diante de uma compreensão diferenciada acerca do papel das Constituições, os órgãos de atuação jurisdicional têm assumido novas funções, em um claro reconhecimento de que a jurisdição constitucional não se presta apenas para o controle da validade das leis. Dar vida a direitos fundamentais, funcionar como instância de diálogo social, aproximando a Constituição da vida cotidiana, são tarefas que se somam ao rol de responsabilidades dos seus guardiões. E estes, por seu turno, não se têm furtado de se aproximar mais e mais da sociedade, abrindo-se ao diálogo por intermédio de uma instância que as teorias democráticas vislumbram e a teoria do neoconstitucionalismo destaca: o processo judicial desenvolvido nas vias difusas para exercício da jurisdição constitucional.

Não se entenda, com a defesa aqui feita do sistema difuso, que o concentrado deva ser repudiado a qualquer custo. Em verdade, a coexistência dos modelos tem se mostrado possível, como o evidenciam as experiências brevemente descritas de dois países que sequer preveem em suas ordens jurídicas positivas o exercício da jurisdição constitucional pela via difusa.

Conclusão

Os sistemas de jurisdição constitucional pela via difusa funcionam como um excelente espaço para se instaurar uma relação comunicativa entre juízes ordinários e Cortes Constitucionais, numa dimensão colaborativa. E o processo em curso de aproximação entre os sistemas europeu e norte-americano tende a permitir o aproveitamento dos melhores elementos de cada um.

Como destacado anteriormente, no Brasil está em curso uma marcha firme no sentido de sufocar a jurisdição constitucional pela via difusa, exaltando um pretense modelo europeu de controle concentrado que, como visto, há muito renunciou à sua ‘pureza’.

Em verdade, no cenário do atual constitucionalismo, diante da crescente imbricação entre o horizonte constitucional e a vida social, a demandar uma constante preocupação em conferir efetividade aos direitos fundamentais constitucionais, instâncias procedimentais como aquelas encontradas no Poder Judiciário não podem ser restritas. E, como lembra Paulo Bonavides, o sistema de controle difuso de constitucionalidade é, por natureza, “(...) mais largo, mais aberto, mais chegado à concretização de uma ‘democracia jurídica’”.³³²

³³² BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 308.

O que se passa na Europa de hoje deve servir de exemplo para o Brasil e sua Corte Suprema que, embora sempre busque se abeberar das experiências forjadas no Velho Continente, não tem dado muita atenção a esta valorização do controle difuso de constitucionalidade. Tema que, como visto, não é propriamente novo, mas fruto de um processo que se desenvolve desde os anos 1980 e que, curiosamente, não mereceu atenção por parte da teoria e da prática constitucional brasileira.

Num momento em que o sistema difuso de jurisdição constitucional encontra-se sob tão cerrado ataque, seria extremamente relevante se as lições construídas em outros países fossem consideradas e debatidas, de preferência antes deste modelo ser definitivamente abandonado em favor do controle exclusivamente concentrado, que a experiência europeia mostrou ser insuficiente ao atendimento das necessidades criadas por Constituições como a que o Brasil promulgou em 1988.

Não se pretende fechar os olhos para os problemas que este sistema apresenta. Uma Suprema Corte que, em período recente no Brasil, chegou a julgar cerca de 100.000 processos por ano não pode funcionar bem e, certamente, precisa contar com mecanismos que filtrem a chegada de tantos casos. Isto, contudo, deve ser feito sem levar à aniquilação do controle difuso, sem tolher a liberdade interpretativa dos juízes ordinários, sem concentrar nos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal a tarefa de, sozinhos, fixarem os conteúdos normativos da Constituição.

Neste turno, cumpre lembrar o alerta de Paulo Bonavides, reflexo de sua preocupação com a busca por legitimidade para o agir judiciário:

Efetivamente, esvaziar também e desfazer no país a instância inferior de controle difuso de constitucionalidade em proveito da instância superior de controle concentrado, é, agora, outra forma lesiva e subreptícia de convelir o teor democrático que possam ter as estruturas internas do Poder Judiciário. E, do mesmo modo, diminuir e apoucar seu pluralismo, sua diversificação, seus distintos graus decisórios, seus patamares hierárquicos de legitimação; enfim, é concentrar nas esferas centrais do Judiciário capacidade resolutive dos conflitos constitucionais, com abalo à segurança, às expectativas e à confiança dos jurisdicionados (...)³³³

A necessidade de oferecer à sociedade mais e melhores mecanismos por meio dos quais possa formular suas manifestações, debatendo publicamente suas carências quanto à tutela de direitos fundamentais, indica que instâncias mediadoras como a que se identifica no processo judicial precisam ser valorizadas. A realidade do constitucionalismo nos dias

³³³ BONAVIDES. *Teoria Constitucional...* Op. cit., p. 308.

presentes demanda a ampliação do acesso à jurisdição constitucional, de modo a aproximá-la da sociedade.

Fechar esta importante via comunicativa, por cujo intermédio é possível levar aos espaços públicos de debate tantos problemas que cotidianamente se acumulam, não é uma solução que se coadune com o ideal democrático que norteia a nação. Uma democracia participativa, que valoriza o debate social e a formação de consensos que respeitem as diferenças, permitindo a convivência na diversidade, precisa contar com canais institucionais como o encontrado no sistema difuso de jurisdição constitucional. O Brasil já conta com este instrumento, inscrito na tradição constitucional do país há mais de um século. Resta conservá-lo e valorizá-lo, reconhecendo-lhe as potencialidades transformadoras que o cenário do constitucionalismo democrático atual lhe confere.

Referências

- AZZENA, Luisa. Prospettive Evolutive in Tema di Applicazione del Diritto Europeo e Ruolo dei Giudici Nazionali. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*.n. 11, 2005. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 02 jun. 2012.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. in *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baben-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria*.Madrid: Civitas, 1990.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006.
- ESPARZA, Julio Muerza. *La Especial Transcendencia Constitucional*.Disponível em <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/786/tribunal/la-especial-transcendencia-constitucional> Acesso em 20 nov. 2012.
- FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FLICK, Giovanni Maria. I sessant'anni della Costituzione Italiana. Una riflessione sul passato, un progetto per il futuro. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*. n. 11, 2008. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 08 mai. 2012.

GUASTINI, Riccardo. La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *Estudios de Teoría Constitucional*. Trad. José María Lujambio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

GUASTINI, Riccardo. La Primauté du Droit Communautaire. Une révision tacite de la Constitution italienne. *Cahiers du Conseil Constitutionnel*. n. 9, mars/septembre 2000. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc9/guastini.htm> Acesso em 23 nov. 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Da Necessidade de Transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br> Acesso em 13 mai. 2012.

LUCIANI, Massimo. Le funzioni sistemiche dalla Corte Costituzionale, oggi, e l'interpretazione 'conforme a'. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*. n. 4, 2007. Disponível em <http://www.federalismi.it> Acesso em 08 ago. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentativa do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ONIDA, Valerio. *La Giustizia Costituzionale nel 2004*. Introduzione del presidente Valerio Onida. Disponível em <http://www.cortecostituzionale.it> Acesso em 16 set. 2014.

ROLLA, Giancarlo. Juicio de Legitimidad Constitucional en Vía Incidental y Tutela de los Derechos Fundamentales. *Revista Estudios Constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. n. 1, ano 2, 2004. Santiago: CECOCH.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

STURLESE, Laura. Tribunal Constitucional y Sistema Institucional Italiano. *Justicia Constitucional Comparada*. Organização do Instituto de Investigaciones Jurídicas del Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

TREMPS, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO Y PENSIONES EN LA UNION EUROPEA

THE NECESSARY BALANCE BETWEEN EMPLOYMENT AND PENSIONS POLICY IN EUROPEAN UNION

Francisca Moreno Romero³³⁴

Extracto: Desde hace algunos años los Estados de la UE han comenzado a implantar importantes reformas paramétricas en la ordenación de los sistemas de pensiones y singularmente en la jubilación y que vienen exigidas, entre otras razones, por el envejecimiento de la población y el impacto que provocará en los sistemas de pensiones la llegada de la generación del *baby boom*. En este proceso reformador, se ha generado un amplio consenso acerca de la trascendencia del mantenimiento del empleo de los trabajadores de mayor edad, hasta tal punto que de ello depende la efectividad de las reformas de la jubilación y su impacto sobre la viabilidad y sostenibilidad de los sistemas de pensiones. Las instituciones de la Unión Europea, no solo han visto con claridad la problemática que plantean ambas materias –empleo y pensiones– y sus importantes efectos en todos los ámbitos, sino que han decidido actuar en paralelo e impulsar las reformas mediante la aplicación del Método Abierto de Coordinación (MAC). Todos estos aspectos son analizados en el trabajo en un espacio temporal que concluye con el Libro Blanco (UE-2012), para finalmente proceder a reflejar la huella de las recomendaciones y objetivos de la UE en la política reformista español.

Palabras clave: políticas de empleo y políticas de pensiones (unión europea), método abierto de coordinación, jubilación, envejecimiento activo, reforma de la jubilación en España, tasas de dependencia.

Abstract: Some years ago, the EU States have begun to implement important parametric reforms in the management of the pension systems and singularly in retirement and that are

Artigo recebido em 26/04/2015

³³⁴ Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid – UCM (España). Coordinadora del Título de Experto em Seguridad Social de la UCM.

required, among other reasons, by the aging of the population and the impact that will result in the pension systems the arrival of the *baby boom* generation. In this process reformer, has generated a broad consensus on the importance of the maintenance of employment of older workers, so much so, that it depends on the effectiveness of the reforms of the retirement and their impact on the viability and sustainability of pension systems.

The institutions of the European Union, have not only seen with clarity the problems posed by both materials - employment and pensions, and its important effects in all areas, but have decided to act in parallel and drive the reforms through the implementation of the Open Method of Coordination (OMC).

All of these aspects are analyzed in this work in a temporary space that concludes with the White Paper (EU-2012), to finally come to reflect the footprint of the recommendations and objectives of the EU in the Spanish reformist policy.

Keywords: employment policies and pension policies (European Union), OMC, retirement, active aging, retirement reform in Spain, dependency ratios.

I. Introducción

Desde hace algunos años los Estados de la UE han comenzado a implantar importantes reformas paramétricas en la ordenación de los sistemas de pensiones y singularmente en la jubilación, que es el instituto de mayor importancia cuantitativa y cualitativa. Reformas que vienen exigidas, entre otras razones, por el envejecimiento de la población y el impacto que provocará en los sistemas de pensiones la llegada de la generación del *baby boom*.

En este proceso reformador, que singularmente se ha centrado en la elevación de las edades de jubilación hasta situarlas en el entorno de los 67 años, se ha generado un amplio consenso³³⁵ acerca de la transcendencia del mantenimiento del empleo de los trabajadores de

³³⁵ P. VERKINDT, *La réforme des retraites. Entre le clair et l'obscur*, Droit social, num.3, 2011, pág. 256 "...el problema de las edades mínimas de jubilación es sólo la punta del Iceberg pero su masa principal esta en otro lado, de hecho, principalmente en la mejora de las condiciones de trabajo y ocupación, en especial de los empleados mayores". Igualmente y coincidiendo en el diagnóstico, M. FUCHS, *La reforma de las pensiones en Europa*, VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, sobre "La Reforma de las pensiones", 9 y 10-VI-2011, publicado en CD, Ediciones Laborum, Isbn: 978-84-92602-37-7, advierte que "La política de empleo debe ser, por lo tanto, un componente importante de las reformas de los sistemas de pensiones en Europa." Pág. 28. En el mismo sentido, J.L. TORTUERO PLAZA, *La reforma de la jubilación y sus condicionantes (Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social)*, VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, sobre "La

mayor edad, lo que se ha venido a denominar el envejecimiento activo. Incluso, desde una perspectiva más amplia, quedaría entroncado en una nueva perspectiva de los “ciclos vitales del trabajador”³³⁶. Hasta tal punto es importante la elevación de las tasas de ocupación de los trabajadores con edades comprendidas entre los 55 y 65 años, que de ello depende la efectividad de las reformas de la jubilación y su impacto sobre la viabilidad y sostenibilidad de los sistemas de pensiones.

No cabe duda, por tanto, que las políticas de pensiones y las políticas de empleo son las dos caras de una misma moneda, en el sentido de que causas, medidas y efectos, quedan íntimamente interrelacionadas por un alto nivel de dependencia³³⁷.

Las instituciones de la Unión Europea, no solo han visto con claridad la problemática que plantean ambas materias –empleo y pensiones- y sus importantes efectos en todos los ámbitos, sino que han decidido actuar en paralelo, o mejor dicho, conectando o interrelacionando las actuaciones en materia de políticas de empleo de trabajadores de mayor edad y en las políticas de pensiones. La cuestión era clara, los problemas son comunes a todos los Estados y las soluciones deben ser compartidas.

El problema era cómo actuar respetando el orden competencial establecido en el Tratado³³⁸. La solución se impuso en la Cumbre de Lisboa mediante la aplicación del Método Abierto de Coordinación (MAC) que es concebido como un método flexible de gobernanza, mediante el cual se fijan objetivos, se promueve una mayor convergencia y se divulgan buenas prácticas³³⁹. Todo ello sin desafiar el principio atributivo, de forma que no se distribuyen competencias, ni crea nuevas franjas de actuación y se respeta el principio de subsidiaridad. Dicho en otros términos, el MAC no altera la titularidad de las competencias ni

Reforma de las pensiones”...cit, quien afirma refiriéndose a la reforma española que “el éxito de la reforma está fuera de la reforma. Por un lado, depende del sistema productivo, en el entendimiento de que genere empleo estable y suficiente en todas las franjas de edad y singularmente, el mantenimiento del empleo hasta la edad de jubilación...” (Pág.182).

³³⁶ Por todos, J.L. MONEREO PEREZ, *Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante*, Revista Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. Extraordinario 74, 2008, Págs. 49-134.

³³⁷ M. FUCHS, *La reforma de las pensiones en Europa*,...cit. “...La consideración de estos dos aspectos es indispensable si consideramos en serio la observación que la adecuación y la sostenibilidad son las dos caras de una misma moneda”, pag.28. En el mismo sentido, J.L. TORTUERO PLAZA, (*La reforma de la jubilación y sus condicionantes Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social*),... cit. “políticas de empleo de trabajadores de mayor edad, que constituyen la otra cara de la moneda y condicionan la efectividad de la misma reforma.”, Pág. 173

³³⁸ J. CABEZA PEREIRA, *Estrategia europea, Estado Autonómico y política de empleo*, en AAVV., Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Laborum, Murcia 2007, al advertir sobre “... su utilización en aquellas materias en que no es posible la acción comunitaria clásica por existir una fuerte oposición...” Pág. 29

³³⁹ Un análisis detenido y exhaustivo de la conformación del MAC en J. M. MIRANDA BOTO, *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Aranzadi-Thomson, Pamplona. 2009, Págs. 333 a 364.

de su ejercicio³⁴⁰, sino que opera sobre la base del reconocimiento y del respeto de las competencias de los Estados³⁴¹.

Sin perjuicio del orden competencial impuesto por el sistema de la “unanimitad” en la toma de decisiones³⁴², la coordinación se caracteriza por una “huida del derecho en sentido estricto”³⁴³ y el uso predominante de instrumentos no vinculantes jurídicamente, sino en una dimensión política. En definitiva, constituye un elemento más en la expansión del denominado *softlaw*. No obstante, con la peculiaridad de que el MAC ofrece un cierto margen de actuación coordinada a nivel comunitario.

Una de las singularidades del MAC radica en el conjunto de instituciones que intervienen, el Consejo, la Comisión, el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, lo que refrenda su importante significación política.

Sin perjuicio del paralelismo, la interconexión y dependencia existentes entre las políticas de empleo y de pensiones, es destacable la mayor reticencia histórica a las actuaciones en materia de pensiones y singularmente la ausencia de fondos de apoyo para la ejecución de políticas concretas, como ocurre en materia de empleo a través, entre otros, del Fondo Social Europeo³⁴⁴.

Finalmente, podríamos decir que el MAC se sustenta en los preceptos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en los diseños realizados por el Consejo de

³⁴⁰ Cfr. N. M. MARTÍNEZ YAÑEZ, *La Coordinación de las políticas de empleo a la luz del Tratado de Lisboa*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 92, 2011,: “En efecto, el artículo 2.3 TFUE dice que “los Estados Miembros coordinarán sus políticas económicas y de empleo según las modalidades establecidas en el presente Tratado, para cuya definición la Unión dispondrá de competencia”. Como se ve las competencias en materia de empleo siguen siendo las mismas desde que el Tratado de Amsterdam introdujese un sistema de coordinación liderado por las instituciones comunitarias. Es decir, los Estados Miembros conservan intacta sus soberanía en materia de empleo, pero al mismo tiempo se ven obligados a cumplir las directrices marcadas por la Unión Europea, a fin de que sus políticas de empleo se articulen en torno a unos principios y objetivos comunes”. Págs. 237-354.

³⁴¹ M. ROBLES CARRILLO, *El Método abierto de coordinación: una técnica original de acción europea*, Gaceta jurídica de la Unión Europea, 239, 2005, Pág. 9

³⁴² J.M. MIRANDA BOTO, *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, con claridad afirma en este orden que “...no puede ser casual que el método abierto de coordinación haya hecho su aparición en el ámbito del empleo y de la protección social”, Pág. 343

³⁴³ P. OLIVELLI, *Diritti sociali e Metodo di Coordinamento aperto in Europa*, ADL, 2, 2002, Pág.323. La afirmación es coincidente en la doctrina, entre otros, J. CABEZA PEREIRA, *Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo...* cit, al constatar “su utilización frente a la acción comunitaria clásica...” Pág. 29, y F. VALDES DAL-RE, *SoftLaw. Derecho del trabajo y orden económico globalizado*, Revista de Relaciones Laborales, T.I, 2005, al afirmar que “...el MAC y el arsenal de actos del softlaw que lo instrumentan ponen en crisis las funciones mas típicas y tradicionales del derecho del trabajo” Pág. 47

³⁴⁴ Cfr. V. PÉREZ MENAYO, *El método abierto de coordinación en la Unión Europea: su aplicación a las pensiones*, [Noticias de la Unión Europea](#), ISSN 1133-8660, [nº 222, 2003](#) , págs. 51-64, cit.: “Desde el principio de los debates, la mayoría de los Estados Miembros se han pronunciado con cautela, aunque con intensidades diversas, para salvaguardar el principio de subsidiariedad y las competencias nacionales en materia de protección social. Esta apreciación tiene su propia lógica: frente a la Estrategia Europea de Empleo que cuenta con financiación comunitaria a través de los Fondos Estructurales (...) las políticas de protección social se financian con los presupuestos nacionales de cada Estado miembro, sin contribución financiera alguna”. Pág. 62

Europa que efectúa a propuesta de la Comisión. Precisamente por ello es de especial interés el estudio de la documentación europea, en un doble sentido, por un lado, para identificar y analizar los objetivos propuestos y el hilo conductor de las medidas de actuación y, por otro, para perfilar la construcción progresiva del sistema de aplicación³⁴⁵.

En este orden, el trabajo que se realiza pretende diversos objetivos. Por un lado, situar la problemática demográfica y su impacto en los sistemas de pensiones, así como los niveles de ocupación de los trabajadores de mayor edad, lo que permitirá enmarcar el estado de la cuestión. Por otro, analizar las actuaciones de las distintas instituciones de la UE en las políticas de empleo de los trabajadores de edad avanzada y en las políticas de pensiones, en el marco del método abierto de coordinación. Finalmente, se pretende destacar aquellos elementos que constituyen los puntos de inflexión de ambas políticas, en el sentido de que constituyen las claves para su efectividad singular y coordinada.

Por último, se procederá a reflejar la huella de las recomendaciones y objetivos de la UE en la política reformista española, centrandó el estado de la cuestión en materia de empleo y pensiones para adentrarnos en el impacto de la Ley 27/2011 y en la Estrategia 55 y más.

II. La Demografía como Elemento Transversal de las Políticas de Jubilación y Empleo

La demografía europea y sus peculiaridades actuales –siendo su principal rasgo el envejecimiento de la población- ocupan un lugar preeminente en todo aquello que tenga que ver con la política institucional europea en relación con las políticas de jubilación y las políticas de empleo. Es decir, no existe dictamen, resolución, decisión... de las instituciones europeas en este ámbito de trabajo que no analice en mayor o menor medida la situación demográfica de Europa y sus proyecciones a medio-largo plazo.

De este modo, y siendo el objetivo de este trabajo analizar tanto unas políticas, las de pensiones, como las otras, las de empleo, en el ámbito europeo se hace imprescindible realizar una fotografía del panorama demográfico de nuestro continente.

Así, iniciamos este análisis a partir de dos variables que resumen el reto demográfico: la primera de ellas, el progresivo y constante crecimiento del número de beneficiarios que acceden a la jubilación unido a un mayor número de años en los que disfrutan de esta prestación, gracias a una esperanza de vida que ha aumentado

³⁴⁵ Así lo advierte específicamente, J. M. MIRANDA BOTO, *Las competencias de la Comunidad Europea...* cit., Pág. 364

considerablemente en los últimos años³⁴⁶. En segundo lugar, la divergencia entre la edad legal de jubilación establecida por los diferentes Estados miembros y la edad real en que ésta se produce.

1. Aumento del número de beneficiarios de la pensión de jubilación y mayor permanencia.

En 1960, los europeos tenían una esperanza de vida de 67 años si eran hombres y de 73 años para el caso de las mujeres; en datos del año 2009 esta esperanza se ha incrementado en casi diez años para ambos sexos (los hombres viven de media hasta los 76,4 años y las mujeres hasta los 82,4). Dicho esto, entre los Estados miembros se observan importantes diferencias: los países que mejores datos presentan en relación con la esperanza de vida son: España (hombres 78,7 y mujeres 84,9 años), Francia (78 años para hombres y 85 para mujeres) e Italia (79,1 años y 84,5 en mujeres); en el otro extremo, los países que poseen una esperanza de vida más baja, encontramos a Lituania -con una media de 67,5 años para los hombres y 78,7 años para las mujeres-, Rumania, -69,8 para los primeros y 7,4 años para las segundas- y Bulgaria -70,1 años y 77,4 para hombres y mujeres, respectivamente-³⁴⁷.

La situación descrita conlleva un creciente disfrute temporal de la pensión respecto al periodo en el que se planificaron los actuales sistemas de pensiones. Incremento que se elevará aun más en el escenario paradigmático del año 2050.

Este aumento del número de años en los que los individuos perciben la pensión de jubilación, si bien un éxito social, agrava la situación de cara a la actual configuración de los sistemas de pensiones ya que en Europa están llegando a la edad pensionable las generaciones del *baby boom* –los nacidos después de la II Guerra Mundial, entre 1946 y

³⁴⁶Al hilo de este crecimiento demográfico y su impacto sobre el mercado laboral, así como sobre los sistemas de pensiones europeos y en relación con el análisis de estas políticas que veremos mas adelante, es interesante la opinión de László Andor. Al presentar el nuevo informe en la reunión ministerial informal sobre Demografía y Política Familiar en Budapest, el Comisario Europeo de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión,... declaró: “La esperanza de vida está aumentando, mientras que la fuerza de trabajo en Europa está disminuyendo y en algunos Estados miembros esto está pasando muy rápidamente. Tenemos que adaptar nuestras políticas para promover una mejor conciliación entre la vida familiar y la laboral, para que los padres puedan tener hijos y trabajar. Tenemos que diseñar políticas para alentar a los europeos a permanecer activos más tiempo. La estrategia Europa 2020 de la UE ofrece el marco para avanzar en la creación de empleo y la reducción de la pobreza, pero para hacer frente al reto demográfico tenemos que definir bien nuestras prioridades en áreas como la salud, la migración y las políticas regionales”. En el Informe *La población de la UE: más mayor y más diversa, según el nuevo Informe sobre demografía* IP/117391, Bruselas, 1 de abril de 2011.

³⁴⁷ Datos obtenidos a partir de *Demography Report 2010, “Older, more numerous and diverse Europeans”*, Commission Staff Working Document. European Commission. Eurostat, the Statistical Office of the European Union, Unit. F.1. Manuscript completed in March 2011.

1964-, aumentando de manera considerable el número de perceptores. En España, sin embargo, estas generaciones llegarán algo más tarde, dado que nuestro país registra un mayor número de nacimientos, *baby boom*, entre los años 1957 y 1977, con lo que se retrasará aproximadamente diez años, manifestándose a partir de 2022.

Todo lo dicho es suficiente para aproximarnos al escenario europeo y el denominado reto demográfico, no obstante, no son los únicos parámetros a tener en cuenta. Este reto se ve influenciado, a su vez, por una baja tasa de natalidad que no garantiza el relevo generacional en los términos exigidos para el adecuado mantenimiento del sistema. Es decir, si en la actualidad nuestros sistemas de pensiones se ven nutridos de suficientes activos -en concreto, cuatro por cada pensionista- respecto de la población pasiva y con ello la ratio activos-pasivos garantiza la financiación del sistema, los datos poblacionales recogidos así como la tasa de fertilidad europea (situada en 1,51 hijos por mujer en el año 2009), informan de que esa ratio pasará a ser de dos activos por cada pasivo en el año 2050, y por tanto con serias dificultades para su sostenibilidad.

2. Las tasas de empleo de los trabajadores de mayor edad: distorsión entre la edad legal de jubilación y la de expulsión del mercado de trabajo.

Para finalizar este análisis genérico de la situación, no ha de pasarse por alto el importante dato de la edad real de salida del mercado de trabajo, la cual dista de forma sustancial de la edad legal establecida por los Estados para el inicio del disfrute de la jubilación. De hecho se ha convertido en un parámetro fundamental a tener en cuenta por las modificaciones a llevar a cabo en las pensiones dado su carácter esencial en la consecución de la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social europeos.

Las diferentes fórmulas de jubilación anticipada existentes en el panorama del mercado de trabajo europeo se han convertido en la principal razón de ese distanciamiento entre la denominada “edad real” y la “edad legal” de jubilación.

Acompañando a esta circunstancia y explicándola en parte, aparecen los datos de las tasas de empleo de los trabajadores de mayor edad en los diferentes países de la Unión Europea. Partiendo del objetivo planteado por la Estrategia de Lisboa que pretendía una tasa de empleo para el colectivo de personas entre los 55 y los 64 años, del 50% para el año 2010, se constata que aquél no ha sido alcanzado. A pesar de que la tasa de empleo para los

trabajadores de mayor edad en la Unión Europea de los 27 ha pasado del 46% en 2009 al 46,3% en 2010, es evidente que el pretendido objetivo queda lejos de la realidad.

Claro está, las situaciones entre los Estados miembros acogen grandes diferencias. Los datos más positivos en cuanto a tasa de empleo de este colectivo los ofrece Suecia (70,5%), Alemania (57,7%) y Dinamarca y Reino Unido, ambos países con una tasa que supera el 57%. Al margen de éstos, únicamente cumplirían con el objetivo marcado por la Estrategia de Lisboa cinco países más, a saber, Chipre (56,8%), Finlandia (56,2%), Estonia (53,8%), Países Bajos (53,7%) e Irlanda (50,0%).

En el otro extremo, esto es, los que no sólo no alcanzan o superan el objetivo sino que están muy alejados de él nos encontramos a Italia (36,6%), Eslovenia (35,0%), Hungría (34,4%), Polonia (34,0%) y Malta (30,2%).

España se mantiene en la parte central de la tabla, con una tasa de empleo inferior a la del año 2009, situada en un 43,6% y conformando, junto a otros diez Estados miembros el grupo de aquéllos que disminuye su tasa de empleo para trabajadores de mayor edad de 2009 a 2010, al contrario que la media de la Unión Europea³⁴⁸.

Esta es una realidad, más o menos generalizada que condiciona notablemente las políticas de reformas paramétricas. Posiblemente por ello, parece que las medidas reformistas de los sistemas de pensiones europeos deben ir encaminadas, entre otras cuestiones, a igualar las dos edades, y con ello conseguir dos objetivos: por un lado, un mayor número de años de cotización de los individuos al permanecer más tiempo activos, que garantiza una importante aumento de cotizaciones en los sistemas; por otro, un mayor impacto de las medidas encaminadas a potenciar la permanencia en activo o a elevar la edad de jubilación.

III. Las Primeras Actuaciones de la Unión Europea en Materia de Pensiones y Empleo: El Espejismo de la Jubilación Flexible

Sin perjuicio de los múltiples factores que enmarcan la situación actual, podemos ubicar el origen próximo de la problemática del empleo-jubilación de los trabajadores de mayor edad, en los inicios de los años 80. En efecto, en el año 1982 la Unión Europea (entonces Comunidad Europea) pone su mirada de atención sobre la flexibilidad en la edad de jubilación, en concreto, mediante la Recomendación del Consejo de fecha 10 de diciembre de 1982 (28/857/CEE), relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de

³⁴⁸ Fuente: INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS. 1 de junio de 2011.

jubilación. En esta comunicación se incita a los Estados miembros a que incluyan la jubilación flexible en su legislación, como uno de los objetivos de su política social, estableciendo la libre elección del momento en el que los trabajadores asalariados, según la legislación de cada país, podrían beneficiarse de la pensión de jubilación³⁴⁹.

En respuesta a esta recomendación, los Estados miembros reaccionaron de modo diferente siendo las opciones elegidas, bien el establecimiento de auténticos sistemas de jubilación flexible, con la delimitación de un intervalo de edad en el cual existe libertad del trabajador asalariado para poder jubilarse, bien implantando —o, en su caso, ampliando— mecanismos de anticipación de la edad de jubilación.

Cuatro años después, en 1986, la Comisión elaboró un Informe acerca de la aplicación de la Recomendación del Consejo vista³⁵⁰, en el que realizaba un análisis de la situación de cada uno de los Estados que conformaban entonces la Europa de los 10³⁵¹, en el que se concluía que la figura de la jubilación flexible presentaba un impacto beneficioso de cara al empleo ya que al aplicarse se liberaban puestos de trabajo ocupados por trabajadores de mayor edad en favor, al menos en teoría, del resto de trabajadores. En base a esta idea, la Comisión aconsejaba a los Estados que adoptasen las medidas necesarias para profundizar en el desarrollo de programas de preparación para la jubilación, las cuales deberían incluir desde la imprescindible información a los trabajadores hasta el uso del tiempo libre o los necesarios cuidados de salud, entre otras cuestiones. Con ello quedaba clara la apuesta por la jubilación parcial y, por tanto, por la compatibilidad entre pensiones y salarios.

Estas medidas convierten, lamentablemente, a la jubilación en un instrumento de gestión de recursos humanos mediante el cual se sustituye el pretendido efecto positivo - mantenimiento o renovación del puesto de trabajo mediante la flexibilización de la edad- por el efecto contrario, a saber, la reordenación de las plantillas mediante la amortización de los

³⁴⁹ Cfr. L. LÓPEZ CUMBRE, *Jubilación flexible en la Unión Europea*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Extra 1, 2002, Págs.77-78: “Como uno de los objetivos de política social se describe la jubilación flexible (...) como opción para anticipar o retrasar la edad de jubilación ordinaria. Esta hipótesis se contempla combinada con medidas de jubilación progresiva(...). Una propuesta realizada en términos tan amplios por la UE se convierte en atemporal. Esto significa que, en cualquier momento e independientemente de las circunstancias sociales o económicas que se impongan, la propuesta ha de ser bien recibida por los países miembros que intentarán acomodar sus sistemas de jubilación a los deseos de la población, algo políticamente rentable”.

³⁵⁰ COM (86) 354 final.

³⁵¹ Cfr. M. D. GARCÍA VALVERDE y J. A. MALDONADO MOLINA, *La protección de la tercera edad. Su tratamiento en la Constitución Europea*, Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 57, 2005, Pág. 456: “En la década de los setenta se apuesta por una utilización desnaturalizada de la jubilación como instrumento de política de empleo, y es ese el contexto en el que deben enmarcarse estas iniciativas (...), que constituían compromisos a largo plazo de los Estados miembros, obligando a corto plazo a examinar sus sistemas de jubilación a la vista de los parámetros de flexibilidad propuestos, examen que se recogería en un Informe de la Comisión de 1986”.

puestos de trabajo³⁵². En este sentido cobró un importante papel la connivencia entre los empresarios, sindicatos, trabajadores y Administración que permitieron el adelanto en la edad de salida definitiva del mercado laboral de los trabajadores, utilizando herramientas que iban más allá de la jubilación como la conocida “prejubilación” o el acceso al desempleo de larga duración después del cual no existían prácticamente posibilidades de reincorporación.

La Comunicación de la Comisión “Sobre las personas de edad avanzada”³⁵³ de abril de 1990, en la que se hacía un análisis de los datos demográficos y las situaciones socioeconómicas existentes, se hizo eco de la nueva realidad en materia económica y social. Ésta apuntaba, entre otras cuestiones, a los cambios demográficos que se estaban produciendo y que mostraban un claro y gradual envejecimiento de la población. Este examen dio como fruto una inversión de las políticas referidas a la jubilación, desaconsejando a partir de entonces la utilización de la jubilación anticipada. Se producía así un cambio de tendencia y ahora el objetivo era el retraso de la edad de cese de actividad de los trabajadores asalariados³⁵⁴. Prueba del equivocado planteamiento es que la propia Comisión admitía en su Comunicación de 2004³⁵⁵ las enormes deficiencias de estas recomendaciones³⁵⁶.

Tras sucesivos informes de la Comisión y Resoluciones del Consejo, es la Comunicación “Hacia una Europa para todas las edades. Fomentar la prosperidad y la

³⁵² Cfr. J. L. TORTUERO PLAZA, *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial)*. Civitas. Madrid. 2002. Pág. 24: “... En su funcionalidad se han entremezclado el ejercicio de derechos de los trabajadores configurados como conquistas sociales, políticas de redistribución del empleo que han buscado, con criterios más ideales que reales, el relevo generacional, las transformaciones continuas del sistema productivo, donde las jubilaciones anticipadas (reales o proyectadas) han servido de soporte a los grandes procesos de reconversión y son utilizadas permanentemente como un instrumento más de gestión de los recursos humanos en un proceso de continuo cambio y adaptación de la organización productiva, donde los tiempos de inflexión no se vislumbran a corto plazo”.

³⁵³ COM (90) 80 final.

³⁵⁴ M .D. GARCÍA VALVERDE y J. A. MALDONADO MOLINA, *La protección de la tercera edad. Su tratamiento en la Constitución Europea...* cit. Pág. 458.

³⁵⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo*, COM (2004) 0146 Final.

³⁵⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad...* cit.: “en primer lugar, los regímenes de jubilación anticipada son respuestas a corto plazo a coyunturas económicas desfavorables y reestructuraciones empresariales. Son medidas con escasa perspectiva, pues acarrearán para la economía una pérdida permanente de capital humano y de potencial de crecimiento. Para los trabajadores de más edad, y para la economía en su conjunto, la presencia prolongada en el mercado de trabajo sirve para aprovechar plenamente las ventajas de una mayor esperanza de vida. La vinculación al mercado de trabajo, si se refleja en un trabajo de calidad, puede mejorar las condiciones de vida y reducir la marginación social. El abandono del mercado de trabajo es difícilmente reversible una vez que se han restablecido las condiciones para un mayor crecimiento y empleo. Teniéndolo en cuenta, es importante cambiar la tendencia política para favorecer que los trabajadores de más edad permanezcan en el mercado, reformando los incentivos para trabajar y las normas de admisibilidad y acceso a la jubilación anticipada y otros regímenes de prestaciones. Al mismo tiempo, para mantener la oferta de mano de obra y garantizar la empleabilidad a largo plazo se debe incentivar adecuadamente la participación en el aprendizaje permanente y aplicar políticas de mercado de trabajo activas y eficaces”.

solidaridad entre las generaciones”³⁵⁷, la que marca el punto final de la época de promoción de la jubilación flexible, dado que su texto deja claro cómo va a ser la nueva estrategia de actuación europea a partir de 2000³⁵⁸.

A partir de este momento se incorpora al escenario europeo un cambio en las directrices enmarcadas en un nuevo instrumento, el Método Abierto de Coordinación que supondrá una manera de actuar en esta materia absolutamente diferente a la utilizada hasta ese momento.

IV. La Estrategia de Lisboa y el Método Abierto de Coordinación

La consagración de este Método Abierto de Coordinación se produjo con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, método aquél de naturaleza eminentemente político-administrativa y no creadora de Derecho³⁵⁹. De hecho su principal característica es la huida que supone de la reglamentación del Derecho³⁶⁰, afrontando sus líneas de trabajo desde una perspectiva no vinculante jurídicamente³⁶¹.

La aproximación que realiza el Consejo Europeo de Lisboa a la figura del Método Abierto de Coordinación (a partir de ahora MAC), define este método como un “planteamiento totalmente descentralizado de acuerdo con el principio de subsidiariedad, en la cual la Unión, los Estados Miembros, los niveles regionales así como los interlocutores sociales y la sociedad civil, participarán activamente, mediante distintas formas de colaboración”. El recurso a “medidas difusas” permite una mayor flexibilidad y es el rasgo

³⁵⁷ COM (99) 221.

³⁵⁸ M .D. GARCÍA VALVERDE y J. A. MALDONADO MOLINA, *La protección de la tercera edad. Su tratamiento en la Constitución Europea*,... cit., Pág. 457: “En este texto, siguiendo la línea mantenida desde 1990, se proponía una revisión de las políticas que fomentan la salida precoz del mercado laboral, sustituyéndolas por políticas de promoción de la formación permanente y las nuevas salidas. Esta cuestión la reitera en otro punto específico relativo a la estrategia europea para el empleo y la jubilación, que se detiene en el papel que, al efecto, pueden desempeñar los interlocutores sociales, a quienes la Comisión insta a reflexionar sobre cómo integrar la cuestión del envejecimiento de la población en la gestión de los recursos humanos”.

³⁵⁹ Ampliando el concepto, N. M. MARTÍNEZ YAÑEZ, *La Coordinación de las políticas de empleo a la luz del Tratado de Lisboa*... cit. Pág. 350: “En definitiva, el MAC reemplaza la norma jurídica por la orientación política, la fijación de estándares de armonización por la elaboración de indicadores y directrices, y el control judicial por un proceso de evaluación vertical y horizontal. Y todo ello dentro de un sistema que pone el acento en los aspectos procedimentales sobre los sustanciales”.

³⁶⁰ Cfr. E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Validez y límites del método abierto de coordinación en la política de empleo comunitaria* en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 72. 2008. Págs. 71-90: “Allí donde no haya competencia a favor de la UE o cuando las estrictas reglas de adopción de mayorías se interpongan en ese cometido, y sin que sea esto óbice para que, posteriormente, se traslade a los parámetros del “hard-law”, el MAC puede resultar interesante.”

³⁶¹ El Método Abierto de Coordinación es considerado una técnica de *soft-law*. Acerca de este término comunitario R. ALONSO GARCÍA *El soft-law comunitario*. Revista de Administración Pública, núm. 154. 2001. Págs. 63 a 94.

destacado que se presenta como la virtud última del método.³⁶² De esta forma la armonización o la coordinación se convierte en colaboración, lo cual conlleva, en principio, mayor dinamismo en su implementación, renovando constantemente sus mecanismos³⁶³.

Las Conclusiones de Lisboa que pusieron en marcha el método abierto de coordinación dedicaron uno de sus apartados íntegramente a esta cuestión, señalando la Presidencia que era “consciente de que la tarea puede afrontarse mejor mediante la cooperación”. En línea con esta afirmación, el Consejo Europeo formuló dos invitaciones que encajan perfectamente en el diseño del método. La primera era la consolidación de la cooperación entre los Estados miembros, intercambiando experiencias y buenas prácticas a partir de la mejora de las redes de información, que son los instrumentos básicos en este ámbito. La segunda se centraba en la preparación de un estudio por parte del Grupo de Alto Nivel para la Modernización de la Protección Social³⁶⁴ sobre la evolución futura de la protección social desde una perspectiva a largo plazo, debiendo prestar particular atención a la sostenibilidad de los sistemas de pensiones en los distintos marcos temporales.

En el terreno social, dos son los campos principales donde se despliega el método abierto de coordinación: el empleo y la protección social. No obstante, potencialmente todas las materias recogidas en el artículo 153.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) son susceptibles de intervenciones comunitarias desde la perspectiva del método abierto de coordinación. No parece sin embargo que se vaya a extender este mecanismo a los ámbitos donde la armonización, en mayor o menor medida, pervive como objetivo y planteamiento. Avala esta interpretación el hecho de que la Agenda Social³⁶⁵ de la

³⁶² Cfr. J. CABEZA PEREIRO *Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo... cit.*, Págs. 27-28: “En primer lugar, debe destacarse que pretende abordar dificultades concretas y no cuestionar concepciones políticas generales. Se trata de una aproximación a los problemas sumamente pragmática que pretende la apertura de nuevas vías para la mejora de resultados, las cuales merecen difundirse de unos sistemas a otros (...). Pero más allá de la simplificación mediante un punto de vista más analítico y secuencias, se evitan los problemas derivados de la difícil convivencia entre varias opciones políticas. Bajo el techo común de un método, pueden convivir en armonía autoridades gubernamentales y regionales de muy distinto color político, sin que el trasvase de pequeñas fórmulas de unas a otras produzca el rechazo propio de las opciones más complejas y generales”.

³⁶³ Cfr. S. REGENT, *The Open Method of Coordination: A New Supranational Form of Governance*, ELJ, 9, 2, 2003, Pág. 191: “The OMC is not just a provision, but is, in addition, a process. It provides a soft framework for hard law interventions and has its own methods of sanctioning. It is flexible enough to be adapted to complex realities, but, at the same time, establishes a follow-up system that significantly limits the scope for circumvention. Its innovative character therefore also potentially provides a new model of governance”.

³⁶⁴ A partir de la Decisión 2000/436/CE del Consejo, se transformaría en Comité de Protección Social.

³⁶⁵ En la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Agenda Social para el período 2006-2010 (2004/2191 (INI)), de 26 de mayo de 2005 se “pide a los Estados miembros que profundicen en la cooperación y el intercambio de las mejores prácticas a través del método abierto de coordinación, que constituye un instrumento eficaz para la elaboración de políticas en el ámbito del empleo, la protección social, la exclusión social, las pensiones y la asistencia sanitaria”.

Comisión no haga referencia alguna a esta posibilidad y restrinja las actuaciones al ámbito de la protección social³⁶⁶.

En el Tratado de Funcionamiento dos preceptos son fundamentales a la hora de considerar, en primer lugar, la coordinación en materia de empleo: los artículos 148 y 149 TFUE. Éste establece la posibilidad de que el Consejo y el Parlamento, a través del procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, adopten una serie de acciones de fomento. El artículo incluye una lista de actuaciones posibles,³⁶⁷ procedimientos de intercambio de información, que aportan una nueva visión más dinámica y que encarnan a la perfección el método abierto. Concluye el referido precepto advirtiéndole que estas medidas no incluirán armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. La competencia en materia de protección social, en segundo lugar, se enclava en el marco del Título X relativo a la política social. El artículo 153.2.a TFUE, constituye la base procedimental del método abierto de coordinación fuera del campo del empleo. Están sometidas al procedimiento ordinario, con consulta al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, las medidas de fomento de la cooperación para la lucha contra la exclusión social (153.1.j TFUE) y para la modernización de los sistemas de protección social (153.1.k TFUE). En cambio, las medidas sobre seguridad social y protección social de los trabajadores (153.1.c TFUE) se rigen por un procedimiento especial de consulta al Parlamento con votación por unanimidad. La modernización de los sistemas de protección social, recogida en el artículo 153.1.k TFUE, parece superponerse con lo dispuesto en el artículo 153.1.c TFUE, al que hace mención expresa. Ahora bien, la realidad de su puesta en práctica, una vez comprobadas las virtudes del método en el campo del empleo y consideradas propicias las circunstancias políticas³⁶⁸, señala que esta base jurídica se ha empleado casi en exclusiva en relación con las pensiones, puesto que nada se ha hecho sobre desempleo u otras contingencias protegidas.

A partir de un informe conjunto preparado por el Comité de Protección Social y por el Comité de Política Económica, claro ejemplo de la relación del método abierto con la

³⁶⁶ J. M. MIRANDA BOTO, *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social...* cit., Pág. 351

³⁶⁷ Vid. P. L. GOMIS DÍAZ, *La política social y de empleo en el Tratado de Amsterdam*, CES, Madrid, 1999, Pág. 106

³⁶⁸ Cfr. V. PÉREZ MENAYO, *El método abierto de coordinación en la Unión Europea: su aplicación a las pensiones...* cit., Pág. 58: “Si lo comparamos con el empleo, la protección social ha sido un *invitado de segunda categoría* en la política social del entorno comunitario en la última década. Parecía llegado el momento de que el debate que se estaba desarrollando a nivel nacional sobre los retos futuros y la necesidad de adecuar y modernizar los sistemas de protección social, también alcanzara el nivel europeo”.

política económica, el Consejo Europeo de Laeken de diciembre de 2001 señaló la necesidad de avanzar en “la adecuación de las pensiones, la sostenibilidad de los regímenes de pensión y su modernización y un mejor acceso a las pensiones complementarias”, marcando así objetivos de futuro.

V. Líneas de Trabajo en Base al Método Abierto de Coordinación sobre Políticas de Empleo

1. Cambio en las directrices y recomendaciones europeas: objetivo, la mayor tasa de empleo de las personas de más edad.

Reforzando el referido cambio de directrices en la materia, el Consejo Europeo de Lisboa de 2000 establece por primera vez como objetivo alcanzar una tasa de empleo del 50% para las personas de más edad (entre 55 y 64 años) en el año 2010. Si hasta entonces la Comisión no había realizado ninguna mención a este objetivo en sus Comunicaciones, a partir de esta fecha es constante su inclusión en las sucesivas directrices en materia de empleo.

De este modo, las Directrices aprobadas en 2001 incluían en su número 3 el objetivo de “Desarrollar una política para prolongar la vida activa”³⁶⁹, en concreto:

✓ Para alcanzar el pleno empleo, garantizar la equidad y viabilidad a largo plazo de los regímenes de seguridad social y aprovechar la experiencia de los trabajadores de más edad, se precisan profundos cambios en las actitudes sociales predominantes frente a dichos trabajadores, así como una revisión de los sistemas fiscales y de protección social.

✓ En consecuencia, los Estados miembros desarrollarán, en su caso, con los interlocutores sociales, políticas destinadas a prolongar la vida activa, a fin de mejorar la capacidad de los trabajadores de más edad y aumentar los incentivos para que sigan perteneciendo a la población activa durante el mayor tiempo posible.

En el mismo sentido se manifestaba la Comunicación del 2002, donde se añadía únicamente que “el fomento de la calidad del trabajo debe considerarse también un factor importante para mantener activos a los trabajadores de más edad”.

Las líneas marcadas en los años anteriores persisten en las Directrices del año 2003, si bien incorporan, con carácter general, la necesidad de reformar los regímenes de la jubilación anticipada. Las Recomendaciones realizadas a ciertos Estados miembros se

³⁶⁹ Decisión del Consejo de 19 de enero de 2001, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2001 (2001/63/CE).

concretaron del modo que informa su directriz específica número 5³⁷⁰:

Promover la prolongación de la vida activa, en particular estimulando condiciones laborales que favorezcan el mantenimiento del empleo —como el acceso a la formación continua, el reconocimiento de la importancia de la salud y seguridad en el trabajo y las formas flexibles e innovadoras de organización del trabajo— y eliminando los incentivos que favorecen el abandono prematuro del mercado laboral, sobre todo mediante la reforma de los regímenes de jubilación anticipada y la adopción de medidas destinadas a garantizar que seguir activo en el mercado de trabajo resulte rentable; y animando a los empresarios a contratar trabajadores de más edad.

La visión de las Directrices del año 2005³⁷¹ contemplaba tanto el aspecto económico como el laboral y buscaba un enfoque más amplio y eficiente para la reforma, insistiendo en la necesidad de elaborar indicadores estructurales para profundizar en los mecanismos de examen recíproco y comparación.

Estas Directrices planteaban como objetivo la observancia de los graves riesgos que traía consigo el envejecimiento de la población europea de cara a garantizar la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, basándose en datos tales como que, según las previsiones, en el año 2050 la población de la Unión Europea en edad de trabajar, esto es, entre los 16 y los 64 años, será un 18% menor que en el año 2000. Sin duda, el dato alerta sobre la elevación de los índices de dependencia con el correspondiente aumento de la carga de endeudamiento y demás repercusiones económicas negativas.

Profundizando en la cuestión planteada y dadas las circunstancias demográficas existentes, uno de los más importantes objetivos consiste en nutrir a Europa de la necesaria mano de obra y elevar las tasas de empleo como base imprescindible para adaptarse a la nueva realidad, tanto social como económica. Desde este punto de partida y en conexión con la modernización de los sistemas de protección social para lograr que sean financieramente viables, unido a una mejor interacción entre los sistemas de protección social y los mercados de trabajo, se pueden eliminar distorsiones que afectan a las decisiones de jubilación y conseguir una prolongación de la vida laboral, dado el positivo dato del aumento de la esperanza de vida.

2. La apuesta de la Comisión Europea a través de sus medidas.

³⁷⁰ Decisión del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (2003/578/CE).

³⁷¹ Directrices integradas para el crecimiento y el empleo (2005-2008)/COM/2005/0141 final.

Las preocupaciones planteadas por el Consejo Europeo de Estocolmo conllevaron la preparación en el año 2002, por parte de la Comisión, del Informe al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: “Aumento de la Tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa”³⁷². Un importante elemento en él incluido, lo constituía el hecho de que para la Comisión la prolongación de la vida activa ayudaba a la consecución del objetivo establecido en el artículo 2 del Tratado CE, esto es, a mejorar el bienestar de la población. Así, la recién confirmada Estrategia de Lisboa contenía esta observación y planteaba caminar en aras de establecer condiciones políticas tendentes a elevar el nivel y la calidad de vida. Este informe, junto a otros documentos que se presentarían al Consejo Europeo de Barcelona, pretendía especificar tal enfoque y definir las prioridades. Para ello, se hacía eco de dos cuestiones consideradas preocupantes: la primera de ellas, las bajas tasas de empleo y actividad que presentaban los trabajadores de mayor edad debidas fundamentalmente a la aplicación de programas de jubilación anticipada, tanto voluntaria como forzosa³⁷³; en segundo lugar, llamaba la atención sobre el considerable descenso en la participación de los trabajadores mayores de cincuenta años en los programas y actividades de formación, especialmente de aquéllos trabajadores poco cualificados.

Con motivo del Consejo Europeo de Barcelona en 2002, la Comisión realizó la Comunicación “La Estrategia de Lisboa – hacer realidad el cambio”³⁷⁴. En ella se establecía que los Estados miembros deberían emprender medidas para desanimar a los trabajadores a acogerse a planes de jubilación anticipada y a las empresas a introducirlos. Esta medida general estaba dirigida, especialmente, a aquéllos Estados que tenían las más bajas tasas de empleo de trabajadores de mayor edad, tasa que se pretendía elevar así como ayudar a incrementar la edad media real de jubilación, pasando de los 58 años a los, al menos, 60 para el año 2010. Tendencia ésta que tuvo continuidad en la Comunicación de la Comisión al

³⁷² COM (2002) 9 Final. Comentado en L. LÓPEZ CUMBRE, *Aumento de la Tasa de Población Activa y Fomento de la Prolongación de la Vida Activa*. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 37, págs. 231-265.

³⁷³ S. NICKELL, *A Picture of European Unemployment: Success and Failure*, CEP, Discussion Paper, 577/2003, identifica como el principal factor explicativo de esta situación de crecientes tasas de inactividad de los trabajadores de mayor edad desde la década de los setenta, la estructura del sistema de Seguridad Social dado que durante la crisis de los setenta se introdujeron generosos incentivos a la jubilación anticipada en numerosos países europeos, entendiéndose que así se conseguiría reducir el problema de desempleo que en ese momento sufría Europa.

³⁷⁴ COM (2002) 14 final.

Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones “Balance de cinco años de aplicación de la Estrategia Europea de Empleo”³⁷⁵.

La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Mejora de la calidad del empleo: examen de los progresos recientes”³⁷⁶, del año 2003, recogía las políticas llevadas a cabo por algunos Estados miembros y que consistían en la introducción de incentivos para que los empresarios mantuviesen y contratasen a trabajadores de mayor edad así como sanciones para evitar que fuesen despedidos, con el fin de aumentar las tasas de empleo de los trabajadores comprendidos entre los 55 y los 64 años.

El núcleo central de los Informes y Comunicaciones de la Comisión a lo largo del período 2004-2009³⁷⁷, fue la necesidad de implementar estrategias globales de envejecimiento activo que reuniesen los factores fundamentales para el mantenimiento del empleo de los trabajadores de mayor edad. Para conseguirlo se establecen como prioritarias varias líneas: incentivos financieros para no fomentar la jubilación anticipada³⁷⁸, acceso a estrategias de formación y aprendizaje permanente³⁷⁹, buenas condiciones y mejora de la calidad del trabajo

³⁷⁵ COM (2002) 416 final.

³⁷⁶ COM (2003) 728

³⁷⁷ Entre ellas, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo”. COM (2004) 146 final; Informe de la Comisión al Consejo Europeo “Hagamos Lisboa –Reformas para la Unión ampliada” COM (2004)29 final; Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo “Revisión en 2005 de la Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible: Primer Balance y Orientaciones futuras” COM (2005) 37 final; Comunicación de la Comisión “Aprendizaje de adultos: Nunca es demasiado tarde para aprender”, COM (2006) 614 final; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y social Europeo y al Comité de las Regiones “Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social”, SEC (2009) 141; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la Unión Europea (Informe del 2009 sobre el envejecimiento demográfico)”, COM (2009) 180 final.

³⁷⁸ Cfr. M. D. GARCÍA VALVERDE y J. A. MALDONADO MOLINA, *La protección de la tercera edad. Su tratamiento en la Constitución Europea*,...cit., pág. 458: “Como se ve, tanto cuando la tendencia era la del fomento de las jubilaciones anticipadas, como cuando se invierte la tendencia y se apuesta por el retraso de la edad de retiro, la motivación del legislador es de naturaleza puramente económica, utilizando la edad de jubilación como una figura al servicio de las políticas de empleo. Pese a ello, hay que admitir que la tendencia actual además de asentarse en criterios económicos, lo hace en demográficos, a la luz de aumento de la esperanza de vida actual y las mejores condiciones en las que se llega a la edad de retiro. Ante esta realidad, las jubilaciones anticipadas no habían supuesto sino una desnaturalización de la protección de la vejez”.

³⁷⁹ Era importante destacar el papel de la educación en el proceso de envejecimiento activo, cuyo reflejo era el creciente apoyo de la Unión Europea a los proyectos relacionados con los retos y las oportunidades educativas de los trabajadores de mayor edad mediante la acción de educación de adultos del programa de acción comunitaria en materia de educación Sócrates (Decisión nº 253/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se establece la segunda fase del programa de acción comunitario en materia de educación Sócrates) y cuyo objetivo es “promover una Europa del conocimiento y fomentar el aprendizaje a lo largo de la vida mediante el aprendizaje de lenguas extranjeras, la promoción de la movilidad, el fomento de la cooperación a nivel europeo, la apertura a los medios de acceso a la educación y una mayor utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito educativo”.

que promoviesen la conservación del empleo³⁸⁰. De esta manera y de forma reiterativa, la Comisión insiste en la necesidad de elevar las tasas de empleo del colectivo de trabajadores de mayor edad y, especialmente, la de las mujeres no sólo para entrar en el mercado laboral sino también para que permanezcan en él durante más tiempo³⁸¹.

3. El Comité Económico y Social y sus aportaciones al envejecimiento activo.

Desde los inicios de la Estrategia de Lisboa, el Comité Económico y Social Europeo ha desempeñado un papel muy activo en la toma en consideración de la edad avanzada y su relación con el empleo, como así manifestaba su Dictamen de 19 de octubre de 2000 sobre “Trabajadores de Edad avanzada” donde se indicaba que los trabajadores de mayor edad (de 50 a 64 años) se habían convertido en un importante reto para las políticas de empleo. Esta conclusión venía reforzada por las previsiones que en aquel momento realizaba Eurostat y que situaban en un 34,4% la población que se encontraría en esta franja de edad en el año 2025, frente al 25% de la población total que representaba este intervalo en el año 2009³⁸².

El Comité apunta como responsable de potenciar la salida temprana de los trabajadores de mayor edad del mercado de trabajo, la conexión existente entre tres elementos: las empresas, los trabajadores y las disposiciones jurídicas o negociadas en los Convenios Colectivos

En cuanto al primero de ellos, las empresas, el Dictamen apunta a que éstas debían adaptarse, evolucionar y reestructurarse para progresar en un entorno globalizado, contemplando en cualquier caso un equilibrio entre lo social y lo económico que garantice su dinamismo y crecimiento. No ha de olvidarse la pérdida que supone, en base a decisiones

³⁸⁰ Al respecto, vid. C. DUNCAN *Assessing anti-ageism routes to older worker re-engagement*, Work, Employment and Society, 17 (1), 2003, Págs. 101-121.

³⁸¹ En cuanto al Parlamento Europeo también tuvo su propio espacio en el ámbito de las políticas de empleo para trabajadores de mayor edad. En consonancia con el resto de instituciones europeas solicitó, a través de sus resoluciones entre los años 2005-2009, medidas para garantizar la sostenibilidad de las pensiones desde una perspectiva de respeto al derecho de todos a recibir pensiones aceptables y teniendo en cuenta que los cambios en los sistemas de aquéllas, no debían conllevar un aumento del número de personas que ya vivían en la pobreza. Por otro lado, el Parlamento apostaba por el envejecimiento activo subrayando el necesario aprovechamiento que debía hacerse tanto de la experiencia como de los conocimientos de los trabajadores de mayor edad.

³⁸² Cfr. M. ETXEZARRETA en *The European Union proposals for the Public Pension system* Euromemorandum 2002. En el texto se acepta el fenómeno de envejecimiento, si bien se plantean dudas acerca de su intensidad y, sobre todo, de los datos relacionados con la esperanza de vida y su cálculo. Las repercusiones que estas alteraciones pueden tener en relación con la tasa de dependencia demográfica –sin olvidar el posible aumento de la migración- y, consecuentemente, sobre la tasa de dependencia económica pueden resultar muy significativas de cara a estimar su impacto en el estudio de la viabilidad de los sistemas de pensiones.

tomadas en relación con la política de recursos humanos, la expulsión temprana de trabajadores con importantes conocimientos adquiridos.

Una de las respuestas de los empresarios ante estas jubilaciones anticipadas del colectivo de mayor edad, pasaba por considerar “demasiados viejos” o con “poco futuro profesional” a trabajadores cada vez más jóvenes, derivándose de ello la menor dedicación, por parte de la empresa, de acciones formativas destinadas al colectivo de trabajadores de más edad con el consiguiente perjuicio a la capacitación de estos trabajadores³⁸³. En otras palabras, el empresario percibía, en ocasiones, que ofrecer formación a los trabajadores de mayor edad no era rentable.

El segundo elemento que consideraba el Dictamen eran los trabajadores, señalándose que únicamente cuatro de cada diez estaban dispuestos a continuar su actividad profesional cuando se aproximan a la edad ordinaria de jubilación. El perfil de estos trabajadores era de una cualificación profesional alta que hacía que su trabajo resultase interesante, incluso prestigioso; una situación cercana a encontrar su trabajo como una verdadera afición (investigadores, ingenieros, etcétera); una posición jerárquica de alto nivel en la empresa de la que dependía su posición social; cargas familiares importantes que no les permitiesen, ni tan siquiera, reducir su jornada; o bien, no haber adquirido aún la totalidad de los derechos necesarios para disfrutar de una pensión.

Respecto al otro grupo de trabajadores, los cuales no estaban interesados en permanecer en sus trabajos superada determinada edad, y siguiendo las recomendaciones del Dictamen, se les podría incentivar mediante una nueva forma de distribución de los frutos del crecimiento; por otro lado, no se puede obviar el hastío que supone en muchas ocasiones llevar a cabo un trabajo con frecuencia poco valorado, en muchas ocasiones repetitivo y también, con cierta frecuencia, penoso. A esta situación se le añade, en ocasiones, la carga psicológica que supone sentirse menos valorado en el momento de alcanzar esta mayor edad, cuando los trabajadores perciben de su empresa y de su entorno laboral que son considerados menos capaces para el desempeño de sus funciones.

El tercer y último elemento, constituido por las disposiciones jurídicas o negociadas en los Convenios Colectivos, nos enunciaba una situación en la que habrían de tenerse en cuenta dos niveles de análisis. Por un lado, el hecho de que los sistemas públicos y privados de pensiones, con motivo de sus mecanismos internos, incentivaban en cierto modo el cese anticipado de la actividad profesional; y, por otro, el papel central que para otros estudios

³⁸³ Véase el análisis que de estos aspectos realiza el Informe “Conditions of work and employment for older workers in industrialized countries: Understanding the issues”. OIT, 2006.

tenían el mercado de trabajo y el comportamiento de las empresas de cara a explicar el movimiento de jubilación anticipada. Según el Comité ambos enfoques eran válidos y complementarios dado que la protección social o sus sustitutos, (ya sean de naturaleza pública o negociados en convenios colectivos) suponían los únicos medios de que disponía el mercado de trabajo para mitigar los costes sociales en términos de desempleo de larga duración y de exclusión. Es decir, que se utilizaban las jubilaciones anticipadas como políticas de empleo o como instrumento para la lucha contra el desempleo, al mismo tiempo que eran utilizadas por las empresas como una herramienta más de gestión de recursos humanos y por los asalariados como una ventaja social.

Para revertir esta situación e intentar solventar los problemas de ella derivados – abuso de las jubilaciones anticipadas- el Comité señala la conveniencia de adoptar una estrategia concertada para modernizar la protección social, concretando en la necesidad de sustituir las jubilaciones anticipadas por políticas de jubilación flexibles, así como fomentar mediante la formación continua a la largo de la vida laboral del trabajador, el reciclaje y la determinación de nuevas formas de actividad.

El texto trazaba como itinerario para conseguir que las medidas elegidas para el cambio fuesen eficaces realizar una previa consulta tanto a los Estados, con sus peculiaridades internas, como a las empresas, que garantizase el impacto positivo de su implementación. Para ello valoraba la utilización de cuatro posibles instrumentos, a saber, el diálogo entre los interlocutores sociales europeos, una directriz para el empleo específica de este problema, un “código voluntario de conducta”, o una directiva.

En relación con la elevación de la tasa de empleo establecida como objetivo por el Consejo de Lisboa³⁸⁴, el Dictamen de 12 de septiembre de 2001 sobre el tema “Mejora cualitativa de la política social y de empleo”³⁸⁵ advierte de la tendencia a la baja que esta tasa venía presentando de forma constante para los trabajadores de más edad desde los años setenta en todos los Estados miembros de la Unión. Teniendo en cuenta que ese abandono precoz del mercado de trabajo respondía en mayor medida a situaciones impuestas a los trabajadores que a las elegidas por ellos, se confirmaba la utilización que de esta fórmula de jubilación hacían las empresas para reestructurarse y como política de gestión de recursos humanos, así como el uso de determinadas políticas públicas en materia de protección social.

³⁸⁴ Este objetivo era el de alcanzar un nivel de empleo “tan cerca como sea posible del 70% a más tardar en 2010”.

³⁸⁵ (2001/C 311/12)

De nuevo el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 15 de diciembre de 2004 sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones -Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo”³⁸⁶ reafirmaba la necesidad de aumentar la tasa de actividad de los trabajadores asalariados de más de 55 años, objetivo que no debía poner en riesgo el “equilibrio recomendable entre el trabajo y la jubilación, y entre el ocio y el trabajo, que constituyen valores del modelo social europeo”. Para que las medidas a desarrollar tengan la eficacia pretendida, se debía “inducir un cambio de mentalidad y una toma de conciencia tanto en empresas como entre los trabajadores” en la consideración de lo valioso que puede resultar trabajar después de los 55 años para estos últimos y de que las empresas o los servicios públicos sean conscientes de las ventajas que pueden reportar los trabajadores de mayor edad (experiencia adquirida, conocimientos técnicos, capacidad de enseñar, etc)³⁸⁷.

El 14 de marzo de 2007 se aprobó el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El impacto económico y presupuestario del envejecimiento de la población”³⁸⁸ en el que se proponía el establecimiento de objetivos para afrontar la cuestión de la sostenibilidad de los regímenes de pensiones que abarcaban algo más que el simple aumento de la edad legal de jubilación y apostaban por la lucha contra el trabajo en negro y precario, el apoyo a las políticas salariales, una distribución más equitativa de la riqueza y una mayor cohesión social. De nuevo, se vuelve a abogar—consciente de que se utiliza poco y está infravalorado— por el método abierto de coordinación como herramienta de gran utilidad en la política comunitaria.

³⁸⁶ COM (2004) 146 final

³⁸⁷ Complementando esta visión, el Dictamen del Comité de las Regiones de 29 de septiembre sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones -Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado laboral” (2005/C 43/03). Comienza el texto resaltando que “Una dirección estratégica de los recursos humanos debería abordar precisamente cómo orientar a los trabajadores de diversa edad o distintas características, en lugar de hacer hincapié en que los trabajadores de más edad forman un grupo aislado”. El Comité consideró que las medidas expuestas por la Comisión eran insuficientes para aprovechar el potencial que poseía la población de más edad y que se hacía necesario reconocer la importante contribución que, en materia de actividades voluntarias e informales, prestaba este colectivo. Debían incorporarse, de esta forma, todas las actividades laborales, tanto las de carácter económico como las de tipo social. Se apuntó, asimismo, que para conseguir el objetivo que buscaba aumentar la tasa de empleo de las mujeres de mayor edad (entre 55 y 64 años), debería asignarse un papel central a las autoridades locales y regionales en la previsión de servicios de cuidado y atención a familiares dependientes, teniendo en cuenta la grandes responsabilidades de atención familiar que tenía este colectivo, dadas las tendencias demográficas del momento.

³⁸⁸ (2005/C 221/18)

En julio del mismo año el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Empleo para las categorías prioritarias (Estrategia de Lisboa)”³⁸⁹ insistía en la creación de incentivos socialmente aceptables para aplazar la jubilación, por un lado, y el desarrollo de modelos más atractivos para acompañar la transición de la vida laboral del trabajador a la jubilación.

Especial importancia tiene, aunque con escaso eco, o mejor, muy relativo eco, el Dictamen de 25 de marzo de 2009 sobre el tema “La situación de los trabajadores de más edad ante el cambio industrial: cómo apoyar y gestionar la diversidad de edades en los sectores y las empresas”³⁹⁰, donde el Comité pedía a la Comisión que se ocupase de forma específica de las personas mayores en el mercado laboral y le recordaba que le convendría mejorar y reforzar la aplicación de la reglamentación sobre la edad recogida en la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación creando un programa europeo de apoyo a la política de empleo de las personas mayores.

A continuación se publican varios dictámenes sobre la cuestión, el primero el del 4 de noviembre de 2009 del comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Inclusión social”³⁹¹ que solicita un debate sobre las condiciones marco, ámbito de aplicación y demás medidas que deben acompañar a los planes de desincentivación de los planes de jubilación anticipada con el fin de no crear de nuevo problemas sociales entre las personas de edad avanzada; en segundo lugar, el Dictamen de 3 de diciembre de 2009 del Comité de las Regiones “Nuevas capacidades para nuevos empleos: previsión de las capacidades necesarias y su adecuación a las exigencias del mercado laboral”³⁹² proponía que se fomentasen tipos de empleos con horarios flexibles , adaptados a las capacidades y al estado de salud de los trabajadores de mayor edad con la finalidad de posibilitar el que este colectivo permanezca en el mercado laboral hasta la edad de jubilación; en tercer lugar, el Dictamen del Comité de las Regiones de 14 de abril de 2010 sobre el tema “Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la Unión Europea (Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico) abogó –siempre dentro del marco de la Estrategia Europa 2020³⁹³- por conseguir un envejecimiento en condiciones favorables de salud a través de las mejoras de servicios en esta materia y por

³⁸⁹ (2007/C 256/18)

³⁹⁰ (2009/C 228/04)

³⁹¹ (2010/C 128/03)

³⁹² (2010/C 141/03)

³⁹³ Estrategia que consiste, según el propio Dictamen, en que cada ciudadano y cada región contribuyan a la fuerza de la Unión en función de sus cualidades y características específicas.

un enfoque de género que promocióne un envejecimiento en igualdad de condiciones para hombres y mujeres.

El Comité subrayó en este texto que la formación desempeña un papel muy relevante en el incremento de la población activa y de la productividad laboral. Considera llegada la hora de iniciar un cambio cultural en dirección a un aprendizaje y trabajo orientados a mantener la capacidad de inserción profesional a lo largo de la vida, basada en las cualificaciones.

VI. Las Líneas de Trabajo en Base al Método Abierto de Coordinación en Materia de Pensiones

En el Tratado de Lisboa del año 2000, se establece como uno de los tres pilares fundamentales a partir de los cuales se estructurarían las líneas de trabajo del MAC, el ámbito social, que establecía como meta la modernización del modelo social europeo mediante la formación y la eliminación de la exclusión social.

En el año 2005 se llevó a cabo un importante avance en el MAC al unificar los procesos de actuación, pasando de los tres originales: la inclusión social, las pensiones y asistencia sanitaria y, por último, la dependencia, a un solo ámbito de actuación permitiendo con ello un trabajo más adecuado y una mejor y mayor visión global de la situación³⁹⁴.

Singularmente, en materia de pensiones se insiste en la necesidad de garantizar a todos los ciudadanos unos ingresos suficientes en el momento de su jubilación, que aseguren el mantenimiento de su nivel de vida en la medida de lo posible; de avalar la viabilidad financiera de los regímenes de pensiones, tanto públicos como privados, siempre sin perder de vista el principio de promoción de la prolongación de la vida laboral activa; así como de asegurar la información adecuada a quienes en el futuro accederán a los sistemas de pensiones. En este ámbito se promocióne el reforzamiento tanto del principio de capitalización para los niveles privados, como del principio de relación entre cotizaciones y prestaciones en el ámbito público.

En 2008 la Comisión publica una nueva comunicación apoyando y reforzando el Método Abierto, donde vuelve a incidir en la necesidad de coordinar los esfuerzos de los

³⁹⁴ Para llegar a esta conclusión la Comisión solicitó a los Estados su participación en la evaluación de los trabajos realizados hasta ese momento en el marco de la Coordinación Abierta. Desde esos puntos de vista, se crearon nuevos objetivos comunes para reforzar este Método: el fomento de la cohesión social y la igualdad de oportunidades en el sistema de protección social y políticas sociales de inclusión, la interacción con los objetivos de Lisboa y la mejora de la transparencia y participación de las partes.

distintos Estados en la aproximación de las reformas a realizar en el ámbito de las pensiones a las nuevas realidades sociales³⁹⁵, en la misma línea que ya se contemplaba en la Estrategia de Lisboa. Se basa en la constatación del éxito de la Estrategia Europea en relación a las actuaciones económicas y de empleo debido a la coordinación de los Estados en materia de reformas. No obstante, hay que tener en cuenta que en este momento aún no se había visualizado la crisis económica que en estos momentos está implantada en Europa.

1. Los sistemas de pensiones y el envejecimiento de la población.

El 21 de mayo de 1999 se presenta en la Comisión de la Unión Europea, la Comunicación “Hacia una Europa para todas las edades”³⁹⁶, en la que se plantean los problemas que traerá consigo el constante envejecimiento de la población europea. En ella se contiene una especial referencia a los cambios que se producirán en la ratio activos-pasivos, descendiendo peligrosamente los primeros y con ello la sostenibilidad de las pensiones, y advirtiendo del aumento del coste social que tal disminución traerá consigo para las cuentas públicas de los Estados. Por ello, el documento invita a comenzar el trabajo para articular los cambios legislativos necesarios con la finalidad de adaptar los sistemas de protección social y, en concreto, de jubilación a la nueva realidad.

El documento ofrece pautas de trabajo para acometer los retos planteados y, en materia de protección social comienza por señalar la necesidad de invertir la tendencia a utilizar la fórmula de la jubilación anticipada. Busca la coordinación entre la Comisión y los Estados para plantear nuevas fórmulas de jubilación gradual y un aumento de la flexibilidad de los regímenes de jubilación.

La Comunicación de la Comisión “La evolución de la protección social a largo plazo: pensiones seguras y viables” (2000)³⁹⁷ advierte acerca de que las reformas llevadas a cabo por algunos Estados Miembros –otros ni tan siquiera las habían iniciado- resultaban insuficientes y por ello invitaban a los Estados a seguir trabajando o iniciar sus actuaciones, siempre desde una perspectiva que incorporase el reto demográfico. Los principales objetivos señalados por el documento son el reforzamiento de la solidaridad, la lucha contra la

³⁹⁵ “A renewed commitment to social Europe: Reinforcing the Open Method of Coordination for Social Protection and Social Inclusion”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, COM (2008) 0418 final.

³⁹⁶ http://europa.eu/legislatios_summaries/employment_and_socialpolicy

³⁹⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, COM (2000) 622 final, no publicada en Diario Oficial.

exclusión de quienes tienen sueldos más bajos, la coordinación de los sistemas públicos y privados y, por último, la solidez de las finanzas públicas que deben armonizar los costes de las pensiones con el resto³⁹⁸.

En el año 2005³⁹⁹ se continúa realizando un análisis de la materia con la Comunicación “Los valores europeos en la era de la globalización” (2005)⁴⁰⁰, donde se traslada la preocupación por el envejecimiento del futuro situándola en el presente, si bien explica que los efectos tardarán algún tiempo en hacerse sentir.

De nuevo la Comisión realiza un documento donde plantea los efectos del envejecimiento de la población y en el año 2005 presenta el Libro Verde “Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones” donde se advierte que todos los parámetros explicativos del actual envejecimiento han de ser considerados por las políticas públicas en materia social, promocionando la subida de la tasa de natalidad e implementando medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, entre otras.

Por último, la Comunicación de la Comisión “El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad” (2006)⁴⁰¹, debate sobre los fundamentales retos del momento, esto es, el aumento del gasto público debido al incremento de las jubilaciones en los siguientes años que conllevará la inviabilidad de los sistemas europeos y, por tanto, la necesaria intervención de los Estados para modificar los planteamientos del sistema.

2. Las líneas de trabajo marcadas.

³⁹⁸ Estas cuestiones vuelven a ser objeto de otra Comunicación de la Comisión: “Pensiones seguras y viables: planteamiento europeo al servicio de las estrategias nacionales” (2001) Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, COM (2001) 362 final, no publicado en Diario Oficial. Los parámetros de estudio son similares. Se pone especial énfasis en la garantía de unas pensiones mínimas que eviten la exclusión social de los ciudadanos de más edad. Asimismo se insiste en la idea de modernizar los sistemas de pensiones de acuerdo con las exigencias del mercado de trabajo y la evolución de las estructuras familiares.

³⁹⁹ En este punto, conviene recordar los Objetivos marcados para la empleabilidad de los trabajadores de mayor edad, en Estocolmo (2001) y Barcelona (2002). El primero pretende elevar la tasa de empleo de la población de entre 55 y 64 años hasta el 50% para el año 2010; el segundo, tiene como finalidad aumentar en cinco años la edad media efectiva a la que los europeos abandonan el mercado laboral. Según M. F. FLORES MAYO en *Envejecimiento Demográfico y Mercado de Trabajo: análisis de los determinantes de la participación laboral de los trabajadores en España* RUCT 9/2008; Págs. 95-119: “Ambos objetivos son complementarios y tienen como finalidad aumentar la tasa de participación de los trabajadores mayores en el mercado de trabajo”.

⁴⁰⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2005 (COM 2005, 525, final).

⁴⁰¹ Comunicación de la Comisión de 12 de octubre de 2006 (COM 2006 571 Final, no publicada en diario oficial).

En este contexto, una vez identificado y analizado el panorama europeo, la Comisión presenta a los países europeos cinco líneas de trabajo fundamentales para detener la problemática que el reto demográfico traerá consigo, centrándolas de la siguiente manera:

1. Favorecer las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, en especial la mejora del permiso parental, con el objeto de incrementar el número de nacimientos en los próximos años.

2. Promover la eficiencia y la productividad con el fin de aprovechar las oportunidades que plantean los cambios demográficos.

3. Reorganizar los Estados para recibir e integrar a los emigrantes para conseguir la mano de obra cualificada que se necesite para cubrir los puestos de trabajo que van a quedar vacantes por el efecto de las jubilaciones masivas⁴⁰².

4. Impulsar la prolongación de la vida laboral, evitando la discriminación de los mayores en el mercado de trabajo. En este punto, asimismo se favorecerá la transición entre las distintas fases de la vida, se trabajará en el ámbito de la formación permanente y se favorecerá una política de salud pública común en toda la Unión Europea con el fin de reducir las diferencias en la esperanza de vida entre los países.

5. Por último, hay que avanzar en la viabilidad de las finanzas públicas de los Estados, cuya principal medida debe ser la reforma del sistema de pensiones, adaptando la cobertura de los sistemas y el nivel de las cotizaciones al desarrollo del ahorro privado y al principio de capitalización.

Posteriormente, en el año 2007, se crea por parte de la Comisión un grupo de expertos en materia demográfica que pretende dar cobertura especializada a la Comisión para enfrentar este problema⁴⁰³, y que participa del foro establecido para intercambiar las experiencias que cada país ha puesto en marcha para tratar de evitarlo.

Ya en el año 2008, se realizan dos Comunicaciones por parte de la Comisión sobre este tema. La primera consiste en un Informe demográfico sobre Satisfacción de necesidades sociales en una sociedad en proceso de envejecimiento, que trabaja en orden a los mismos problemas⁴⁰⁴; la segunda Comunicación⁴⁰⁵ presenta un Informe sobre la Protección Social y la

⁴⁰² En este tema, se puede consultar la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo al Comité de las Regiones de 3 de junio de 2003 sobre inmigración, integración y empleo.

⁴⁰³ Decisión 2007/397/CE, de la Comisión de fecha 8 de junio de 2007 por la que se crea un grupo de expertos sobre cuestiones demográficas (DOCE L 150, de 12 de junio de 2007).

⁴⁰⁴ SEC (2008) 2911, no publicado en Diario oficial.

exclusión social, donde se apunta la necesidad de promocionar la prolongación de la vida activa y la viabilidad de los regímenes de jubilación.

3. Reducción del número de jubilaciones anticipadas.

Como ya se ha visto, una de las soluciones planteadas y con gran peso en la estructura de los cambios necesarios, es la reducción en el número de jubilaciones anticipadas en el entorno europeo, incrementando con ello la edad efectiva de abandono del mercado laboral. Los instrumentos que la Unión Europea propone⁴⁰⁶ encaminados a elevar esta edad efectiva aparecen en el informe “*Longer working lives through pension reforms*”, donde se pone en relación directa el principio de promoción de la vida activa con la reforma de las pensiones. Tras realizar un análisis de las jubilaciones anticipadas en catorce países europeos, el trabajo concluye que este tipo de jubilación se configura como una solución a la expulsión del mercado laboral para trabajadores en edades aún más tempranas. Por otro lado, se aconseja a los Estados introducir reformas que faciliten la jubilación gradual, flexibilizando el paso de la vida activa total a la pasiva.

4. La incidencia de la crisis en las reformas de los sistemas de pensiones.

En el Informe “Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la Unión Europea” (2009)⁴⁰⁷, la Comisión vuelve a plantearse los cambios demográficos y su impacto sobre los costes sociales. En la línea de las pensiones el Informe sigue indicando la necesidad de garantizar prestaciones adecuadas a los ciudadanos de edad avanzada, reforzar las condiciones de elegibilidad de las pensiones públicas y el desarrollo de los sistemas privados de capitalización.

⁴⁰⁵ “Rapport conjoint sur la protection sociale et l’inclusion sociale 2008”, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, COM (2008) 42, no publicado en Diario Oficial.

⁴⁰⁶ Entre otros, el Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de Regiones, informe solicitado por el Consejo Europeo de Estocolmo “*Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa*” de 2002 (COM/2002/0009 FINAL). Principalmente, se aboga por la revisión de los sistemas de imposición y prestaciones, recomendando la revisión de los incentivos ofrecidos a las empresas y a los trabajadores para que recurran a la jubilación anticipada en los procesos de reconversión y racionalización de actividades. Así, al contrario, habrá que fomentar la jubilación parcial y progresiva con el objeto de que los trabajadores prologuen su prestación de servicios más allá incluso de la edad de jubilación.

⁴⁰⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones de fecha 29 de abril de 2009 (COM 2009 180 Final, no publicado en el Diario Oficial).

En este caso, el Informe incorpora el importante matiz de la crisis económico-financiera internacional que afecta al viejo Continente y ajusta las herramientas que han de utilizarse para absorber el impacto de aquélla en lo referido a la evolución demográfica; para ello la recuperación económica se convierte, por supuesto, en eje central de las recomendaciones así como la readaptación de los objetivos ya existentes, de modo tal que se continúe con las políticas de formación permanente, la prolongación de la vida laboral, el fomento de la natalidad, la integración de los inmigrantes, apostando por la viabilidad de las finanzas públicas y las reformas en materia de pensiones.

VII. Un Punto de Inflexión en las Políticas de la UE: La Convergencia entre las Políticas de Empleo y las Políticas de Pensiones

1. La crisis económica y los retos de la Unión Europea: La Estrategia Europa 2020⁴⁰⁸.

La Estrategia Europa 2020 nace como respuesta al momento de transformación por el que pasa Europa, inmersa en plena crisis la cual “ha echado por tierra años de progreso económico y social y expuesto las debilidades estructurales de la economía europea”.

Siguiendo la línea clásica de actuación, a través de este documento se identifica como necesaria una estrategia que fortalezca a la UE convirtiéndola en una economía inteligente, sostenible e integradora. Desde un planteamiento global y centrado en el espacio que Europa quiere ocupar en el año 2020, se impone unos objetivos:

- ✓ El 75 % de la población de entre 20 y 64 años debería estar empleada.
- ✓ El 3 % del PIB de la UE debería ser invertido en I+D.
- ✓ Debería alcanzarse el objetivo «20/20/20» en materia de clima y energía (incluido un incremento al 30 % de la reducción de emisiones si se dan las condiciones para ello).
- ✓ El porcentaje de abandono escolar debería ser inferior al 10 % y al menos el 40 % de la generación más joven debería tener estudios superiores completos.
- ✓ El riesgo de pobreza debería amenazar a 20 millones de personas menos.

En concreto, acotando los objetivos al espacio de las políticas de empleo y de pensiones, la Comisión establece, en relación con las primeras, la necesidad de llevar a cabo

⁴⁰⁸ Comunicación de la Comisión “Europa 2020. Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”. COM (2010) 2020, de 03.03.2010.

una “Agenda de nuevas cualificaciones y empleo” que modernice los mercados laborales y potencie la autonomía de las personas mediante el desarrollo de capacidades a lo largo de su vida con el fin de aumentar la participación laboral y adecuar mejor la oferta y la demanda de trabajos, en particular a través de la movilidad laboral.

En lo referido a las pensiones, se hace imprescindible evaluar la adecuación y la viabilidad de los sistemas de protección social y de pensiones. Por su parte, y ya a escala nacional, los Estados Miembros deberán desplegar completamente sus sistemas de Seguridad Social y de pensiones para asegurar un apoyo adecuado a las rentas y el acceso a la atención sanitaria. Además de ello, y acompañando a un necesario saneamiento presupuestario y de viabilidad financiera a largo plazo, será necesario acometer importantes reformas estructurales, en especial en materia de pensiones.

El planteamiento general de la Estrategia 2020 no incorpora valoraciones concretas sobre la problemática singular de los trabajadores de mayor edad –sí las enuncia-, sin perjuicio, como se verá más adelante, de que el tratamiento coordinado de políticas de empleo y de pensiones se erige en la clave y principal punto de avance en el Libro Blanco, que constituye el primer documento específico que escenifica la Estrategia 2020 en este espacio.

1.1. El Libro Verde, en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros. (2010)

El Libro Verde (2010) se encarga de plasmar la necesidad de llevar a cabo reformas en los sistemas de pensiones europeos enmarcadas dentro del actual proceso de crisis económico-financiera. Esta crisis marcada por “la regresión del crecimiento económico, los presupuestos públicos, la estabilidad financiera y el empleo ha hecho más urgente el ajuste de las prácticas de jubilación y de la manera en que se adquieren los derechos a pensión. La crisis ha puesto de manifiesto que debe hacerse más por aumentar la eficiencia y la seguridad de los planes de pensiones”.⁴⁰⁹No abandona el Informe - como reto principal y elemento constante en las Comunicaciones de la materia- el envejecimiento demográfico, relacionándolo con la actual situación de crisis. Si algo favorece esta última es la mayor profundidad de los problemas planteados por la ya vieja invitada cuestión demográfica. De esta forma, propone la Comisión que las reformas de las pensiones vayan unidas a lo planteado por la Estrategia global Europa 2020 que, recordemos, tiene como objetivo

⁴⁰⁹ LIBRO VERDE, en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros. SEC (2010) 830. COM (2010) 365 final. Bruselas, 2010. Pág. 2

principal el crecimiento inteligente, sostenible e integrador. No olvida el informe insistir sobre las bajas tasas de natalidad europeas y el problema que ello plantea a la ratio activos-pasivos, haciendo tambalear las estructuras de los actuales sistemas en su concepción original.

El documento remarca la importancia del enfoque europeo, situando los enfoques comunes de la Unión Europea en materia de solvencia y educación social, un papel preeminente, a la par que plantea la demostrada interdependencia de los diferentes pilares de las pensiones en cada Estado. En base a la coordinación promovida, requiere la Comisión que aquélla se produzca en los temas que son comunes a los países europeos y que sitúa en *“el funcionamiento del mercado interior, los requisitos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento o los esfuerzos para que las reformas de las pensiones sean coherentes con la Estrategia Europa 2020”*.

A todo ello hay que unir una vida laboral compuesta por un menor número de años provocada por la incorporación más tardía a la actividad con motivo de las imperantes necesidades de formación de los jóvenes en la actualidad. Esto unido a una jubilación más temprana promovida por la expulsión precoz del mercado de trabajo de los trabajadores de mayor edad, refuerza esta conclusión que, lógicamente, impacta de manera nada despreciable en las cotizaciones, descendiendo su número de manera sustancial. Señala la Comisión que la solución al problema pasa por aumentar la productividad de los trabajadores e incrementar la edad mínima de acceso a la jubilación.

Los objetivos globales presentados por el documento son dos: la adecuación y la sostenibilidad de los sistemas de pensiones, que presenta como dos caras de la misma moneda. Las soluciones propuestas para el logro de la adecuación de las pensiones pasa por la modernización de los sistemas de pensiones, y como posible camino para solventar el problema de la insuficiente tasa de reemplazo en un futuro cercano, presenta la conveniencia de dar oportunidades a los futuros perceptores de pensiones para adquirir derechos complementarios –en forma de prolongación de la vida laboral o ampliando el acceso a planes de pensiones complementarios-. Respecto al objetivo de sostenibilidad, si bien el documento reconoce las reformas ya realizadas en algunos países, tendentes a limitar el aumento del futuro gasto de pensiones, aconseja que los cambios a acometer promuevan el potencial de crecimiento económico de la Unión Europea.

Por último, la Comisión invita a los países europeos a seguir trabajando en la línea de modificación de los sistemas, argumentando que las reformas de las pensiones ayudarán a alcanzar los objetivos de Europa 2020 en materia de empleo y sostenibilidad a largo plazo de

las finanzas públicas. Además, el perfeccionamiento del mercado interior de productos relacionados con las pensiones repercute directamente en el potencial de crecimiento de la Unión Europea y, por tanto, contribuye de forma directa a conseguir los objetivos de Europa 2020⁴¹⁰.

1.2. Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles.”⁴¹¹

En la línea continuista de su antecesor -el Libro Verde-, el Libro Blanco constituye una de las piezas de actuación diseñadas para responder a la Estrategia Europa 2020.

En armonía con su título, la argumentación del Libro Blanco 2012 descansa fundamentalmente en dos pilares, a saber, los consabidos retos actuales en materia de pensiones y la ya recurrente, aunque con novedosas e importantes aportaciones, necesidad de reformar los sistemas de pensiones. Cabe destacar, desde ahora y como novedad, que la UE por primera vez afronta la política de pensiones en términos de dependencia con las políticas de empleo de los trabajadores de mayor edad, evidenciando así que constituyen las dos caras de la misma moneda.

1.2.1. Retos actuales en materia de pensiones

Planteamientos de primer orden se sitúan en relación con la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones y en base al fundamental peso que el gasto en esta prestación representa respecto del PIB en la UE- en la actualidad el 10% y con previsión de que en 2060 alcance el 12,50%⁴¹²- , lo que anuncia el replanteamiento necesario de los sistemas de pensiones. Sin embargo, dicho esto, no podemos pasar por alto las diferencias que acerca de este dato presentan entre sí los países miembros⁴¹³, alcanzando en algunos casos hasta el

⁴¹⁰ LIBRO VERDE, en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros. SEC (2010) 830. COMO (2010) 365 final. Bruselas, 2010. Págs. 3-4.

⁴¹¹ COM (2012), 55 final, de 16.02.2012

⁴¹² Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”. COM (2012), 55 final, de 16.02.2012

⁴¹³ Cfr. M. ETXEZARRETA en *The European Union proposals for the Public Pension system...*cit., donde se advertía de que si bien el aumento de la proporción de personas mayores respecto al total de la población se observa en todos los países europeos, los porcentajes son diferentes en cada país y, por tanto y a priori, este proceso de envejecimiento puede tener resultados diferentes.

9%⁴¹⁴, que obligan necesariamente a volver a trazar la verdadera dimensión del “problema” demográfico.

Es decir, ante retos demográficos similares, las diferencias existentes entre unos y otros países miembros respecto del porcentaje del PIB destinado a cubrir el gasto en pensiones, nos anuncia cuando menos, la existencia de variables con igual o mayor peso que la meramente demográfica. En este sentido Fischer opinó, ya en el año 2006, *“no estoy de acuerdo con quienes dicen que el reto de las pensiones es principalmente demográfico. La demografía es importante, pero no la única causa, observamos además, una evolución de la participación del mercado laboral, totalmente diferente a la tendencia demográfica, por consiguiente, podemos decir que el reto de las pensiones combina ambos elementos”*⁴¹⁵. En este orden, es conveniente traer a colación la aportación que en este sentido realiza el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo en la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones- Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2012”⁴¹⁶, al afirmar que la actual presión sobre los sistemas de pensiones “se debe más a la falta de empleo y de inversión que a la demografía”.

Si, además, tenemos en cuenta que la contracción del empleo en Europa será de, aproximadamente, 19 millones de puestos de trabajo de aquí a 2060⁴¹⁷, nos encontramos ante un escenario con actores cuyo papel tiene ahora una mayor relevancia: tasa de empleo y productividad⁴¹⁸.

Si bien las distintas comunicaciones efectuadas por las instituciones de la UE -entre ellas la que en 2001 emitió el Consejo Europeo de Estocolmo incluyendo como una de las tres estrategias a llevar a cabo la de “aumentar las tasas de empleo, en particular la de los trabajadores de mayor edad, y la productividad”- ya habían plasmado la necesidad de actuar

⁴¹⁴ Sirva como ejemplo el gasto actual en pensiones públicas de Irlanda que se eleva a un 6%, mientras que Italia consume en esta prestación el 15% de su PIB.

⁴¹⁵ G. FISCHER, *Los objetivos comunes en materia de Protección Social de la UE: Modernización y reforma de los sistemas de pensiones*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. Extraordinario, 2006. Pág. 30.

⁴¹⁶ COM (2011) 815 final, de 22.02.2012

⁴¹⁷ Dato extraído de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE (Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico”. COM (2009) 180 final, de 24.09.2009.

⁴¹⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE (Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico”. COM (2009) 180 final, de 24.09.2009... cit. Pág. 4: “Al disminuir la oferta de trabajo, la productividad deberá ser el origen del crecimiento económico en el futuro”.

en este sentido⁴¹⁹, hasta ahora los mayores, tal vez únicos, esfuerzos llevados a cabo por los Estados Miembros en este espacio de actuación, han ido encaminados a consolidar el efectivo aumento de la edad legal de jubilación, lo que ha sido valorado por las instituciones europeas como una necesidad imperante.

Es necesario advertir sobre la necesidad de relativizar los datos referentes a las tasas de actividad y centrar los esfuerzos en las políticas de creación de empleo. De esta forma, hay que considerar que en el período 2020-2060 disminuirá la población en edad de trabajar, siendo previsible un crecimiento de las tasas de actividad, aunque se contraiga la creación de empleo. No obstante, y aun relativizando las tasas de actividad, es necesario según el propio Libro Blanco “alcanzar el objetivo de empleo de la UE o llegar al nivel de los países con mejores resultados”, lo que “podría neutralizar prácticamente los efectos del envejecimiento”⁴²⁰.

En lo referente al mantenimiento de la adecuación de las prestaciones por jubilación, ha de reconocerse previamente un importante logro obtenido en el sentido de que “las personas de más de sesenta y cinco años disponen de unos ingresos de prácticamente el 94% del de la media del total de la población en el peso de las pensiones en el PIB”⁴²¹ –población de la UE-. Sin embargo y poniendo la nota negativa a esta dato, nos encontramos con que en torno al 22% de las mujeres en estas edades están situadas por debajo del umbral de riesgo de pobreza. Como veremos, la corrección de este término se basa fundamentalmente en que se ofrezcan mejores oportunidades a las mujeres para entrar y permanecer en el mercado de trabajo, entre ellas, adoptar medidas destinadas a conciliar la vida laboral, privada y familiar y luchar contra las desigualdades de género aún existentes.

Por último, en relación con el aumento de la participación en el mercado de trabajo de los trabajadores de mayor edad –los comprendidos entre los 55 y 64 años-, se han de reconocer los avances que han tenido lugar en los últimos años pero que, una vez más, se tornan insuficientes. En 2001 la tasa de actividad del colectivo en esta edad se situaba en el 37,7% para la UE de los veintisiete, porcentaje que aumentó hasta 2010 en casi nueve puntos,

⁴¹⁹ En este sentido también FISCHER G. lo había advertido en el año 2006: “Necesitamos hacer algo con el empleo de las personas mayores, ya hay muchas cosas que pueden hacerse dentro y fuera del sistema de pensiones”, entre estas actuaciones “la forma en cómo los agentes sociales consideran el empleo de toda la población, cómo las empresas se ocupan de los trabajadores y si las personas de edad son vistas como improductivas e inútiles o, por el contrario, como recursos humanos con gran experiencia”. FISCHER G. *Los objetivos comunes en materia de Protección Social en la UE...*, cit., Pág. 43

⁴²⁰ Libro Blanco, “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles...” cit., Pág. 7

⁴²¹ Libro Blanco, “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles...” cit., Pág. 5

situándose en un 46,3%, aun así lejos del objetivo pretendido por la Estrategia de Lisboa que marcaba una tasa del 50% para este colectivo en ese año 2010.

A pesar de los avances, relativizados por la crisis, el Libro Blanco advierte que las reformas encaminadas a aumentar la tasa de participación de los trabajadores de mayor edad en el mercado laboral “serán fundamentales para mejorar el crecimiento económico y establecer unas bases sólidas, con vistas a unas pensiones sostenibles y adecuadas”. Máxime la importancia de este término si tenemos en cuenta que el resto de medidas –encaminadas, sobre todo, a aumentar la edad legal de jubilación tomada por la mayoría de los países miembros- encontrarían en este aumento de las tasas de actividad un mayor espacio donde impactar y conseguir con ello sus objetivos.

1.2.2. Necesidad de reformar las pensiones.

Pilar fundamental es el relativo a la necesidad de reformar las pensiones que aparece conectado con los Estudios Prospectivos Anuales sobre el Crecimiento 2011⁴²² y 2012⁴²³, donde se realizan una serie de recomendaciones encaminadas a contribuir al logro de una consolidación fiscal favorable al crecimiento y garantizar la adecuación y la sostenibilidad de las pensiones, a saber:

- a) Vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida.
- b) Restringir el acceso a los planes de jubilación anticipada y a otras vías de salida temprana del mercado laboral.
- c) Favorecer la prolongación de la vida laboral facilitando el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, adaptando los lugares de trabajo a una mano de obra más diversificada, desarrollando oportunidades de empleo para los trabajadores de más edad y fomentando el envejecimiento activo y saludable.
- d) Igualar la edad de jubilación de hombres y mujeres.
- e) Fomentar la constitución de planes de ahorro privados complementarios para mejorar los ingresos de la jubilación.

Como eje principal y respuesta a la necesidad de reformar las pensiones, aparece el necesario equilibrio al que ha de tenderse entre el tiempo de vida laboral y el tiempo de

⁴²² COM (2011) 11 final, de 12.01.2011

⁴²³ COM (2011) 815 final, de 23.11.2011

jubilación (ciclos vitales del trabajador⁴²⁴) y, en concreto, como hemos visto, resulta necesario vincular la edad de jubilación al aumento de la esperanza de vida logrado por los ciudadanos europeos⁴²⁵, restringir el acceso a los planes de jubilación anticipada, favorecer la prolongación de la vida laboral y acabar con las diferencias entre los hombres y mujeres en materia de pensiones.

La cuestión de género constituye una estrategia singular. En el año 2009, en 13 Estados de la UE se establecían edades diferentes de jubilación para hombres y mujeres. La corrección de esta desigualdad –que ya se ha iniciado en varios Estados en forma progresiva– constituirá una aportación muy significativa de cara a incrementar la participación de las mujeres de mayor edad en el mercado laboral contribuyendo, a su vez, a incrementar sus ingresos y a reducir las tasas de pobreza. No obstante, la identidad o igualación de las edades de jubilación, debe ir acompañada de acciones que consoliden la igualdad real o, al menos, busquen el equilibrio o la compensación de las desigualdades existentes⁴²⁶.

Finalmente, se establece como prioridad lograr una mayor relevancia de los planes de ahorro privados complementarios de jubilación de cara a conseguir el objetivo de sostenibilidad de los planes de pensiones europeos, sin olvidar que la actual crisis ha puesto de manifiesto la vulnerabilidad⁴²⁷ de estos complementos a pensiones. En este sentido, de nuevo, es fundamental abordar aspectos de igualdad de género con la intención de evitar que aumenten, de manera especial en tiempo de crisis, las desigualdades existentes también en el ámbito de planes de pensiones dado que “las mujeres en la actualidad tienen menos oportunidades que los hombres para constituir planes de ahorro complementarios”.

Por último y en aras de alcanzar los objetivos generales del Libro Blanco⁴²⁸ sobre las pensiones se insiste en la necesidad de “proporcionar un apoyo más eficaz a los Estados

⁴²⁴ J. L. MONEREO PÉREZ, *Ciclos vitales y Seguridad social: trabajo y protección social en una realidad cambiante...* cit.

⁴²⁵ En opinión de C. GARCÍA DE CORTÁZAR. “*Jubilación. Soluciones nacionales a un problema europeo*”. La Reforma de las Pensiones en la Ley 27/2011. VIII Congreso Nacional de AESSS. Pág. 41: “La prolongación de la vida laboral como reflejo del aumento de la esperanza de vida a lo largo del tiempo, aportará un beneficio doble, niveles de vida más altos y pensiones más sostenibles.”

⁴²⁶ En un comentario más amplio, el Libro Blanco alude a las diferencias entre géneros en materia de pensiones que tienen su origen en esas desigualdades en el mercado de trabajo y que conlleva el que las mujeres, en definitiva, tengan derecho a prestaciones más bajas. Y es aquí donde el documento advierte que hay que poner los esfuerzos para su modificación a través de la necesaria combinación de políticas sobre pensiones y empleo que tengan como finalidad combatir las diferencias de ingresos por jubilación basadas en el género.

⁴²⁷ Libro Blanco, “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles...” cit., Pág. 14: “La crisis ha puesto de relieve la vulnerabilidad de los planes de pensiones de capitalización frente a las crisis financieras y los recesos económicos. También ha hecho hincapié en la necesidad de revisar el marco regulador y el diseño de los planes de pensiones para mejorar la seguridad de los que tienen carácter privado”.

⁴²⁸ En su conclusión, el Libro Blanco:

miembros en sus esfuerzos por hacer que la prestación de pensiones sea adecuada, segura y sostenible»⁴²⁹.

1.3. Estudios Prospectivos anuales sobre el Crecimiento 2011⁴³⁰ Y 2012⁴³¹.

Como hemos apuntado, el Libro Blanco sustenta sus análisis en los Estudios Prospectivos Anuales sobre el Crecimiento para los años 2011 y 2012 concluyendo con algunos aspectos de interés, que analizamos seguidamente.

Respecto al primero de ellos, el del año 2011, se basa en un enfoque integrado de la recuperación que se sustenta en las medidas clave de la estrategia Europa 2020 y que cubren tres grandes ámbitos:

- I. Un saneamiento fiscal riguroso que permita aumentar la estabilidad macroeconómica.
- II. Reformas del mercado de trabajo para lograr mayores tasas de empleo.
- III. Medidas de fomento del crecimiento.

Recordemos que la Estrategia Europa 2020 tiene como prioridad en el ámbito de la reforma del mercado de trabajo, el logro de una mayor tasa de empleo de forma tal que ésta alcance un 75% para el año 2020; sin embargo, los indicadores actuales nos advierten que presentaremos un déficit sobre la tasa referida de entre el 2% y el 2,4%⁴³². Para subsanar esta desviación y basándonos en los problemas que la provocan fundamentalmente – envejecimiento de la población de la UE y una utilización relativamente baja de la mano de

-
- a) Se remite, de igual manera que el desarrollo del texto, a los planteamientos en materia de pensiones llevados a cabo por los Estudios Prospectivos Anuales sobre el Crecimiento de los años 2011 y 2012.
 - b) Presenta una estrategia a través de sus recomendaciones –fundamentalmente medidas relacionadas con el mercado de trabajo, encaminadas a capacitar a mujeres y hombres para que trabajen durante más tiempo– destinadas a conseguir unas pensiones adecuadas, sostenibles y seguras.
 - c) Demanda un planteamiento “más europeo” para combatir los problemas que afrontan los actuales sistemas de pensiones –concretamente a través de una coordinación más precisa en las políticas económicas–, que han de seguir un estrecho control en el contexto de la Estrategia Europa 2020.
 - d) Si bien reconoce la importancia de los retos derivados de los cambios demográficos y la sostenibilidad de las finanzas públicas, reconoce que “hay buenos métodos para superarlos”.
 - e) Por último urge a los Estados Miembros a ponerse a trabajar aplicando y poniendo en marcha inmediatamente y con decisión las medidas que este Libro Blanco presenta.

⁴²⁹ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Resumen de la Evaluación de impacto que acompaña al documento Libro Blanco, Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles. COM (2012) 55 final, de 16.02.2012. Pág. 6

⁴³⁰ COM (2011)11 final, de 12.01.11

⁴³¹ COM (2011) 815 final, de 23.11.2011

⁴³² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento: anticipo de la respuesta global de la UE a la crisis”. COM (2011) 11 final. Pág. 6

obra en comparación con otras partes del mundo- se torna necesario adoptar medidas de creación de empleo y aumento de la tasa de actividad partiendo de reformas “destinadas a fomentar la cualificación y crear incentivos laborales”.

En lo referente a las reformas de los sistemas de pensiones este Estudio las concreta a través del aumento de la edad de jubilación en consonancia con la esperanza de vida, la reducción prioritaria de los regímenes de jubilación anticipada, el fomento del ahorro privado como complemento de las pensiones de jubilación –recordemos que este Estudio es fuente del publicado posteriormente, Libro Blanco- y, por último, encomienda a la Comisión la revisión de la Directiva sobre fondos de pensiones⁴³³.

En definitiva, la segunda mayor prioridad que contempla este Estudio –la primera es impedir que se forme un círculo vicioso de deuda insostenible, perturbación de los mercados financieros y bajo crecimiento económico- es “una rápida reducción del desempleo mediante reformas del mercado de trabajo”, prioridad que ha tenido su respuesta a través de las reformas laborales llevadas a cabo en los últimos meses por algunos Estados Miembros, entre ellos España.

En relación al Estudio Prospectivo Anual sobre Crecimiento 2012, se reconocen los progresos en las reformas de los mercados laborales europeos que se han producido últimamente y, de manera concreta, “en el ámbito de las políticas activas del mercado de trabajo, las cualificaciones, el aprendizaje a lo largo de toda la vida y la educación”.

A su vez, el documento reitera y alerta sobre la actual aceleración en la retirada de trabajadores experimentados (trabajadores de más edad) del mercado laboral y con ello, el descenso de la población en edad laboral. Se apunta la existencia de una situación ciertamente paradójica, dado que ante tasas de desempleo altas – 23 millones de parados en la UE a finales de 2011- existe un “riesgo de falta de correspondencia estructural entre la oferta y la demanda de mano de obra, lo que entorpecerá la recuperación y el crecimiento a largo plazo. A medida que el desempleo iba alcanzando tasas altas, el número de ofertas de empleo no cubiertas también ha ido aumentando desde mediados de 2009. Esta situación es el resultado de la inadecuación de las condiciones salariales, la falta de cualificaciones adecuadas o la limitada movilidad geográfica”⁴³⁴.

⁴³³ Directiva 2003/41/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y a la supervisión de fondos de pensiones de empleo (DO L 235 de 23.09.2003, pág. 10).

⁴³⁴ Comunicación de la Comisión “Estudio Prospectivo Anual Sobre el Crecimiento 2012”. COM (2011) 815 final. 23.11.2011. Pág. 11.

Por último, el Estudio apunta determinados aspectos a los que debe darse prioridad para generar empleo:

✓ Avanzar con las recomendaciones acordadas sobre revisión de los mecanismos de fijación de salarios, de conformidad con las prácticas nacionales en materia de diálogo, para reflejar mejor la evolución de la productividad, y seguir adaptando las prestaciones por desempleo, en combinación con una activación más eficaz y planes de apoyo y formación adecuados para facilitar el retorno al trabajo.

✓ Mejorar la movilidad laboral mediante la eliminación de los obstáculos jurídicos pendientes, el impulso del reconocimiento de las cualificaciones y de la experiencia profesionales, el refuerzo de la cooperación entre los servicios públicos de empleo y la revisión del funcionamiento de los mercados de la vivienda y el suministro de infraestructura de transportes.

✓ Restringir el acceso a los regímenes de jubilación anticipada y a otras vías de salida temprana del mercado laboral y fomentar una vida laboral más larga mediante una mejora del acceso a la formación permanente, la adaptación de los lugares de trabajo a una mano de obra más diversificada y el desarrollo de oportunidades de trabajo para los trabajadores de más edad incluso a través de incentivos.

✓ Fomentar la creación de empresas y el trabajo autónomo, incluido el espíritu socioempresarial, mediante la mejora de la calidad de los sistemas de apoyo y la promoción de cualificaciones empresariales.

✓ Impulsar iniciativas que faciliten el desarrollo de los sectores con mayor potencial de creación de empleo, incluidos la economía baja en carbono (“empleos ecológicos”), el sector social y la sanidad (“empleos blancos”) y la economía digital.

Dicho esto, es en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones –Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2012⁴³⁵- donde se apuntan de manera precisa cuestiones relacionadas tanto con las políticas de empleo como con las políticas de pensiones. En un primer orden, se hace prioritaria la creación en la UE de 17,6 millones de puestos de trabajo que han de dar cobertura, de manera especial, a los colectivos desempleados de mayor peso, a saber, los jóvenes, las mujeres y a la

⁴³⁵ COM (2011) 815 final, de 22.02.2012

reinserción de trabajadores que se han visto expulsados del mercado de trabajo a consecuencia de la actual crisis.

En lo relativo a la reforma y modernización de los sistemas de pensiones cabe destacar, primeramente, la presión que en los últimos años se está ejerciendo sobre estos sistemas. Si bien es evidente el cambio demográfico –de sobra identificado y cuyas propuestas para salvarlo son conocidas y concretas- la presión sobre los sistemas de pensiones es debida en mayor medida a la falta de empleo y de inversión. Cabe preguntarse entonces si es necesaria la prolongación de la vida laboral; la respuesta es afirmativa pero ha de tenerse en cuenta que aquélla sólo será efectiva si se acompaña de políticas de crecimiento y empleo eficaces. Ante los problemas por los cuales los trabajadores de mayor edad abandonan prematuramente el mercado de trabajo –despido anticipado, falta de capacidad de adaptación a la intensidad de la labor que deben realizar, falta de oportunidades para formarse o reincorporarse al mercado de trabajo, problemas de salud, etc.- “sólo una política real de “envejecimiento activo” destinada a incrementar la participación en la formación y el aprendizaje permanente puede elevar de manera sostenible las tasas de empleo de las personas de más edad”.

Efectivamente, el Estudio identifica algunos problemas –por cierto, sobre los que ya se había escrito y razonado en nuestro país⁴³⁶- referidos a la carga que supone para otros pilares de los Sistemas de Seguridad Social –entre otros, invalidez permanente, desempleo-, el hecho de que este colectivo de trabajadores de mayor edad sean expulsados prematuramente del mercado de trabajo. En efecto, como se anunciaba al inicio de este trabajo, la edad de salida del mercado de trabajo dista de forma sustancial de la edad legal de jubilación –dato constatado antes de la aprobación de las reformas que han elevado la edad de jubilación- lo que evidencia que el acceso a la jubilación no se produce desde una situación de activo, en buen número de los casos, sino proveniente de otro pilar de protección social. La elevación de la edad de jubilación –generalizada hacia los 67 años- aumentará la diferencia entre la edad de expulsión y la edad de jubilación, impactando sobre los costes de protección derivados (incapacidad, desempleo, fórmulas asistenciales, etc) o sobre los niveles de rentas de los

⁴³⁶ J. L. TORTUERO PLAZA, en *“Reflexiones sobre la Reforma de la Jubilación. Un planteamiento global”*. La edad de jubilación. COMARES, Granada, 2011. Págs. 189-235, afirma: “También hemos advertido que las jubilaciones anticipadas no actúan como únicos instrumentos de anticipación de la edad, sino que normalmente van acompañadas de otros, tales como, la protección por desempleo y/o la utilización indebida de la incapacidad temporal. La combinación de todos ellos provoca una reducción de la “edad protegida” inferior a la anunciada y difícilmente sostenible en términos de equidad y de viabilidad del sistema”.

trabajadores que habrán sido conducidos hacia fórmulas de jubilación anticipada y reducida, o bien hacia métodos asistenciales o, simplemente, hacia su expulsión del sistema protector.

Hallamos, por tanto, en esta opinión que emite el Comité, el talón de Aquiles de las reformas encaminadas a elevar la edad legal de jubilación en los países miembros que así lo han hecho: si la población activa, una vez alcanzada la edad legal de jubilación, o bien ya está “prejubilada”, o bien expulsada del mercado de trabajo a través del despido temprano y acogida a alguna otra prestación de protección social ¿sobre quienes impactará la medida de elevación de la edad legal de jubilación?⁴³⁷. En respuesta a esta cuestión y para encontrar una solución el Consejo Económico y Social Europeo entiende que la aludida medida de elevación de la edad legal de jubilación debe ir acompañada, necesariamente, de todo un conjunto de medidas de carácter omnicompreensivo⁴³⁸, en el entendimiento de que los tiempos de cánticos de sirena, de las buenas y simples intenciones han llegado a su fin.

VIII. Políticas de Empleo en un Mercado de Trabajo Cambiante

⁴³⁷ J.L. TORTUERO PLAZA, “La Reforma de la Jubilación. (Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social)” THOMSON REUTERS-ARANZADI, Cizur Menor, 2011. Pág. 74: “El conjunto de medidas (retrasar la edad de jubilación anticipada, contratación indefinida del trabajador relevista, eliminar la jubilación especial a los 64 años, entre otras) permitirá aumentar la tasa de ocupación y, por tanto, dotar de mayor efectividad a las medidas que incentiven la permanencia en activo, e incluso a las que retrasen la edad de jubilación”.

⁴³⁸Así:

- Medidas para crear nuevos puestos de trabajo acordes con la edad y estabilizar el empleo de los trabajadores de más edad.
- Una política laboral ofensiva encaminada a reintegrar a los parados de más edad en la vida activa.
- Asesoramiento general y acompañamiento de las personas que buscan empleo.
- Medidas encaminadas a permitir una permanencia más prolongada de la vida activa desde el punto de vista físico y psíquico.
- Medidas para mejorar la capacidad integradora de los mercados de trabajo para las personas mayores con discapacidad.
- Medidas para que los individuos se muestren dispuestos a seguir trabajando más tiempo, incluida la disposición a participar en acciones de aprendizaje permanente y de prevención sanitaria.
- Desarrollo de modelos de trabajo negociados por los interlocutores sociales que favorezcan la salud a lo largo de toda la carrera profesional.
- Medidas de organización interna.
- Convenios reguladores y normas legales que garanticen una mayor participación de las personas de más edad en la formación continua, medidas de concienciación en favor de los trabajadores de más edad, incluidas campañas de sensibilización social para erradicar los estereotipos y prejuicios sobre los trabajadores de más edad y dotar de valor positivo al concepto de “envejecimiento”.
- Asesoramiento y apoyo a las empresas, especialmente a las Pymes para que planifiquen con la suficiente antelación sus recursos humanos y desarrollen una organización del trabajo acorde con la edad y el envejecimiento.
- Creación de incentivos adecuados para integrar en el empleo a las personas de más edad y mantenerlas en sus puestos de trabajo sin que ello suponga un falseamiento de la competencia.
- Introducción de incentivos socialmente aceptables a fin de mantener la actividad laboral, para todos los que busquen empleo y puedan trabajar.
- Cuando sea posible o deseable, elaboración de modelos más innovadores y atractivos para facilitar la transición de la vida activa a la jubilación dentro del sistema legal de pensiones.

Tras varios dictámenes, decisiones y comunicaciones en materia de políticas de empleo, emitidas a lo largo del año 2010, las instituciones europeas se limitan prácticamente a enunciar la necesidad de fomentar la participación en el mercado laboral de los trabajadores de mayor edad a través de reformas que garanticen las oportunidades a lo largo de toda su vida, reduciendo con ello la pobreza y la exclusión social mediante la eliminación de obstáculos a la participación en el mercado de trabajo⁴³⁹, así como a adoptar enfoques específicos para este colectivo de trabajadores, entre ellos, la mejora de sus aptitudes⁴⁴⁰.

Se echa en falta, por ello, la concreción de unas políticas de empleo que respondan a las necesidades evocadas por la Unión Europea para resolver uno de sus grandes problemas: la sostenibilidad del sistema de pensiones. En este sentido y a lo largo de este trabajo se han identificado dos acciones como complementarias: las políticas de pensiones y las de empleo, sin éstas aquéllas no tendrán una solución viable conforme a nuestro modelo social. Por tanto, cuando El Libro Verde de 2010 plasma la necesidad de llevar a cabo “un planteamiento integrado de las políticas en el ámbito económico y social y en el ámbito de los mercados financieros” y “reconoce los lazos y las sinergias existentes entre las pensiones y la estrategia global Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.... la meta es generar pensiones de jubilación adecuadas y sostenibles mediante la reforma de los sistemas de pensiones, por un lado, y los objetivos de Europa 2020, por otro, (que) se refuerzan mutuamente. Europa 2020 hace hincapié en la idea de más y mejores puestos de trabajo y en las transiciones positivas, aspectos ambos que son decisivos para que los trabajadores (mujeres y hombres) consoliden su derecho a pensión. El objetivo de una tasa de empleo del 75% exige tasas mucho mayores que las actuales en el grupo etario de cincuenta y cinco a sesenta y cinco años” por lo que los objetivos deberían ir acompañados de una pormenorizada relación de acciones a llevar a cabo por los Estados Miembros tendentes a conseguir ese planteamiento integrado de políticas.

Ya en el año 2010 era necesaria esa concreción –en períodos de crisis los tiempos, por cortos que puedan parecer, son decisivos-, sin embargo no es hasta el Dictamen del CESE sobre “El futuro del mercado de trabajo en Europa –en busca de una respuesta eficaz a las

⁴³⁹ Decisión 2010/707/CE, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados Miembros (Diario oficial L de 24.11.2010). Págs. 2 y 4.

⁴⁴⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Un programa de nuevas cualificaciones y empleos: una contribución europea hacia el pleno empleo”. COM (2010) 682 final/2, de 26.11.2010

tendencias demográficas”(Dictamen exploratorio)⁴⁴¹ de 2011, donde se enuncian de manera más precisa algunas medidas y conclusiones que pueden mostrar el camino a seguir por las políticas de empleo hacia los objetivos propuestos en materia de mercado laboral.

Para comprender mejor las conclusiones a las que, finalmente, llega el CESE en este Dictamen, es necesario destacar diversos aspectos relevantes, a saber:

a) El centro neurálgico del documento es el empleo y, en general, el mercado de trabajo europeo. Éste debe adaptarse a las nuevas tendencias demográficas utilizando de manera sistemática las posibilidades de empleo existentes en todas las categorías de edad –en especial, recurriendo al potencial del grupo de trabajadores de mayor edad a través, como aspecto clave, de la adaptación del trabajo a las personas mayores-.

b) La estrategia más eficaz actualmente para gestionar el envejecimiento de la población europea es conseguir el pleno uso del potencial de empleo disponible⁴⁴², con la advertencia de que las prácticas que llevan a cabo un aumento de la edad legal de jubilación no tienen la necesaria consecución práctica para solventar tal reto.

Como epicentro de las acciones a llevar a cabo se parte de la tasa de dependencia económica, definida por el Libro Blanco como “el porcentaje de personas desempleadas y pensionistas con respecto a las personas que trabajan”⁴⁴³ y que, a su vez, califica como el “problema real”. Pues bien, esta tasa de dependencia económica se torna más importante que las propias proporciones económicas o que la edad⁴⁴⁴ (como elemento demográfico de interés) de cara a solucionar los problemas de empleo y pensiones en nuestro continente.

Si “Europa alcanza el objetivo de empleo de la Estrategia 2020, fijado en una tasa del 75% de empleos en el grupo de edad de veinte a sesenta y cuatro años, y en el período 2020-

⁴⁴¹ (2011/C 318/01), de 13 de julio de 2011.

⁴⁴² En este sentido, coincide con la opinión de Leila Kurki: “Por lo que respecta al envejecimiento en Europa, la estrategia más eficaz es, con diferencia, el aprovechamiento al máximo de los potenciales de empleo existentes”. (Reunión con Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales de la Unión Europea) CES/11/77, de 17 de julio de 2011.

⁴⁴³ Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”... cit. Pág. 7

⁴⁴⁴ El Dictamen del CESE sobre “El futuro del mercado de trabajo en Europa –en busca de una respuesta eficaz a las tendencias demográficas...”, cit., se refiere a la opinión vertida hace ya varios años por la Comisión Europea cuando advertía que la edad es un criterio mucho menos relevante en el cumplimiento de los retos demográficos que la situación laboral real de las personas en edad de trabajo: “La población activa es de hecho mucho menor que el grupo de edad 15-64 (...) Esto deja un margen considerable para aumentar el empleo en la mayoría de estados miembros y, por consiguiente, una oportunidad para lograr un equilibrio mucho más favorable entre la población en el empleo y personas mayores jubiladas (...). Esto ilustra la importancia de elevar los niveles de empleo en la UE. Podría decirse que es la estrategia más efectiva con la cual los países pueden prepararse para el envejecimiento de la población”. Pág. 318/6

O bien, este propio Dictamen que en su primera página ya advierte: “No son las relaciones demográficas (entre personas mayores y personas en edad de trabajar) las que determinan las futuras necesidades de financiación de las pensiones; la evolución de la tasa de dependencia económica, es decir, la proporción entre los perceptores de prestaciones y la población ocupada, es fundamental también a este respecto”.

2050 se logran nuevos progresos, en 2050 la tasa de dependencia económica solo llegará hasta el 79%, desde el 65% actual”⁴⁴⁵, es decir, dentro de unos límites considerados aceptables.

Queda en evidencia, como ya se ha puesto de manifiesto en este trabajo, que la medida de elevación de la edad legal de jubilación tendrá un impacto menor⁴⁴⁶, mientras que el mantenimiento de un porcentaje de la tasa de dependencia en términos aceptables, como los vistos, garantizaría la viabilidad de los sistemas de pensiones a través del empleo. Sin olvidar que esto conllevaría la requerida elevación de tasas de actividad en los trabajadores de entre 55 y 64 años que representarán en el futuro un cada vez mayor porcentaje de la población activa, al menos hasta principios de la década de 2030⁴⁴⁷.

En este contexto, el CESE considera sumamente importante hacer hincapié en la relación existente entre la evolución del mercado de trabajo y la evolución de la dependencia económica, a fin de dar con las respuestas correctas al desafío demográfico.⁴⁴⁸

En definitiva, alcanzar una adecuada tasa económica de dependencia y no la elevación de la edad de jubilación, será la que “determinará las futuras necesidades de financiación de las pensiones”.

Centrados, por lo dicho, en esta tasa de dependencia corresponde entonces determinar las pautas para conseguir esos niveles de empleo para que aquélla permanezca dentro de un intervalo considerado adecuado⁴⁴⁹. Así, se estima necesaria una amplia aplicación de las políticas encaminadas a promover la participación del colectivo de mayor edad en el mercado de trabajo (condiciones más favorables para las personas de más edad, ampliación de la educación y formación, medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, entre otras), en los términos expuestos.

Sin embargo, no se limita este documento a reflexionar sobre el colectivo de mayor edad como ofertante de trabajo –una de las caras del empleo–, en su visión de reto demográfico sino que también lo observa y reconoce como una oportunidad. Esta

⁴⁴⁵ Libro Blanco “Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles”... cit. Pág. 7

⁴⁴⁶ Leila Kurki sobre la elevación de la edad de jubilación dijo: “los esfuerzos por incrementar las tasas de actividad de las personas mayores recurriendo a intervenciones en los sistemas de pensiones, restringiendo las condiciones de acceso, debilitando los derechos a prestaciones o aumentando la edad de jubilación, sencillamente, no funcionan”, (Reunión con Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales de la Unión Europea)... cit.

⁴⁴⁷ Momento en que alcanzarán los 55 años los últimos nacidos dentro de la generación del *baby boom*.

⁴⁴⁸ Dictamen del CESE sobre “El futuro del mercado de trabajo en Europa –en busca de una respuesta eficaz a las tendencias demográficas...”, cit., Pág. 318/3

⁴⁴⁹ Podríamos decir que, a través de la opinión expresada por el CESE en su Dictamen sobre “El futuro del mercado de trabajo en Europa –en busca de una respuesta eficaz a las tendencias demográficas...”, cit., la UE considera ejemplar una tasa de dependencia económica del 72% para el año 2050, como previsiblemente será el caso de Austria.

oportunidad se refiere a la creación de empleo que conllevará la llegada a la edad de jubilación de un colectivo en constante aumento⁴⁵⁰ durante, al menos, 25-30 años y que, previsiblemente, permanecerá en ella un, también, creciente número de años. Así “cabe esperar que la evolución demográfica refuerce la tendencia (ya de por sí marcada) hacia una sociedad de servicios. Junto a otros sectores, los servicios de salud y de asistencia, entre otros, crecerán de manera proporcionalmente más rápida. (...) pero también en los sectores del turismo y del ocio” cuyo aprovechamiento como yacimiento de empleo “dependerá de que la creciente demanda se asuma como una oportunidad”⁴⁵¹.

Por otro lado y como una pieza más del mecano, se hace necesario trabajar en la lucha contra la discriminación de que son objeto en ocasiones los trabajadores de mayor edad, así como tratar de erradicar los juicios de valor negativos que existen sobre estos trabajadores: que son más costosos –por los derechos adquiridos, la antigüedad, los costos sociales, etc-, que son menos productivos –por problemas físicos y habilidades no actualizadas- o que adolecen de una formación y/o habilidades necesarias⁴⁵².

Este planteamiento que tiene como fin aumentar las tasas de ocupación de los trabajadores de más edad no significa, ni ha de conllevar, que el trabajador sienta una mayor presión para continuar en el mercado de trabajo, ni tampoco dar lugar a situaciones de miseria para aquéllos que no puedan continuar trabajando; muy al contrario, se aboga porque estos trabajadores permanezcan hasta la edad legal de jubilación, como hasta ahora, pero con unas mejores condiciones y nunca añadiendo una sobrecarga, y en todo caso respetando la vejez; en este orden se afirma que: “No es únicamente... la pérdida o limitación de la capacidad de trabajo lo que impone la tutela de la vejez sino la debilidad que en el hombre produce. “La

⁴⁵⁰ “Las personas mayores es probable que representen una proporción creciente de la población total –los mayores de 65 años o más representarán un 29,5% de la UE-27 de la población para el año 2060 (17,4% en 2010). En *Population structure and ageing. Future trends in population ageing*, EUROSTAT, **octubre de 2011**. http://epp.eurostat.ec.europa.es/statistics_explained/index.php/Population_structure_and_ageing

⁴⁵¹ Dictamen del CESE sobre “El futuro del mercado de trabajo en Europa –en busca de una respuesta eficaz a las tendencias demográficas...”, cit., Pág. 318/6

⁴⁵² En este sentido, el Informe “Conditions of work and employment for older workers in industrialized countries: Understanding the issues”. OIT, 2006. Pág. 8: “En mercados de trabajo competitivos, algunos grupos son más vulnerables que otros. En términos generales los trabajadores de mayor edad son considerados uno de los grupos más vulnerables en el mercado de trabajo. Son varias las razones por lo que esto es así. Desde una perspectiva laboral, se considera que los trabajadores de mayor edad son más caros que los trabajadores jóvenes, debido a sus altas compensaciones, derechos de antigüedad, prestaciones laborales y los costes sociales que suponen para el empleador. También son vistos por los empleadores como menos productivos debido a problemas físicos y habilidades no adaptadas a los estándares modernos. Por lo tanto, estos trabajadores, especialmente aquéllos con una formación o habilidades limitadas, se sitúan en primer lugar cuando las organizaciones se plantean reducir el nivel de empleo, encontrándose a menudo con dificultades para encontrar un nuevo trabajo. Algunos de ellos permanecen en el desempleo debido a su edad, su preparación limitada o la falta de familiarización con las innovaciones en el puesto de trabajo”.

cisura de la vejez es más significativa que todas las anteriores y más brutalmente negativa; parece como si todas las pérdidas se concentraran”⁴⁵³.

Para lograr el objetivo marcado acerca de aprovechar el potencial pleno del empleo que posee Europa, se realiza a continuación un planteamiento general del mercado de trabajo actual de las personas de más edad. Hallamos de este modo una serie de realidades que analizamos seguidamente.

En primer lugar, se reconoce la infrautilización del potencial de empleo de los trabajadores de mayor edad. Si bien la tasa de desempleo de este colectivo no difiere de manera importante respecto de las del resto de los grupos de edad –exceptuando la de los jóvenes, que es especialmente dramática–, la explicación a este “buen dato en apariencia” –dado que en la realidad la cifra de desempleo real es mayor– la encontramos en el “hecho de que muchas personas mayores no activas, pero en condiciones de trabajar, no están registradas como desempleadas, sino que se hallan “aparcadas” en “sistemas de acogida”.

Por otro lado, los trabajadores de mayor edad presentan una situación dramática una vez se instalan, a edades tardías, en situación de desempleo, dado que así permanecen hasta el final de su vida laboral o acogimiento por otros sistemas de acogida, en el 50% de los casos, consolidándose como el colectivo mayor de desempleados de larga duración.

En relación con el colectivo de jóvenes, se advierte que: “los trabajadores jóvenes y los de más edad no pueden intercambiarse con facilidad: mientras que, por término medio, la capacidad de aprendizaje de los jóvenes es más flexible, los mayores aportan más experiencia. Incluso cuando la productividad del individuo se vea reducida en algunos aspectos (por ejemplo, la capacidad de rendimiento físico), esta reducción, puede compensarse mediante cambios en la organización del trabajo, una formación continuada adecuada, medidas de prevención sanitaria y una aplicación más eficaz de las tecnologías relacionadas con el trabajo”. Se introducen, además, aspectos relativos al logro y mantenimiento de la productividad que aportan los trabajadores de más edad a través del mantenimiento de los conocimientos técnicos que atesoran⁴⁵⁴, “a fin de cuentas, se trata de que las empresas

⁴⁵³ J. R. MERCADER UGUINA. (Convocatoria 2006). “Principio de igualdad, trabajadores maduros y condiciones de trabajo (en especial acceso al empleo y extinción)”. Madrid. Estudios de I+D+I, nº 46. Fecha de publicación: 27/08/2009.

<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/imserso-estudiosidi-46.pdf>

⁴⁵⁴ La OIT, a través de una breve ficha de información, “Conditions of work and employment: Issues for older workers, Hoja Informativa”, Ginebra, OIT. 2008, ofrece asesoramiento sobre el empleo de trabajadores de edad avanzada. En ella se refieren a “las ventajas que pueden obtener los empleadores al reclutar a trabajadores de edad avanzada...” Se sugiere además que la flexibilidad en el tiempo de trabajo de estos trabajadores experimentados puede constituir una vía para su mantenimiento en el empleo “al ofrecer a los trabajadores de edad avanzada diversas opciones respecto al modo de ordenar su tiempo de trabajo, los empleadores se

integren oportunamente los cambios demográficos en su política de desarrollo del personal y aprovechen una combinación óptima de los puntos fuertes de los trabajadores de diferentes edades”.

En definitiva, el cumplimiento de los objetivos requiere cambios sustanciales. En efecto, por un lado, si se quiere que las personas se jubilen más tarde, habrán de crearse puestos de trabajo configurados en relación a tal fin, no creándolos específicamente para los trabajadores de mayor edad, sino que esta adaptación debe ser una carrera de fondo a lo largo de toda la vida del trabajador, previniendo y organizando los factores o efectos nocivos para la salud; por otro lado, no sólo habrán de planificarse los puestos de trabajo para este colectivo teniendo en cuenta la visión atrayente para el empresario sino que han de resultar también atractivos para los trabajadores de mayor edad, garantizando con ello en buena medida una mejor respuesta ante su permanencia en el mercado de trabajo.

IX. El Impacto de las Recomendaciones de la Unión Europea en las Reformas Españolas

La problemática española, al igual que la de otros Estados de la UE, es un fiel reflejo de los planteamientos efectuados por las instituciones europeas. En efecto, usamos y abusamos de las jubilaciones anticipadas y de las prejubilaciones; carecemos de una política de empleo para los trabajadores de mayor edad; la tasa de actividad de éstos trabajadores no alcanza el 50 %; la edad media de jubilación se sitúa en 63 años, incluso inferior si contabilizamos los tiempos de desempleo e incapacidad temporal; y nos afecta singularmente el impacto demográfico, con la particularidad de que nuestra generación del *baby boom* se retrasa aproximadamente 10 años con respecto a la europea. Todo ello, sin perjuicio de los devastadores efectos de la crisis que está impactando de forma agresiva sobre el tejido productivo y provocando unas cifras de paro dramáticas, con todos sus efectos derivados.

Referencias

R. ALONSO GARCÍA *El soft-law comunitario*. Revista de Administración Pública, núm. 154. 2001

benefician tanto de mantener la experiencia y las cualificaciones de estos empleados, como de la transmisión de su conocimiento de la organización a trabajadores más jóvenes”. *Discriminación por edad: Mayor de 50 ¿y qué?* Trabajo, la Revista de la OIT, N° 72, Agosto de 2011. Págs. 23 a 25

- J. CABEZA PEREIRA, *Estrategia europea, Estado Autonómico y política de empleo*, en AAVV., Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Laborum, Murcia 2007
- C. DUNCAN *Assessing anti-ageism routes to older worker re-engagement*, Work, Employment and Society, 17 (1), 2003
- M. ETXEZARRETA en *The European Union proposals for the Public Pension system* Euromemorandum 2002
- G. FISCHER, *Los objetivos comunes en materia de Protección Social de la UE: Modernización y reforma de los sistemas de pensiones*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. Extraordinario, 2006
- M. F. FLORES MAYO en *Envejecimiento Demográfico y Mercado de Trabajo: análisis de los determinantes de la participación laboral de los trabajadores en España* RUCT 9/2008
- M. FUCHS, *La reforma de las pensiones en Europa*, VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, sobre “La Reforma de las pensiones”, 9 y 10-VI-2011, publicado en CD, Ediciones Laborum
- C. GARCÍA DE CORTÁZAR. “*Jubilación. Soluciones nacionales a un problema europeo*”. La Reforma de las Pensiones en la Ley 27/2011. VIII Congreso Nacional de AESSS
- M. D. GARCÍA VALVERDE y J. A. MALDONADO MOLINA, *La protección de la tercera edad. Su tratamiento en la Constitución Europea*, Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 57, 2005
- P. L. GOMIS DÍAZ, *La política social y de empleo en el Tratado de Amsterdam*, CES, Madrid, 1999
- L. LÓPEZ CUMBRE, *Aumento de la Tasa de Población Activa y Fomento de la Prolongación de la Vida Activa*. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 37
- L. LÓPEZ CUMBRE, *Jubilación flexible en la Unión Europea*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Extra 1, 2002
- N. M. MARTÍNEZ YAÑEZ, *La Coordinación de las políticas de empleo a la luz del Tratado de Lisboa*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 92, 2011
- J. R. MERCADER UGUINA. (Convocatoria 2006). “Principio de igualdad, trabajadores maduros y condiciones de trabajo (en especial acceso al empleo y extinción)”. Madrid. Estudios de I+D+I, nº 46. Fecha de publicación: 27/08/2009

- J. M. MIRANDA BOTO, *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Aranzadi-Thomson, Pamplona. 2009
- J.L. MONEREO PEREZ, *Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante*, Revista Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. Extraordinario 74, 2008
- S. NICKELL, *A Picture of European Unemployment: Success and Failure*, CEP, Discussion Paper, 577/2003
- P. OLIVELLI, *Diritti sociali e Metodo di Coordinamento aperto in Europa*, ADL, 2, 2002
- V. PÉREZ MENAYO, *El método abierto de coordinación en la Unión Europea: su aplicación a las pensiones*, [Noticias de la Unión Europea, nº 222, 2003](#)
- S. REGENT, *The Open Method of Coordination: A New Supranational Form of Governance*, ELJ, 9, 2, 2003
- M. ROBLES CARRILLO, *El Método abierto de coordinación: una técnica original de acción europea*, Gaceta jurídica de la Unión Europea, 239, 2005
- F. VALDES DAL-RÉ, *SoftLaw. Derecho del trabajo y orden económico globalizado*, Revista de Relaciones Laborales, T.I, 2005
- E. TERRADILLOS ORMAETXEA, *Validez y límites del método abierto de coordinación en la política de empleo comunitaria* en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 72. 2008
- J. L. TORTUERO PLAZA, *Jubilación forzosa jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial)*. Civitas. Madrid. 2002
- J.L. TORTUERO PLAZA, “La Reforma de la Jubilación. (Marco de Referencia y Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social)” THOMSON REUTERS-ARANZADI, Cizur Menor, 2011
- J. L. TORTUERO PLAZA, en “*Reflexiones sobre la Reforma de la Jubilación. Un planteamiento global*”. La edad de jubilación. COMARES, Granada, 2011
- P. VERKINDT, *La réforme des retraites. Entre le clair et l’obscur*, Droit social, num.3, 2011

LA CRISIS ECONÓMICA VERSUS REFORMA DEL SISTEMA DE PENSIONES

THE ECONOMIC CRISIS VERSUS THE PENSIONS SYSTEM REFORM

José Luis Tortuero Plaza.⁴⁵⁵

Extracto: De todos los riesgos cubiertos por la Seguridad Social consistentes en defectos de rentas, el más importante, con mucho, es el de vejez. Y ello, porque se trata de una situación caracterizada por la frecuencia de su cristalización, al constituir el término previsible y normal de la vida profesional del individuo. Podemos decir, por tanto, que la jubilación es receptora, en términos generales, del conjunto de ciudadanos que se incorporan a la población activa, de ahí la importante dependencia de las estructuras demográficas de cada país y de los fenómenos que inciden sobre aquéllas. La característica referida viene agravada por el progresivo aumento de la esperanza de vida de la población lo que deriva en el creciente disfrute temporal de la pensión y su añadida necesidad de revalorización periódica, de forma que las pensiones mantengan, al menos, su poder adquisitivo.

Podemos afirmar que la jubilación constituye la médula espinal de cualquier sistema de protección social. Igualmente lo es, que su ordenación jurídica gira en torno al establecimiento de una edad fija o variable que articula el tránsito de la situación de activo a la situación de pensionista de jubilación. La edad se convierte así, en la llave maestra del sistema y adquiere por tanto connotaciones de especial relevancia. Precisamente por ello, hay que ser especialmente cuidadoso a la hora de redefinir la edad de jubilación, no sólo por la complejidad de la tarea en sí misma, sino por el entramado de condicionantes propios y ajenos o colaterales, presentes y futuros que actúan en un espacio múltiple de difícil y necesario equilibrio. La singularidad de los tiempos actuales está en que múltiples piezas del entramado global se han desencajado afectando al equilibrio del sistema y, por tanto, a su viabilidad.

A todos estos temas me referiré a lo largo de las reflexiones que siguen, centrándome en las reformas efectuadas en España, que comparten múltiples espacios con las efectuadas en otros Estados de la UE.

Artigo recebido em 08/05/2015

⁴⁵⁵ Profesor Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid – UCM (España). Director del Título de Experto en Seguridad Social de la UCM.

Palabras clave: políticas de pensiones, jubilación, edad de jubilación, políticas de empleo, trabajadores de mayor edad, factor de sostenibilidad, jubilaciones anticipadas, las reformas en España, discriminación por edad.

Abstract: Of all the risks covered by Social Security defects consistent income, the most important is the old age. And this, because it is a situation characterized by the frequency of their crystallization, constituting the term predictable and normal working life of the individual. We can say, therefore, that retirement is receiving, in general terms, the total number of citizens who join the workforce, hence the significant dependence of the demographic structures of each country and phenomena that affect those. Said property is aggravated by the progressive increase in life expectancy of the population which results in the increasing temporal enjoyment of the pension and added need for periodic revaluation, so that pensions maintain at least their purchasing power.

We can say that retirement is the backbone of any system of social protection. Equally so, that legal ordination revolves around the establishment of a fixed variable age or articulates the transition from active status to the status of retired pensioner. Age was thus becomes the master key system and thus acquires connotations of particular relevance. Precisely for this reason, we must be especially careful when redefining retirement age, not only by the complexity of the task itself, but by the network of themselves and others or collateral, present and future constraints acting on a Multiple difficult and space necessary balance. The uniqueness of the present time is that multiple pieces of fabric are dislocated overall affecting the balance of the system and thus its viability.

All these issues I will refer throughout the reflections that follow, focusing on the reforms in Spain, which share multiple spaces with those made in other EU states.

Keywords: pension policies, retirement, retirement age, employment policies, older workers, sustainability factor, early retirement, reforms in Spain, age discrimination.

I. Introducción en Clave Europea

De todos los riesgos cubiertos por la Seguridad Social consistentes en defectos de rentas, el más importante, con mucho, es el de vejez. Y ello, porque se trata de una contingencia caracterizada por la frecuencia de su cristalización, al constituir el término

previsible y normal de la vida profesional del individuo, tan sólo alterada por situaciones cuantitativamente irrelevantes de invalidez y muerte. Podemos decir, por tanto, que la jubilación es receptora, en términos generales, del conjunto de ciudadanos que se incorporan a la población activa, de ahí la importante dependencia de las estructuras demográficas de cada país y de los fenómenos que inciden sobre aquéllas. La característica referida viene agravada por el progresivo aumento de la esperanza de vida de la población lo que deriva en el creciente disfrute temporal de la pensión y su añadida necesidad de su revalorización periódica, de forma que las pensiones mantengan, al menos, su poder adquisitivo.

Conforme lo anterior, podemos afirmar que la jubilación constituye la médula espinal de cualquier sistema de protección social. Igualmente lo es, que su ordenación jurídica gira en torno al establecimiento de una edad fija o variable que articula el tránsito de la situación de activo a la situación de pensionista de jubilación. La edad se convierte así, en la llave maestra del sistema y adquiere por tanto connotaciones de especial relevancia. Precisamente por ello, hay que ser especialmente cuidadoso a la hora de redefinir la edad de jubilación, no sólo por la complejidad de la tarea en sí misma, sino por el entramado de condicionantes propios y ajenos o colaterales, presentes y futuros que actúan en un espacio múltiple de difícil y necesario equilibrio. La singularidad de los tiempos actuales está en que múltiples piezas del entramado global se han desencajado afectando al equilibrio del sistema y, por tanto, a su viabilidad. A todos estos temas me referiré a lo largo de las reflexiones que siguen.

Junto a los elementos descritos, debemos añadir otro de singular importancia, a saber, la ruptura del equilibrio o de la proporcionalidad entre el conjunto de ciudadanos que entran en la población activa y los que salen de la misma para acceder a la jubilación. Esta ruptura viene provocada por la disminución progresiva y notable de la tasa de natalidad (si bien en la parte baja de la pirámide de población es donde más diferencias existen entre los países de la UE, se da como promedio del número de hijos por mujer la cifra de 1,5 – siendo el umbral de la rotación generacional el 2,1- y se prevé una tasa de 1,6 para el 2030; en España, los datos más recientes, fijan el índice de fecundidad en 1,39 en el 2007, con una previsión para el 2017 de 1,46). No obstante, la disminución de la población nacional puede ser parcialmente compensada, como ha ocurrido en España en los años anteriores a la crisis, con el incremento de la población emigrante. Si bien los datos son muy desiguales en los

países de la UE, en el periodo 1995-2007, España, Italia y el Reino Unido han recibido las tres cuartas partes de la migración europea⁴⁵⁶.

El incremento de la esperanza de vida fue tremendamente importante en los últimos cincuenta años (desde 1960, el incremento medio de la UE ha sido de 8 años, con una importante brecha entre Oriente y Occidente en la UE.27, y que en particular se refiere al hombre, que puede esperar vivir sólo hasta los 65-70 años en ocho de los Estados miembros de Europa central y oriental, en comparación con un promedio de más de 76 años en la UE-15) y lo seguirá siendo, aunque con menor intensidad, en el futuro (las previsiones en la UE, son de 5 años de aumento sobre el dato actual hasta 2.050). Igualmente relevante es la esperanza de vida a los 65 años que se sitúa como media (UE.27) en 16,8 años para los hombres y 20,4 años para las mujeres, si bien la media es superada en los Estados del UE.15⁴⁵⁷ De ello deriva una desconexión creciente entre las edades jubilatorias fijadas, en términos generales, durante la primera mitad del siglo XX, y la actual esperanza de vida a los 65 años, lo que exige medidas de reordenación que pueden tener, como veremos, distinto alcance y contenido. La importancia de la esperanza de vida ha provocado que en varios Estados de la UE, [y en breve (posiblemente a partir del 2014) también en España] quede integrado en el cálculo de las pensiones iniciales de jubilación mediante la aplicación del denominado factor de equidad intergeneracional (factor de primera generación) ⁴⁵⁸

Conviene también hacer referencia a los cambios en la intensidad de los flujos jubilatorios. Una característica notable con fecha en los calendarios europeos es la llegada a la jubilación de las generaciones del *baby boom*, esto es, de generaciones singularmente numerosas nacidas en Europa occidental y Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial, en el periodo de 1946 a 1964. En España el fenómeno se retrasó hasta avanzados los años cincuenta, esto es, hasta el periodo comprendido entre 1957 y 1977. La mayor intensidad en el flujo jubilatorio ha encendido las luces de alarma, tanto por el impacto que en sí mismo

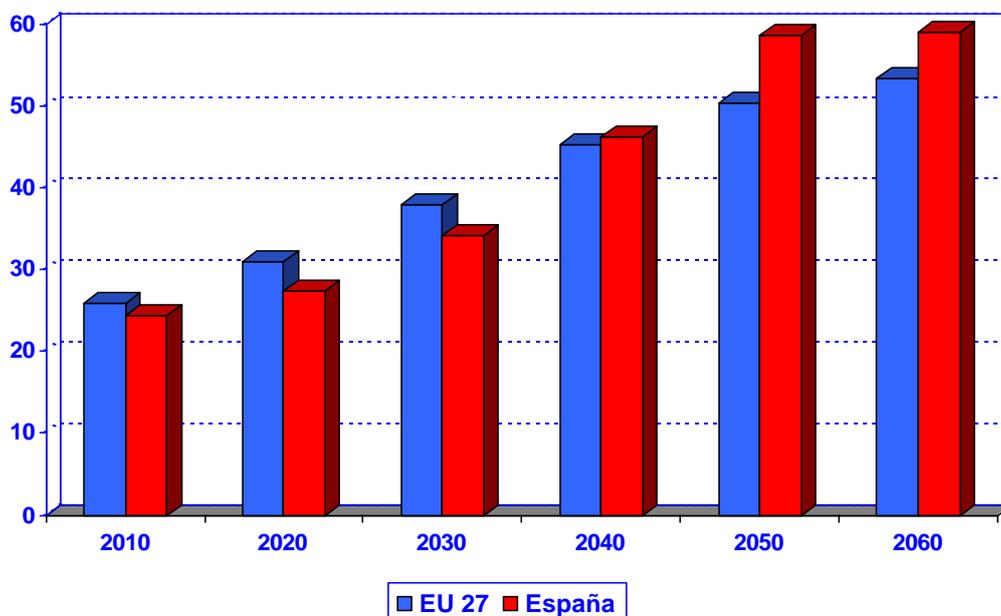
⁴⁵⁶ Commission of the European communities. Demography Report 2008, Brussels, SEC (2008)2911. La Comisión ha vuelto a realizar un Informe sobre el envejecimiento demográfico en el año 2009 (“*Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE*”), basado en las previsiones presentadas por Eurostat 2008 donde de nuevo vuelve a replantear la transición demográfica que está viviendo Europa y los costes sociales de dicha realidad. Ver la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones de 29 de abril de 2009 (COM (2009) 180 FINAL- no publicado en el Diario Oficial

⁴⁵⁷ FUENTE: *Europe in figures. Eurostat year book 2010*.

⁴⁵⁸ Sobre este factor puede verse el trabajo de MENEU GAYA, R.; DEVESA CARPIO, J. E.; DEVESA CARPIO, M.; NAGORE GARCIA, A.; DOMINGUEZ FABIAN, I.; y ENCINAS GOENECHEA, B.: “El factor de sostenibilidad: diseños alternativos y valoración financiero-actuarial de sus efectos sobre los parámetros del sistema”. Revista Economía Española y Protección Social, 2013.

provocará el fenómeno, como por la confluencia de una reducción de la población activa motivada por la bajada de las tasas de natalidad. Singularmente, cuando se anuncia que la ratio activos-pasivos fijada hoy es de aproximadamente cuatro personas en edad de trabajar por cada persona mayor de 65 años, en el futuro (2060), la ratio será sólo de dos activos⁴⁵⁹. Con todo, adviértase que si bien los problemas de los sistemas de pensiones son en gran medida de origen demográfico, las soluciones están lejos de ser “sólo” de carácter demográfico.

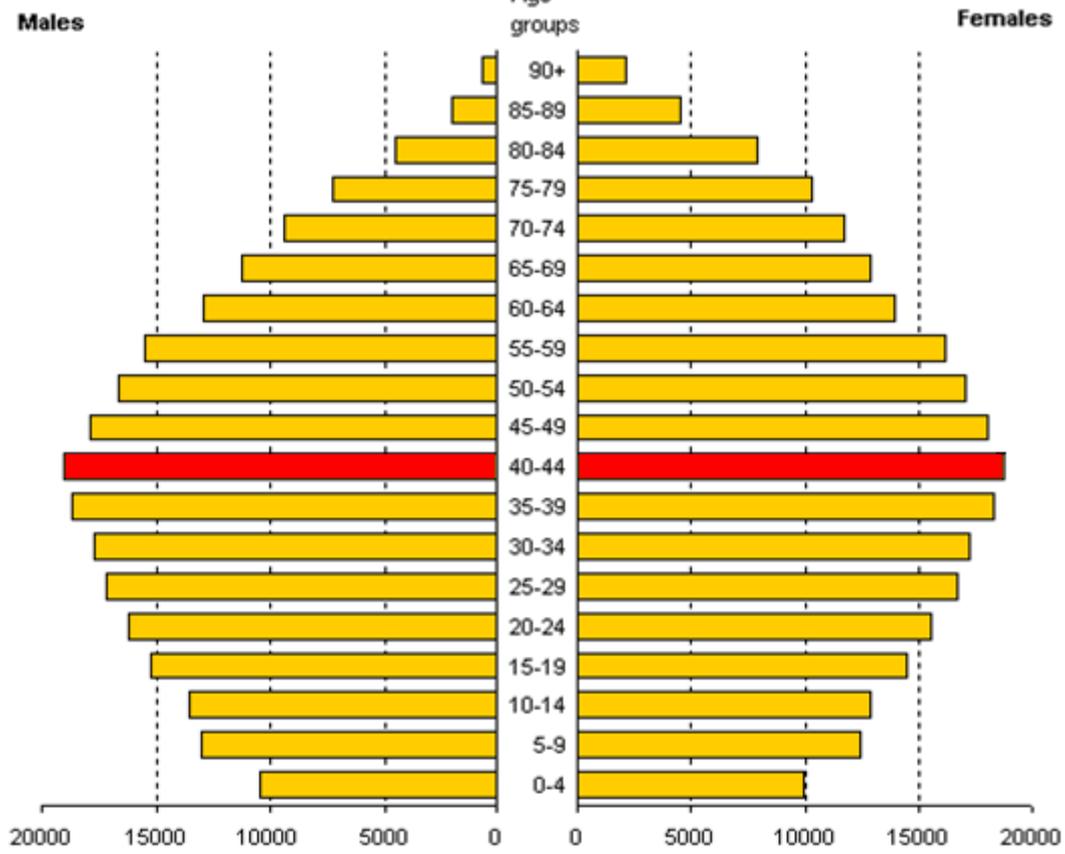
Evolución de la relación de dependencia demográfica entre 2010 y 2060 España/Unión Europea



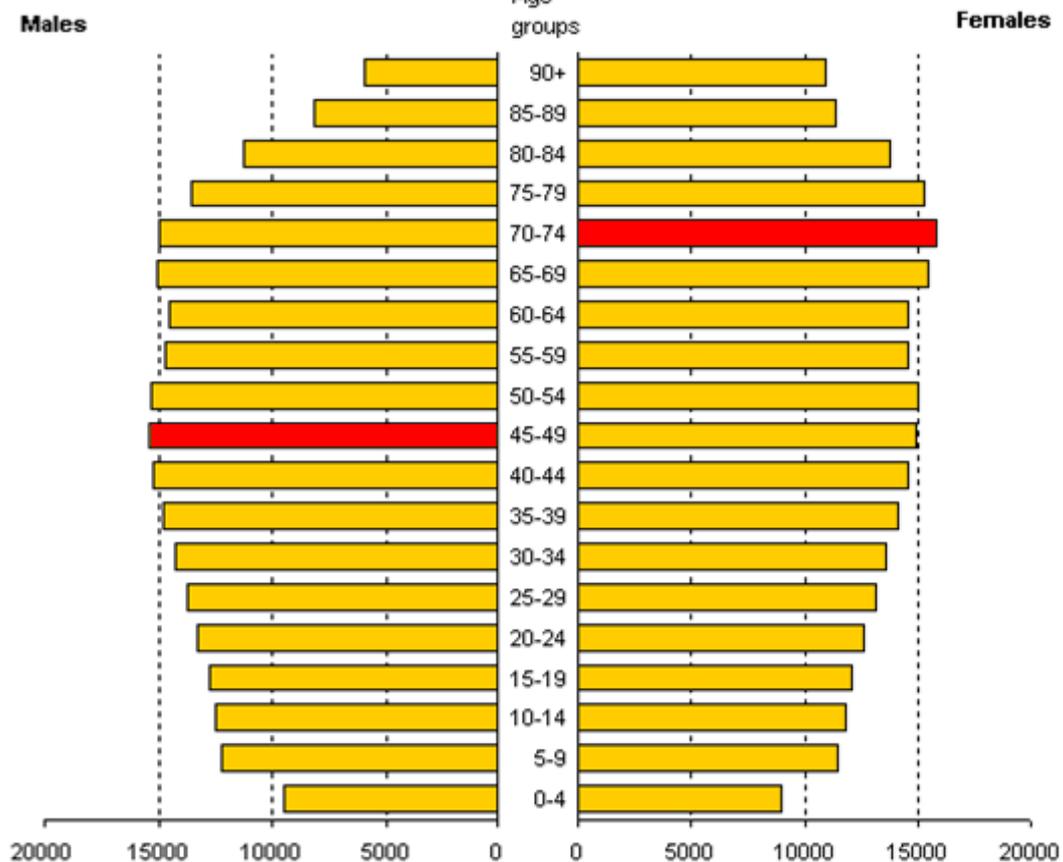
Todo lo dicho hasta aquí se deduce fácilmente del análisis de los cohortes de población en la UE, cuando se examinan comparativamente en la actualidad y en el futuro. Así, en la siguiente figura se puede observar como se incrementará el número de ciudadanos en las edades en que se accederá a la jubilación desde 2008 hasta 2060, con las consecuencias propias del incremento del número de pensiones, que ya se han señalado.

⁴⁵⁹ Comisión Europea, *Libro verde en pos de unos sistemas de pensiones adecuados, sostenibles y seguros*, SEC (2010) 830.

EU27: 2008 Population by age groups and sex



EU27: 2060 Population by age groups and sex



FUENTE: European Comisión, *Anexes to the Interim EPC-SPC Joint Report Pensions*, Bruselas, 2010.

Aunque parezca una obviedad, que lo es, debemos constatar que las generaciones que accedan a la jubilación, no llegan y se van, sino que se instalan con carácter definitivo, lo que implica que las pensiones deben ser revalorizadas – cualquiera que sea la formula,- con la finalidad de mantener su poder adquisitivo, de tal forma que provoca un efecto multiplicador sobre el gasto en pensiones de vital importancia. Posiblemente, la reordenación de sistema de revalorización de las pensiones está siendo el principal reto en la búsqueda de una mayor conexión con los parámetros de referencia que afectan a la situación económica del sistema y que impactan sobre su viabilidad futura. Constituye uno de los elementos del denominado “factor de sostenibilidad”, que comienza a generalizarse en los países de la UE (factor de segunda generación) y también en España, a partir del 2014. Se trata con este factor (distinto del de longevidad) de asegurar los potenciales riesgos demográficos asociados a la tasa de dependencia (o, visto de otro modo, la ratio entre pensionistas y cotizantes), y los riesgos económicos de carácter estructural. A esta materia me referiré en el epígrafe....

El conjunto de datos y las reflexiones planteadas tiene su reflejo económico en términos de impacto sobre el PIB, lo que constituye un elemento de preocupación de la UE - y de los mercados financieros- que de forma reiterada (recientemente, 2006 ,2009 y 2012) advierte sobre los incrementos de gastos.

En los último informes (2009- 2012)⁴⁶⁰ se reconoce que, en términos generales, se producirá una disminución del número de ciudadanos en condiciones de trabajar⁴⁶¹, que reducirá las cotizantes y, consecuentemente, provocará la necesidad de soportar desde el sector público parte del coste del mantenimiento de la población con edades más avanzadas (pensiones, asistencia sanitaria y cuidados a los dependientes, entre otros).

⁴⁶⁰ Todos los ratos referidos se encuentran cuantificados en los Anexos de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones de 29 de abril de 2009 (COM (2009) 180 FINAL- no publicado en el Diario Oficial. Igualmente en el Libro Blanco, Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles. COM (2012) 55 final, 16.2.2012

⁴⁶¹ No obstante, una primera conclusión consiste en la estimación de que en 2060 la población europea total será la misma, debido principalmente a los flujos migratorios y a la tasa de natalidad más alta de algunos de los países miembros respecto a otros. No obstante, dicha población tendrá una media de edad más avanzada.

Como consecuencia del envejecimiento de la población⁴⁶², aumentará la necesidad de que el sector público proporcione transferencias y servicios relacionados con la edad. Por consiguiente, se prevé que los efectos del envejecimiento de la población sobre el presupuesto serán substanciales en casi todos los Estados miembros, y se dejarán sentir ya en el transcurso de la próxima década.

Globalmente, sobre la base de las políticas actuales⁴⁶³, se prevé que el gasto público derivado del envejecimiento de la población aumente por término medio en aproximadamente 4,75 puntos porcentuales del PIB de aquí a 2060 en la UE, y en más de cinco puntos porcentuales en la zona euro, debido principalmente a los gastos en pensiones, asistencia sanitaria y en cuidados de larga duración. En todo caso, se advierte que el aumento del gasto público probablemente será muy significativo (igual o superior a siete puntos porcentuales del PIB) en nueve Estados miembros de la UE (Luxemburgo, Grecia, Eslovenia, Chipre, Malta, Países Bajos, Rumanía, España e Irlanda), aunque para algunos países este gran aumento se producirá a partir de un nivel relativamente bajo.

Si bien las previsiones realizadas por las instituciones de la UE se han visto alteradas por la crisis económica, son útiles como elemento de reflexión y de previsión de futuro. Con estos matices debe analizarse el cuadro que sigue.

Proyección del gasto público destinado a pensiones, expresado en porcentaje del PIB en los Estados miembros de la UE27 (2007-2060)

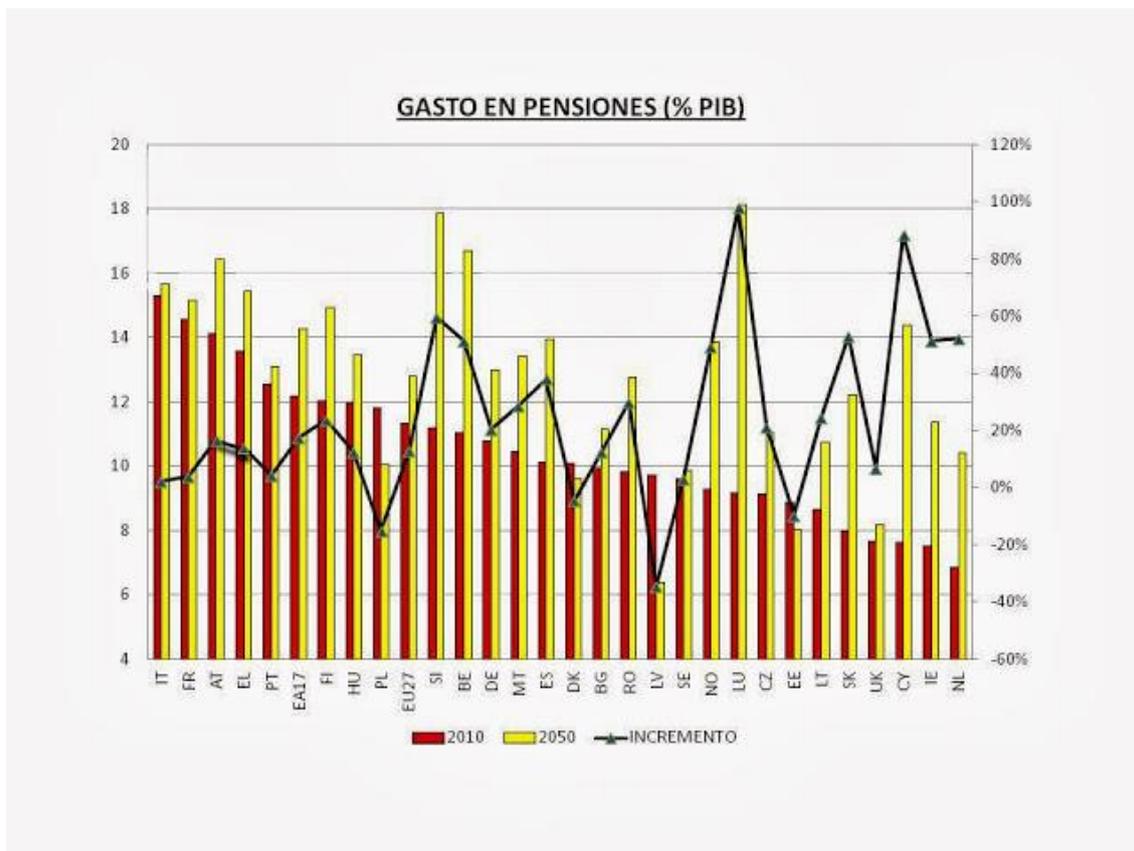
⁴⁶² A este respecto y motivado por la preocupación creciente del impacto demográfico en los sistemas de protección social, pueden verse el informe “Cambios demográficos y seguridad social: desafíos y oportunidades”, elaborado por la Asociación Internacional de la Seguridad Social (AISS) en diciembre de 2010 y “Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico” elaborado por la OIT en el 2010.

⁴⁶³ En el referido informe se cuantifican a la baja las previsiones respecto de Estados que han iniciado políticas de reformas de distinto alcance. Las reformas efectuadas por los países miembros de la Unión Europea sobre sus sistemas de pensiones han sido analizadas en el Informe “Avances y retos en la prestación de pensiones adecuadas y sostenibles en Europa”, elaborado conjuntamente por las Comisiones de Política Económica y de Protección Social, de 7 de junio de 2010. Dicho Informe fue tomado en consideración por el Consejo en su reunión de 8 de noviembre de 2010 y constituye la base sobre la que se sustentan las consideraciones que en esa materia hacen el Libro Verde y el Libro Blanco.

País	2007	2010	2020	2030	2040	2050	2060	Variación 2007-2060 (en p.p.)
Luxemburgo	8,7	8,6	9,9	14,2	18,4	22,1	23,9	15,2
Alemania	11,7	11,6	13,2	17,1	21,4	24	24,1	12,4
Chipre	6,3	6,9	8,9	10,8	12,8	15,5	17,7	11,4
Rumanía	6,6	8,4	8,8	10,4	12,6	14,8	15,8	9,2
Eslovenia	9,9	10,1	11,1	13,3	16,1	18,2	18,6	8,8
España	8,4	8,9	9,5	10,8	13,2	15,5	15,1	6,7
Malta	7,2	8,3	9,3	9,3	10,5	12	13,4	6,2
Bélgica	10	10,3	11,8	13,9	14,6	14,7	14,7	4,8
Noruega	8,84	9,57	11,46	12,7	13,39	13,33	13,58	4,7
Irlanda	4	4,1	4,6	5,4	6,4	8	8,6	4,6
Lituania	6,8	6,5	6,9	8,2	9,1	10,4	11,4	4,6
Países Bajos	6,6	6,5	7,8	9,3	10,3	10,3	10,5	4
Eslovaquia	6,8	6,6	6,3	7,3	8,3	9,4	10,2	3,4
República Checa	7,8	7,1	6,9	7,1	8,4	10,2	11	3,3
Finlandia	10	10,7	12,6	13,9	13,6	13,3	13,4	3,3
Bulgaria	8,3	9,1	8,4	8,6	9,5	10,8	11,3	3
Hungría	10,9	11,3	11	11	12,2	13,2	13,8	3
Reino Unido	6,6	6,7	6,9	7,6	8	8,1	9,3	2,7
Dinamarca	10,4	10,2	10,5	11,5	12,1	12,3	12,8	2,3
Potugal	11,4	11,9	12,4	12,6	12,5	13,3	13,4	2,1
Francia	13	13,5	13,6	14,2	14,4	14,2	14	1
Austria	12,8	12,7	13	13,8	13,9	14	13,6	0,9
Dinamarca	9,1	9,4	10,6	10,6	10,4	9,6	9,2	0,1
Suecia	9,5	9,6	9,4	9,5	9,4	9	9,4	-0,1
Italia	14	14	14,1	14,8	15,6	14,7	13,6	-0,4
Letonia	5,4	5,1	5,2	5,9	6,1	5,8	5,1	-0,4
Estonia	5,6	6,4	5,9	5,6	5,4	5,3	4,9	-0,7
Polonia	11,6	10,8	9,7	9,4	9,2	9,1	8,8	-2,8

Fuente: Pacto de Toledo que recoge como fuente; Comisión Europea, “Ageingreport2009”, tomado del informe elaborado por la Asociación de Instituciones de Inversión Colectiva y Fondos de Pensiones (inverco), diciembre de 2010.

Datos más recientes publicados por la Comisión Europea en 2012, reflejan que el gasto bruto en pensiones públicas en el 2010 en relación con el PIB (últimos datos disponibles en Eurostat), son los siguientes: para España se situó en el 10,7%, lo que lo dejaba por debajo de la media de la **zona euro** (13,4% del PIB) y de la **UE-27** (12,9%). Por países, oscila entre el 7,2% del PIB en Irlanda y el 16% de Italia.



Fuente: EUROPEAN COMMISSION 2012 AGEING REPORT . Gasto en pensiones como porcentaje del PIB año 2010 y previsiones para el año 2050 (escala izquierda). Incremento esperado en el gasto en pensiones entre los años 2010 y 2050 como porcentaje del PIB (línea -escala derecha).

Con la idea de utilizar elementos diferenciales, conviene tener presente el gasto y las proyecciones para la UE.15, según el siguiente gráfico:

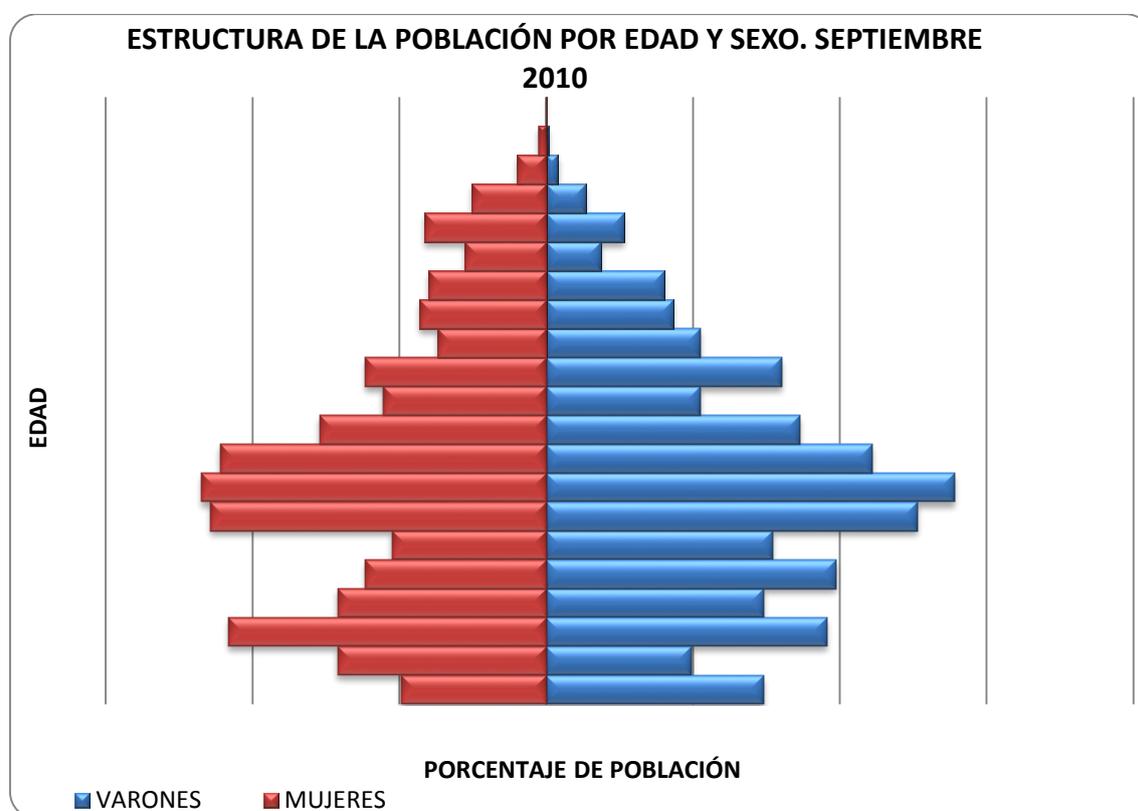


Fuente: GASTO BRUTO EN PENSIONES PÚBLICAS UE15 (%PIB). 2010-2050. EUROPEAN COMMISSION 2012 AGEING REPORT

II. Datos Básicos de la Demografía Española⁴⁶⁴

Los sistemas de pensiones como el nuestro basados en el modelo de reparto / prestación definida y financiados básicamente con cotizaciones sociales, son especialmente sensibles a los factores demográficos y de mercado de trabajo.

En este sentido, la población total de España es de algo más de 46 millones de habitantes, distribuidos por edades con un perfil por edades de acuerdo con el siguiente gráfico.



Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

Como puede apreciarse, la población femenina (50,75%) es ligeramente superior a la masculina (49,25%). La ventaja del número de hombres nacidos respecto al de mujeres, es del 7% a favor de aquéllos. Sin embargo, por razones de la incidencia de la mortalidad en los hombres, a partir de los 45 años, esta proporción se iguala y tras la barrera de los 50, son las

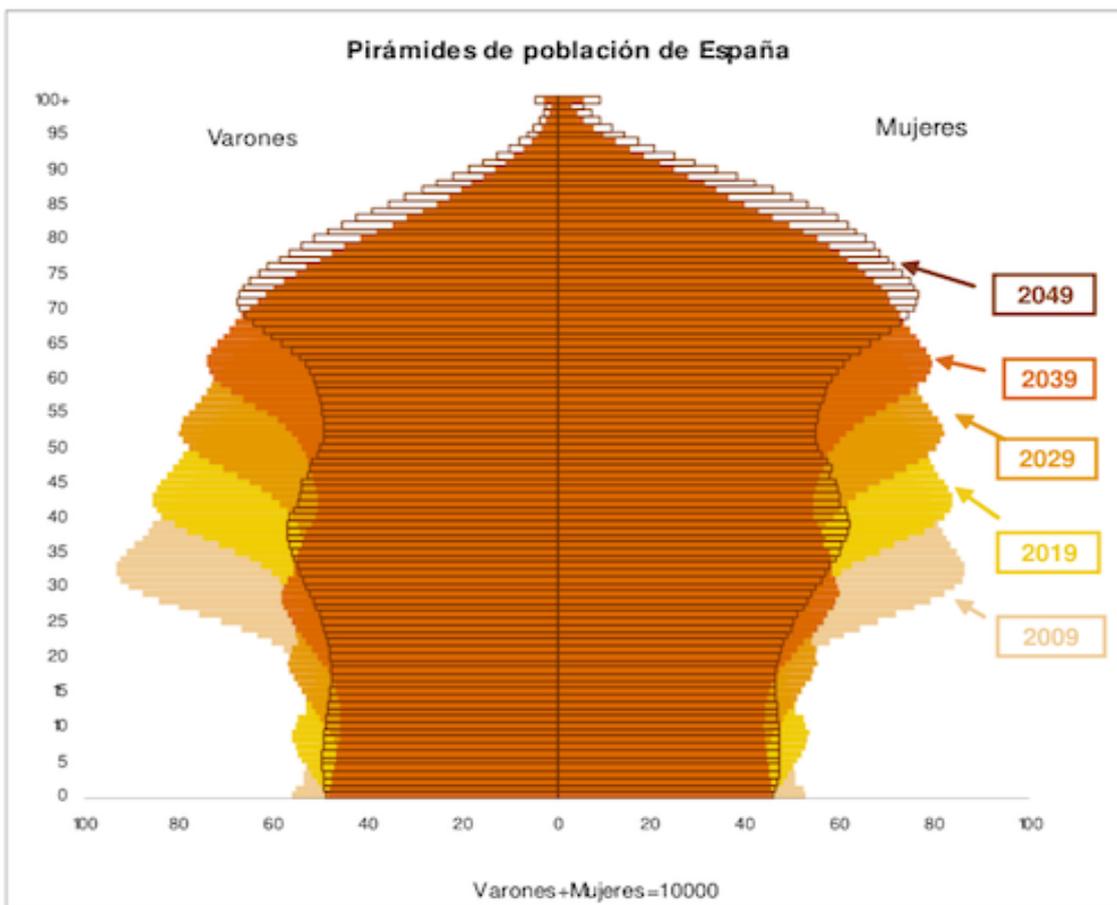
⁴⁶⁴ Por todos, ver FERNÁNDEZ CORDÓN, J. L. “Demografía y reformas del sistema de pensiones”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extra 2011

mujeres las que representan un mayor porcentaje de la población mostrando un ritmo creciente conforme avanza la variable edad.

Por su parte, la inmigración es un fenómeno que también en el caso de edades entre los 25 y 39 años, sobre todo, incide en una mayor proporción de hombres frente a mujeres en la pirámide de población, ya que es predominante el número de inmigrantes masculinos al de féminas.

Por último, la nota más característica de la pirámide de población española la marca el hecho de que, en apenas 20 años –en torno a los últimos años del siglo XX- la tasa de fecundidad se redujo pasando de un 2,4 hijos por mujer a 1,2 hijos por mujer. Lo drástico de este cambio, en tan corto período de tiempo, provoca que a algunos grupos de edad les suceda una generación con la mitad de individuos.

La previsión de evolución de esta pirámide de población realizada por el INE (Instituto Nacional de Estadística) para las próximas cuatro décadas viene marcada por un progresivo envejecimiento de la población provocado por la mencionada disminución de la fecundidad y por la mortalidad, de acuerdo con el gráfico siguiente.



Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

La citada proyección presenta una pirámide de población claramente envejecida, en la que los grupos de edad más numerosos para el año 2049 se encuentran en torno a las personas de entre 70 y 74 años –la generación más joven del *baby-boom*-. Estos datos suponen una previsión de que el ratio de dependencia, es decir, la población encargada de mantener a la población dependiente, estaría en el 0,86%, lo cual quiere decir que el primer grupo superaría escasamente al segundo en número, una situación claramente complicada.

Las causas de envejecimiento de la población, pues, viene determinada por dos datos fundamentalmente: primero, la baja fecundidad y, por otro, el constante aumento de la esperanza de vida –sin olvidar, que éste se produce en mayor medida por la disminución de la mortalidad infantil, no tanto porque los españoles vivan más años en edad comparada, que también (ver cuadro). La esperanza de vida al nacimiento alcanzaría los 84,3 años en los varones y los 89,9 años en las mujeres en 2048, incrementándose desde 2007 en 6,5 y 5,8 años, respectivamente. El mayor tamaño poblacional y una estructura demográfica cada vez más envejecida producirían un continuo crecimiento del número anual de defunciones. Con ello, el saldo entre nacimientos y defunciones entraría en una dinámica continuamente decreciente. De hecho acabaría tornándose en negativo a partir de 2020, lo cual supondría un freno al crecimiento poblacional.

Esperanza de vida al nacer y a los 65 años en España

Años	Esperanza de Vida al Nacimiento		Esperanza de Vida a los 65 años	
	Varones	Mujeres	Varones	Mujeres
2007	77,77	84,11	17,68	21,65
2008	77,81	84,20	17,71	21,69
2009	78,01	84,37	17,82	21,81
2018	79,70	85,84	18,81	22,91
2028	81,39	87,32	19,88	24,06
2038	82,91	88,66	20,91	25,14
2048	84,31	89,89	21,90	26,15

Fuente: Instituto Nacional de Estadística.

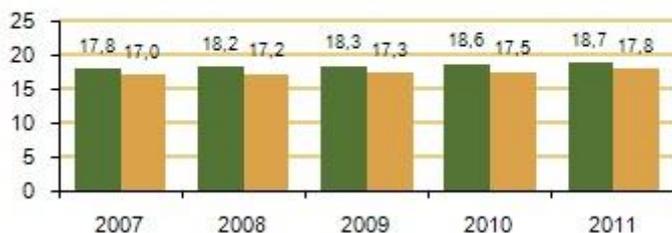
Sin perjuicio del carácter indicativo de las proyecciones recogidas en el cuadro precedente, los últimos datos reales publicados por el INE ofrecen el siguiente panorama en relación con los Estados de la UE⁴⁶⁵.



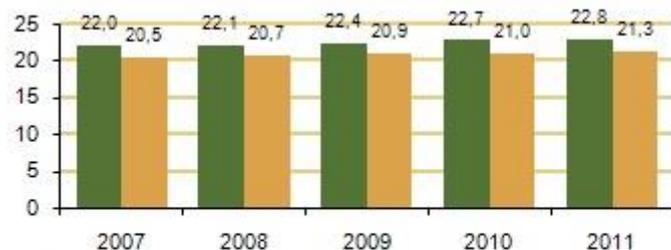
⁴⁶⁵ El INE elabora anualmente Proyecciones de Población a Corto Plazo (10 años) que se complementan con las Proyecciones de Población a Largo Plazo (40 años) que se actualizan cada tres años. Estas proyecciones muestran el efecto que sobre la población futura tendría trasladar la estructura poblacional actual bajo los comportamientos demográficos observados en la actualidad. De mantenerse los ritmos actuales de reducción de la incidencia de la mortalidad por edad en la población de España, la esperanza de vida al nacimiento alcanzaría 81,2 años en los varones y 86,5 años en las mujeres en el año 2021. Para el año 2051 estos valores serían 86,8 años para los varones y de 90,8 años para las mujeres. En la UE en el año 2011, la brecha de género a favor de la mujer en la esperanza de vida al nacimiento era de 5,8 años en la UE-27 y de 6,0 años en España. Para el mismo año, la brecha de género a los 65 años era de 3,5 años en la UE-27 y de 4,1 años en España. Una característica de las últimas décadas ha sido la mejora de las expectativas de vida en las personas de edad madura y avanzada; en el periodo 1992-2011, el horizonte de años de vida a los 65 años de los hombres ha aumentado en 2,5 años y el de las mujeres en 2,7. A los 85 años, el aumento ha sido de 0,8 años en los hombres y 1,1 años en las mujeres. Por tanto, de mantenerse las tendencias demográficas actuales, la esperanza de vida de los varones aumentaría dos años en el periodo 2011-2021 (10 años) y casi ocho años en el periodo 2011-2051 (40 años). En el caso de las mujeres, los incrementos en esperanza de vida serían ligeramente inferiores, 1,5 años en el periodo 2011-2021 y 6 años en el periodo 2011-2051, dando origen a una disminución en la brecha de género (diferencia entre las esperanzas de vida de mujeres y de hombres) según las proyecciones de población a largo plazo. En la proyección de la esperanza de vida a los 65 años, en el año 2051 la esperanza de vida de los varones alcanzaría un valor de 24,0 años y en las mujeres un valor de 27,3 años, casi seis y cinco años más que en la actualidad.

Esperanza de vida a los 65 años (años)

Varones



Mujeres



■ España ■ UE-27

Fuente: Indicadores de Desarrollo Sostenible. Eurostat

III. Reflexiones sobre la Edad de Jubilación y su Reforma

1. Introducción

La importancia del tema exige la revisión cautelosa y, a la vez, rigurosa de los parámetros que rodean la jubilación, entre ellos, todos los que confluyen en el entorno de la edad de jubilación⁴⁶⁶.

La edad de jubilación se ha convertido en los últimos treinta años en un concepto cíclicamente revisado⁴⁶⁷ y en continua experimentación, sobre el que inciden una multiplicidad de variantes⁴⁶⁸. Por un lado, los efectos de las sucesivas crisis económicas, de

⁴⁶⁶ Partiendo de la escasa atención que la propia Constitución española presta a la vejez, como así lo afirma con razón CARRIL VÁZQUEZ, JM, “El papel atribuido a la edad en la legislación laboral y de seguridad social española”, en *La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social*, AAVV, CABEZA PEREIRO, J, BALLESTER PASTOR, M^a A., FERNÁNDEZ PRIETO, M., (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.009, pág. 364.

⁴⁶⁷ ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, JL. *Instituciones de la Seguridad Social*, Decimoctava edición, año 2.002, págs. 332 a 338.

⁴⁶⁸ Como describe MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO en “La edad de jubilación, retiro y vejez” en AAVV, MONEREO PÉREZ, JL y MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO (Dirección y coordinación) *La edad de jubilación*, Editorial Comares, Granada, 2.011, pág. 85. “Clarificar qué es la vejez es una tarea compleja, ya que su definición adolece necesariamente de un fuerte relativismo: está en función de muy diversos factores (biológicos, socio-económicos, culturales, ideológicos, psicológicos, médicos, antropológicos), y condicionada

las transformaciones en los modos de producción, de la composición y estructura del mercado de trabajo, de la globalización de las economías y de los mercados, del paro creciente o sostenido⁴⁶⁹... Por otro, las ya apuntadas y referidas al envejecimiento de la población, en sus distintas dimensiones⁴⁷⁰. Y finalmente, el impacto de todas ellas sobre los problemas actuales y futuros de financiación de los sistemas de pensiones⁴⁷¹. Todas estas variantes hacen oscilar la relación dominante entre política de empleo y política de pensiones, sin que se haya llegado a un punto de equilibrio⁴⁷², lo que impacta sobre las relación necesaria entre los ciclos vitales y la proyección protectora de los sistemas de pensiones⁴⁷³.

No cabe duda, que en los tiempos actuales la fijación de la edad de jubilación debe efectuarse teniendo en cuenta la esperanza de vida de los ciudadanos. Y ello, porque con la financiación actual y con la futura⁴⁷⁴, hoy planteada, cabe el peligro de que los Sistemas de Seguridad Social - que son y han sido parte esencial de nuestra cultura y del progreso

por la perspectiva con que cada uno afronte la cuestión, tanto desde un punto de vista profesional como personal: según su propia actitud vital y los valores sociales, éticos y religiosos imperantes en su entorno”

⁴⁶⁹ A este respecto, GARCÍA VIÑA, JORDI. “¿Cómo afecta la crisis económica a los modelos actuales europeos de Seguridad Social?” en AAVV, El futuro europeo de la protección social, Laborum, Murcia, 2.010.

⁴⁷⁰ La propia Exposición de Motivos de la Ley 27/2011, afirma que “la disminución prolongada de las tasas de natalidad y el simultáneo incremento de la esperanza de vida de las personas mayores está provocando una inversión de la estructura de la pirámide de población, aumentando el número de pensionistas en relación con la población activa, esto es, variando la tasa de dependencia de los pensionistas. De no modificarse, aún parcialmente, esta tendencia mediante el incremento de las tasas de natalidad y de los flujos migratorios, la misma se acentuará en las próximas décadas, por la propia evolución demográfica. Esta tendencia demográfica afecta a todas las generaciones, pero sobre todo a las más jóvenes, por el hecho de que serán estas generaciones jóvenes las que serán mayores de sesenta y cinco años durante más tiempo.

⁴⁷¹ Sobre este aspecto, MALDONADO MOLINA, J A. “La edad de jubilación, retiro y vejez”, Op. Cit., Pág. 85-120.

⁴⁷² El desequilibrio y las contradicciones son gráficamente dibujadas por OLARTE, al afirmar que “ Por un lado, nos encontramos con unas medidas de fomento del empleo que pretenden contrarrestar la situación desventajosa en el mercado de trabajo de los trabajadores de edad avanzada...con otras, que presuntamente, pretenden proceder a un mas equitativo reparto generacional del empleo (prejubilaciones, jubilaciones anticipadas incentivadas o forzosas) ..y por otro lado, en sentido contrario las políticas y el derecho de la seguridad social empeñados en fomentar el alargamiento de la vida activa” OLARTE ENCABO, S, Edad y empleo. Colectivos desfavorecidos, en AAVV (Dir, CABEZA PEREIRO,J, BALLESTER PASTOR, Mª A. FERNANDEZ PRIETO, M), La relevancia de la edad...cit. Pag.94

⁴⁷³ Por todos, MONEREO PEREZ JL. Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante, Revista Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. Extraordinario 74, 2008, pags. 49-134y MONEREO PÉREZ, JL. “La política de pensiones tras el acuerdo social y económico de 2.011: La fase actual de la construcción de un “nuevo” sistema de pensiones” en AAVV, MONEREO PÉREZ, JL y MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO (Dirección y coordinación) La edad de jubilación, Editorial Comares, Granada, 2.011, pág. 27

⁴⁷⁴ Por las razones anunciadas en el texto, el Artículo 8 de la Ley 27/2011, cuyo análisis realizo en el incorpora a la LGS una Disposición adicional quincuagésima novena, bajo la rúbrica “Factor de sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social”. Con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad, a partir de 2027 los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027. Dichas revisiones se efectuarán cada 5 años, utilizando a este fin las previsiones realizadas por los organismos oficiales competentes.

económico⁴⁷⁵ - tengan dificultades para soportar el pago creciente de pensiones de jubilación, suficientes y revalorizadas, durante largos períodos de tiempo⁴⁷⁶. En este orden de cosas es necesario redefinir los espacios de imputación de la protección social, distinguiendo claramente los que responden a las cotizaciones sociales en un sistema financiero de reparto. Claridad que permitirá ponderar adecuadamente los medios de financiación desde una concepción autónoma de la seguridad social y dar un contenido real al término “contributividad”. Clarificación que, en modo alguno, impide la fijación de fuentes complementarias de financiación⁴⁷⁷, o mejor y además una nueva redistribución de las mismas aligerando los impuestos sobre la nómina para aumentar la productividad e incorporar fuentes procedentes del capital⁴⁷⁸.

Si bien el punto de partida en los distintos Estados de la Unión Europea es diferente, lo cierto es que, desde hace algunos años, se ha consolidado, entre otras, una serie de tendencias agrupadas en los siguientes bloques: a) elevación ponderada de la edad de jubilación con criterios igualitarios para hombres y mujeres; b) desincentivación o penalización de las jubilaciones anticipadas; c) fomento o incentivación del retraso en el acceso a la jubilación; d) endurecimiento de las exigencias contributivas mediante reformas paramétricas; e) reformas sistémicas que pretenden, de forma voluntaria u obligatoria, redistribuir riesgos entre lo público y lo privado, esto es, entre el mercado y la sociedad; f) incorporación de factores de sostenibilidad, bien referidos a la esperanza de vida, bien a la revalorización de las pensiones.

Aunque todas las tendencias forman parte de un “todo”, cada una tiene su propia problemática y ofrece márgenes de actuación distintos. Con todo, las reformas deben ser de

⁴⁷⁵ Con frecuencia olvidamos el significado e impacto económico de la seguridad social en todas sus dimensiones, en este sentido, ver ZUBIRI ORIA, I. “Un análisis económico de la Seguridad Social”. AAVV (Dir. TORTUERO PLAZA, JL). *Cien años de protección social en España. Libro conmemorativo del I centenario del Instituto Nacional de Previsión*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2.007.

⁴⁷⁶ La dinámica de estos dos factores, viabilidad financiera y evolución demográfica, condicionan el diseño de la estructura del sistema y su objetivo de ofrecer una protección suficiente a los trabajadores en situación de necesidad. En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. “Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria”, en AAVV, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.). *La política de pensiones en el Estado social en transformación. Aspectos críticos*. Granada, Comares, 2.010, pág. 146.

⁴⁷⁷ La disposición adicional undécima de la Ley 27/2011, refiere expresamente a las alternativas de financiación complementaria, disponiendo que “Los Ministerios de Trabajo e Inmigración y de Economía y Hacienda y los agentes económicos y sociales, examinarán, en el marco de las recomendaciones del Pacto de Toledo, la conveniencia de establecer posibles escenarios de financiación complementaria de nuestro sistema de Seguridad Social en el medio y largo plazo”.

⁴⁷⁸ “El mantenimiento de las fuentes de financiación y la falta de iniciativas alternativas previstas ha venido siendo una de las limitaciones más significativas del proceso de reforma que se viene acometiendo desde el Pacto de Toledo y sus revisiones sucesivas. Tan sólo el Acuerdo de 2.011 parece recoger alguna mención a propósito de las posibles alternativas de financiación complementaria de nuestro sistema de Seguridad Social en el corto y medio plazo” MONEREO PÉREZ, JL. “La política de pensiones tras el acuerdo social y económico de 2.011: La fase actual de la construcción de un “nuevo” sistema de pensiones”. Op. Cit. Pág. 7 .

protección larga donde se convinen, en un sistema de prestación definida, el ayer, el hoy y singularmente el mañana⁴⁷⁹.

Si nos referimos a la edad de jubilación y nos situamos en la edad emblemática de los 65 años, nos damos cuenta de que el margen de actuación de cada Estado es distinto condicionando el impacto más o menos traumático de las medidas. Ciertamente es, que se ha producido una evolución paulatina de las edades de jubilación en la generalidad de los Estados, sin embargo también lo es, que el punto de partida era diferente. No es lo mismo moverse entre los 60 y los 65 años que superar la edad “talismán” de los 65 años. Con todo, el margen de actuación hacia el futuro es cada vez menor, en la medida en que durante los últimos quince años se ha recortado el espacio hacia la edad de 65 años. De esta forma, si el resto de las medidas no producen efecto, tendremos – y así lo ha hecho España con la Ley 27/2011- que cambiar la “edad emblemática”, lo que ya han comenzado a diseñar distintos Estados de la Unión Europea (Alemania, Reino Unido, Dinamarca, Irlanda, Suecia, entre otros) que con fórmulas distintas y de aplicación progresiva elevan el umbral jubilatorio hacia los 67 años, asociando generalmente su impacto con la llegada de las generaciones del *baby boom*.

En este orden España cuenta con una posición privilegiada en términos temporales, en la medida en que la presión demográfica ejercida por las generaciones del *baby boom* se producirá con efectos retardados, lo que nos debería permitir afrontar las reformas necesarias desde una posición más sosegada y teniendo en cuenta las experiencias de los Estados europeos donde el impacto de las referidas generaciones está próximo.

Sin embargo las teorías han dado paso a las realidades impuestas por la presión de los mercados financieros⁴⁸⁰, que buscan o imponen su llamada “confianza” en reformas inmediatas que podríamos llamar de “impacto escénico o mediático”, que no siempre producen los efectos reales anunciados y necesarios, como veremos más adelante⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Esta claridad de ideas en MONEREO PÉREZ, JL. “El ciclo largo de la reforma de la seguridad social: significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual” *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*. Editorial La Ley. Madrid, 2.008, así como en GARCÍA MURCÍA, J. “La política contemporánea de jubilación: algunos dilemas y algún contrasentido” *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*. Iustel, Madrid, 2.007.

⁴⁸⁰ En el mismo sentido, LOPEZ CUMBRE, afirma que “La Ley 27/11... constituye un ejemplo más de esa legislación negociada, condicionada, impuesta o “exigida” por la Unión Europea a la que se hacía referencia, entre otras razones, con el fin de evitar consecuencias económicas y financieras desfavorables para España semejantes a las que, antes o después, sufrirían Grecia, Portugal e Italia, por este orden” LOPEZ CUMBRE, L. La reforma de la jubilación, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm 29-30 (extraordinario) junio/2012 http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=412140

⁴⁸¹ En esta línea son sumamente ilustrativas las consideraciones previas que realiza MOLINA NAVARRETE, sobre la reforma de la negociación colectiva, MOLINA NAVARRETE, CRISTOBAL, La decretada reforma de

Sin duda los sistemas de pensiones deben enfrentarse a dos retos importantes, la elevada esperanza de vida de los ciudadanos y la llegada de las masivas generaciones del *baby boom*⁴⁸². No obstante, los retos referidos no son ajenos a un sin fin de variantes, que van desde los niveles de crecimiento económico y productividad⁴⁸³, hasta alcanzar unas tasas de ocupación razonable de hombres y mujeres a partir de los 55 años.

2. Apuntes sobre las líneas de una necesaria estrategia global frente a las reformas mediáticas: políticas de empleo, garantías frente al despido por edad y políticas de pensiones.

2.1 Reformas penalizadoras y la ruptura del pacto social generacional

En todo el entramado de reformas es necesario crear un marco de actuaciones multidireccionales que evite, en lo posible, que las reformas se conviertan simplemente en instrumentos de penalización de los derechos de los trabajadores presentes y futuros, al margen de su voluntad y sin capacidad de respuesta posible, lo que supone una clara ruptura del “pacto social generacional” construido a lo largo de la vida activa⁴⁸⁴.

La elevación de la edad de jubilación hacia los 67 años o el incremento considerable (de 35 a 38 años, en España o a más de 40 en Francia) del tiempo de cotización para acceder a la pensión plena, son simplemente instrumentos penalizadores que provocan una reducción generalizada y drástica de las pensiones, en un país con un alto nivel de cobertura y con un

la negociación colectiva: ¿el último botín” de los mercaderes del templo, en Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 340, julio 2011, págs.8-9.

⁴⁸²Un estudio del impacto demográfico en los sistemas de Seguridad Social en FERRERAS ALONSO, FIDEL, “Cambio demográfico y pensiones de Seguridad Social” Fundación Alternativas, Documento de Trabajo nº 161, año 2.010.

⁴⁸³El sistema de seguridad social no es un sistema cerrado donde únicamente el juego de determinados factores conduzca a un resultado positivo o negativo de sus cuentas. Por el contrario, se trata de un sistema dinámico donde elementos como la evolución de la productividad tienen una importancia significativa en la consecución de equilibrio presupuestario. En este sentido, DE LA FUENTE LAVÍN, MIKEL, en “La flexibilidad en la jubilación”, AAVV, MONEREO PÉREZ, JL y MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO (Dirección y coordinación) La edad de jubilación, Editorial Comares, Granada, 2.011, pág. 447-448, expone que “La recuperación de los incrementos de la productividad a favor de los asalariados permite financiar el aumento del gasto en pensiones y, además, queda margen disponible para el necesario incremento en otras partidas del gasto social, el aumento de los salarios y la reducción del tiempo de trabajo”.

⁴⁸⁴ “Ciertamente , una elevación de la edad de jubilación ordinaria que guarde correspondencia con el aumento de la esperanza de vida se presenta como una medida eficaz para hacer frente al problema planteado por el alto y creciente coste de las pensiones...,sin embargo, también se presenta como impopular y contraria a la conquista o avance social ...” GARATE CASTRO, J. Los incentivos económicos, para el trabajador, de la permanencia en el trabajo después de la edad ordinaria de jubilación, en AAVV (Dir..., CABEZA PEREIRO,J, BALLESTER PASTOR, Mª A. FERNANDEZ PRIETO, M), La relevancia de la edad en la Relación laboral y de seguridad social, Aranzadi, 2009, pag.255

bajo nivel económico de protección, como vimos en los datos reflejados en el epígrafe II. No cabe duda que las dificultades para mantener actividad hasta los 67 años, provocará un aumento considerable de las jubilaciones anticipadas con la correspondiente reducción de la pensión. Igualmente, las dificultades para acreditar larguísimas carreras de seguro (38 años) disminuirá la cuantía de las pensiones, al recomponerse los criterios de cálculo entre tiempo de cotización y cuantía de la pensión, penalizando a las futuras generaciones que tendrán grandes dificultades para conformar carreras de seguro suficientes.

Desde las cuentas públicas ambas medidas son efectivas, no tanto por las medidas en sí mismas, como veremos, sino por su efecto derivado, esto es, porque ambas provocarán una reducción de las pensiones al estimular o forzar su anticipación. Sabido es que las pensiones anticipadas con aplicación de coeficientes reductores, esto es, reducidas, son en términos económico-actuariales rentables para el Sistema, aunque no lo sean para el trabajador.

En este planteamiento el trabajador carece de capacidad de respuesta. En efecto, el mantenimiento de la actividad laboral no depende de la voluntad del trabajador y menos aun, con un entramado normativo laboral y de pensiones que fijan el centro de imputación en la decisión del empresario ofreciéndole todo tipo de cauces para facilitar la expulsión, en orden a gestionar intereses estratégicos de carácter económico, organizativo o de producción. Tampoco el trabajador tiene posibilidades de respuesta buscando otras alternativas protectoras. Los bajos niveles salariales medios, la escasez de planes de pensiones de empresa, la premura de las reformas y la situación de crisis económica, dificultan considerablemente la canalización de fórmulas complementarias, en forma individual o colectiva.

Todo lo anterior nos conduce a diseñar las reformas con un planteamiento global, centrando las actuaciones en la potenciación de las medidas de incentivación a la contratación y a la permanencia en el empleo, así como los programas de formación continua. Igualmente, es necesario reordenar las garantías frente a la expulsión del mercado laboral por edad. Finalmente, las reformas en la edad de jubilación, deben ir acompañadas de una reestructuración rigurosa de los mecanismos jubilatorios, de forma que se eliminen instrumentos de “salida” incontrolados y financiados con cargo a fondos públicos y/o a la pensión del trabajador⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ Hay algo más que un juego de palabras o instituciones, como con claridad lo reflejo, GARCÍA NINET, JI. “Prolongación de la vida activa laboral y jubilaciones anticipadas en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social. El necesario incremento de la contributividad del sistema”. *Tribuna Social*, Nº 212-213. Agosto-septiembre 2.008.

No cabe duda que en todo este entramado, el empresario como generador de riqueza y productor de empleo, es una pieza fundamental, formando parte inseparable de la sociedad que se transforma y adapta a las nuevas realidades. En este orden, son necesarias las medidas de reforma que contribuyan a redireccionar las estrategias empresariales fomentando el valor añadido del capital humano de mayor edad. Sin embargo, esto no es suficiente. El papel nuclear que juegan las empresas exige instalar un mecanismo de apoyo que contribuya de forma decisiva a la búsqueda de nuevas estrategias, singularmente para las pequeñas y medianas empresas siempre inmersas en planteamientos generales de compleja y difícil adaptación.

El presente no es el mejor de los momentos para hacer reformas de gran calado y en múltiples direcciones, esto es, para conformar un nuevo y necesario compromiso social en el que todas las generaciones de trabajadores y empresarios están comprometidas. La crisis económica, su devastador efecto sobre el empleo, la destrucción de buena parte del tejido empresarial y su reconversión, así como las exigencias de reconducir el déficit público, no son el mejor de los escenarios. Sin embargo, la reforma nos viene impuesta por los mercados financieros, buscando la llamada “confianza”. En este orden, la reforma que se pide no es la necesaria, incluso la de mayor efectividad, sino la reforma de impacto “mediático”.

2.2 Políticas de empleo⁴⁸⁶ insuficientes

A pesar de la importancia y múltiples efectos que podría tener una política “agresiva” que fomentara el acceso y la permanencia en el empleo de los trabajadores a partir de los 50-55 años y hasta la edad de jubilación (65 años o edad superior), lo cierto es que las medidas que con carácter estatal se han venido implantando son escasas, ahora y antes, excesivamente prudentes y de alcance limitado, podríamos decir que son medidas “blandas” y ajenas a su relevancia. Todo ello, sin perjuicio de una ordenación bastante compleja, con marcado carácter antifraude y nada innovadoras, al centrarse básicamente en la bonificaciones de las cotizaciones sociales.

⁴⁸⁶ Las singularidades del caso francés –en un enfoque similar al que en este libro plateo empleo/jubilación – pueden verse en, MARTIN, PHILIPPE, Política laboral francesa a favor de los trabajadores de edad madura: fomento y protección del empleo, en AAVV (Dir. CABEZA PEREIRO,J, BALLESTER PASTOR, M^a A. FERNANDEZ PRIETO, M), La relevancia de la edad...cit, pags.333 y ss

Posiblemente en la situación actual de crisis económica de gran alcance, los trabajadores de mayor edad no sean la principal prioridad de las políticas de empleo, prueba de ello ha sido la recomposición de los planteamientos de la UE en los últimos años.

No obstante, es necesario advertir que, si bien la mayor prioridad de las políticas de empleo está en jóvenes, principales afectados por la situación de crisis y con importantes repercusiones de futuro, el envejecimiento de la población y la crisis anunciada sobre la viabilidad financiera de los sistemas de protección social, aconsejan a nuestro juicio un cambio de estrategia en las políticas de empleo de los trabajadores de mayor edad.

2.3 Garantías frente al despido a partir de una determinada edad.

Sin perjuicio de las consideraciones apuntadas que refieren a las medidas incentivadoras existentes y a su necesaria renovación, es necesario advertir que nuestro ordenamiento jurídico carece de medidas singulares de garantía que contribuyan a crear el espacio necesario y propicio para que las políticas incentivadoras de la permanencia en activo alcancen mayor nivel de efectividad, al tiempo que contribuyan a reconducir las estrategias empresariales.

La insuficiencia de la ordenación actual de la edad ⁴⁸⁷ como elemento de discriminación ⁴⁸⁸, exige reconsiderar la calificación de los supuestos de despido, de forma que **el despido a partir de los 55 años tan solo admitiría las calificaciones de procedencia y nulidad**, eliminando con ello la calificación del despido como “improcedente”. Dicho en otros términos, se trata de eliminar el despido indemnizado, sin causa legal o con causa insuficiente, dando el protagonismo que merece al elemento edad. De esta forma el despido

⁴⁸⁷ BALLESTER PASTOR, M^a.A, Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminatorio comunitario, en AAVV (Dir, CABEZA PEREIRO, J, BALLESTER PASTOR, M^a A. FERNANDEZ PRIETO, M), La relevancia de la edad en la Relación laboral y de seguridad social, Aranzadi, 2009, advierte que “resulta evidente que la edad es la causa de discriminación más degradada”, pag.33

⁴⁸⁸ Un análisis de las disposiciones estatutarias que garantizan el derecho a la no discriminación por edad en MOLINA NAVARRETE, C. “Artículo 4. Derechos laborales” y QUESADA SEGURA, R. “No discriminación en las relaciones laborales”, en Comentario al Estatuto de los Trabajadores, AAVV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), Comares, Granada, 1.998, págs. 137 y 273-283. MONTOYA MELGAR, A. “Artículo 4. Derechos laborales” y “Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales” en Comentario al Estatuto de los Trabajadores, 7^a edición, MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M^a; SEMPERE NAVARRO, A.V.; RÍOS SALMERÓN, B. Thomson Aranzadi, Navarra, 2.007, págs. 53-54 y 139-148. A pesar de su singularidad, se sigue afirmando que “la prohibición de discriminación por edad no tiene un tratamiento legal específico sino que su defensa debe hacerse a través de la normativa general en materia de discriminación”. TRIGUERO MARTÍNEZ, LUIS ANGEL. “El mantenimiento de la actividad tras los 60 años”, en AAVV, MONEREO PÉREZ, JL y MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO (Dirección y coordinación) La edad de jubilación, Editorial Comares, Granada, 2.011, pág. 419; LÓPEZ CUMBRE, L Discriminación por razón de edad”, en AAVV, Los retos de la igualdad y la no discriminación en el trabajo en España”, Madrid, MTIN, 2010, pp. 253-304

de un trabajador a partir de los 55 años se incorporaría a la lista de las causas de nulidad del despido o de la decisión extintiva recogidos en los artículos 55.5, 53.4 del Estatuto de los Trabajadores y artículos 108.2 y 122.2 de la Ley de Procedimiento laboral.

A nuestro juicio, es esta la única medida que podría contribuir de forma efectiva a propiciar un cambio razonable en las políticas empresariales, al tiempo que permitiría alcanzar a una mayor efectividad de las políticas directas o complementarias. Se trata en definitiva, de incorporar medidas de impacto que contribuyan de forma eficiente al mantenimiento en activo, y/o propicien la búsqueda de soluciones alternativas a la expulsión del trabajador de mayor edad. Igualmente, la medida dificultaría la utilización del desempleo como instrumento complementario de la estrategia de expulsión.

Sin perjuicio de lo anterior, sería conveniente incorporar un tratamiento singular para las PYMES. En efecto, es posible que en función del tamaño de la empresa, las soluciones alternativas al despido sean inviables, lo que aconseja un planteamiento singularizado.

2.4 Reordenación de las políticas de pensiones

Con carácter general, es necesario reconducir las fórmulas que permiten o facilitan la salida prematura de los trabajadores del mercado laboral, de tal forma que las políticas de fomento de la contratación y permanencia en activo, los elementos de garantía, la integración de la formación como elemento esencial⁴⁸⁹ y las políticas de pensiones formen un todo armónico, compacto y sin fisuras. Todo ello nos debe permitir, con los instrumentos incentivadores necesarios, aumentar la tasa de ocupación de los trabajadores de mayor edad y facilitar la prolongación de la vida activa.

Desde la óptica referida, la reordenación de la política de pensiones y de otros mecanismos de protección sustitutoria y complementaria cumplen un papel esencial.

En este orden parece necesario retrasar la edad jubilación anticipada y reservarla para aquellos supuestos donde no sea posible la aplicación de medidas alternativas (sin perjuicio de su voluntariedad en sentido estricto), así como vincularla a fórmulas que

⁴⁸⁹ La formación es la clave, lo es en las estrategias comunitarias y lo debería ser con mayor énfasis en las nacionales, LÓPEZ CUMBRE, L ; “La construcción del Espacio Europeo de Investigación y Formación como factor esencial para el empleo en la renovada Estrategia de Lisboa”, en AAVV, “Anuario de conferencias”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2010, pp. 229-256; CAMAS RODA, F. Edad y formación para el empleo, en AAVV (Dir. CABEZA PEREIRO, J, BALLESTER PASTOR, M^a A. FERNANDEZ PRIETO, M), La relevancia de la edad en la Relación laboral y de seguridad social...cit, pags.317 y ss;

permitan el mantenimiento de la cotización a cargo del empresario cuando sean utilizadas en procedimientos reglados; dar prioridad a la utilización de una jubilación parcial reordenada y equilibrada en sus costes, mediante técnicas que permitan, la continuidad razonable de la actividad, la contratación indefinida del relevista y el mantenimiento de las cotizaciones completas hasta la edad de jubilación. Con carácter más agresivo, sería necesario suprimir las jubilaciones pactadas en convenio colectivo, así como la jubilación especial a los 64 años.

El conjunto de medidas permitirá aumentar la tasa de ocupación y por tanto dotar de mayor efectividad a las medidas que incentiven la permanencia en activo, e incluso a las que retrasen la edad de jubilación.

3. La edad legal de jubilación y la edad real de expulsión del mercado laboral: la construcción de la “edad protegida” como condicionante de las reformas.

Es comúnmente aceptada y constatada la existencia de una variable diferencial entre la edad teórica o legal y la edad real de jubilación. Tras ese lapsus temporal de distinta importancia, pero común en todos los Estados de la UE, se encuentran las múltiples fórmulas existentes que permiten la jubilación anticipada. La figura es extremadamente compleja por sus múltiples connotaciones y por las distintas funciones que ha cumplido desde finales de los años setenta. En su funcionalidad se han entremezclado el ejercicio de derechos de los trabajadores configurados como conquistas sociales, políticas de redistribución del empleo que han buscado, con criterios más ideales que reales, el relevo generacional, las transformaciones continuas del sistema productivo, donde las jubilaciones anticipadas (reales o proyectadas) han servido de soporte a los grandes procesos de reconversión y son utilizadas permanentemente como un instrumento más de gestión de los recursos humanos en un proceso de continuo cambio y adaptación de la organización productiva, donde los tiempos de inflexión no se vislumbran a corto plazo.

Con todo, en el tratamiento de las jubilaciones anticipadas debe ponderarse su vinculación a otro tipo de instrumentos que receptionan la expulsión de los trabajadores del mercado de trabajo. Basta con analizar el índice de ocupación existente entre los 50 y los 64 años (y especialmente entre los 60 y los 64 años), para darse cuenta de la magnitud del problema y de sus derivaciones. Hasta tal punto esto es así que los resultados de las elevaciones de la edad de jubilación y de las medidas de incentivación a la permanencia en activo dependen en gran medida del volumen de los sujetos receptores. De esta forma, y

aunque cada medida cumple su función, son prioritarias las destinadas a elevar a toda costa los índices de ocupación en los márgenes de edad previos a la jubilación, prueba de ello es que el aumento de la tasa de ocupación de los trabajadores entre 55 y 64 años constituye uno de los objetivos de la Estrategia para el Empleo y Pensiones de la Unión Europea, a partir de la llamada “Estrategia de Lisboa”, aprobada por el Consejo Europeo de Lisboa de 2000 y, específicamente desde el Consejo de Estocolmo de marzo del 2001⁴⁹⁰, y todo ello a pesar de la compleja estructura competencial⁴⁹¹. Los datos al 2007, esto es antes de iniciarse la actual crisis, para la UE.27 ofrecían una cierta esperanza, la tasa de empleo para las personas de 55-64 años aumentó en casi ocho puntos porcentuales del 36,9% en 2000 al 44,7% en 2007 y 12 Estados miembros habían llegado a los objetivos de Lisboa (aumentar la tasa de empleo de la franja de 55-64 años al 50% en el 2010) , entre ellos todos los países nórdicos (Suecia y Dinamarca, son lo que tienen mayor tasa de empleo) y bálticos, lo que anunciaba un cierto freno a las jubilaciones anticipadas. Seguramente los datos serán otros tras la crisis financiera en la que estamos inmersos, aunque el fenómeno de la “expulsión” es consustancial a las estrategias del sistema productivo, con crisis o sin ella⁴⁹². En todo caso, los objetivos no han cambiado, como se pone de manifiesto en la Comunicación “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, de 3 de marzo de 2010, que la Comisión hizo al Consejo Europeo y que éste ha respaldado posteriormente. Es dentro del marco diseñado por la Estrategia 2020 para los próximos 10 años, donde se inserta en reciente Libro Verde sobre las Pensiones “En pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros” (COM (2010), 365 final). De acuerdo con este documento el objetivo global de lograr unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros abarca, tiene como uno de sus aspectos básicos las tendencias del mercado laboral. En este orden, se afirma que “ la incorporación a la vida laboral a tiempo completo comienza más

⁴⁹⁰ “Las instituciones de la Unión Europea en modo alguno son ajenas a este fenómeno, como lo evidencia la profusión de iniciativas, informes y técnicas de actuación” SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C. La jubilación en el Derecho de la Unión Europea, en AAVV (Dir. MONEREO PEREZ, JL y MALDONADO MOLINA, JA), La edad de jubilación, ...cit, pag.168

⁴⁹¹ El libro estrella en la doctrina nacional es sin duda el de MIRANDA BOTO, J M^a, Las competencias de la Comunidad Europea en materia social, Pamplona, edit. Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.

⁴⁹² “Pero la expulsión del mercado de trabajo de los trabajadores de edad avanzada no puede contemplarse como fenómeno ligado exclusivamente a períodos de crisis económica o de transformaciones tecnológicas. Según demuestran las estadísticas oficiales comunitarias y nacionales de estos últimos años (lo que en principio puede resultar sorprendente), parece que hoy .en un contexto económico de recuperación. sigue instalado en la gestión empresarial de manera estructural, como uno más .diríamos. de los instrumentos o vías con los que se cuenta para responder a las exigencias de competitividad y rentabilidad de las mismas”, SANCHEZ-URAN AZAÑA, Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social, en Rev. Ministerio de Trabajo e Inmigración, num. 33, pag 222

tarde debido a la prolongación del número de años de formación; paralelamente, la jubilación llega antes a causa del desplazamiento que los trabajadores de edad avanzada sufren hoy día en nuestro mercado laboral. No obstante, la tendencia a la jubilación anticipada comienza a invertirse, fruto de modificaciones efectuadas, con ese fin, en las regulaciones de la seguridad social de diferentes países; pese a ello la mayoría de las personas siguen abandonando el mercado de trabajo mucho antes de cumplir los 65 años, en concreto la edad media de jubilación en la UE la UE-27 ha sido de 61,4 años en 2008”.

Según los datos más recientes de Eurostat, la tasa de empleo de las personas con edades entre 55 y 64 años ha aumentado de nuevo en 2012 alcanzando un promedio del 48,9% en la Unión Europea. De los 27 países miembros de la UE sólo cinco –entre ellos España- han sufrido una bajada el año pasado.

Entre los países donde las personas mayores siguen teniendo una presencia fundamental en el mercado de trabajo destacan, ante todo, Suecia con una tasa de empleo del 73,0%, así como Alemania, Dinamarca y Estonia con cifras por encima del 60%. Los Países Bajos, Finlandia y el Reino Unido comparten tasas superiores al 58%, mientras que Letonia registra un 52,8% y Lituania un 51,8%. Chipre (50,7%), Irlanda (49,3%) y la República Checa (49,3%) también logran situarse por encima del promedio europeo. España figura entre los quince países que no llegarán a la media. Desde el año 2000 nuestra tasa de empleo de las personas mayores había ido aumentando, pasando de un 37,0% a un máximo del 45,6% en 2008. El año pasado la tasa española ha bajado de nuevo levemente situándose en un 43,9%. Por detrás de España quedan, entre otros, Austria, Italia y Bélgica, pero sobre todo Malta (33,6%) y Eslovenia con tan sólo un 32,9%.⁴⁹³

También hemos advertido que las jubilaciones anticipadas no actúan como únicos instrumentos de anticipación de la edad, sino que normalmente van acompañadas de otros, tales como, la protección por desempleo y/o la utilización indebida de la incapacidad temporal. La combinación de todos ellos provoca una reducción de la “edad protegida” inferior a la anunciada y difícilmente sostenible en términos de equidad y de viabilidad del sistema.

Lo anterior nos permite afirmar que las valoraciones que se efectúan sobre la reducción o la racionalidad de la diferencia de edad entre la edad legal y la edad real de jubilación, pueden ser engañosas si refieren solo a la edad de acceso y no a la edad protegida.

⁴⁹³ Fuente: IEE (7/2013)

La referida escenografía y la necesidad de actuar sobre ella de forma prioritaria condicionan cualquier planteamiento de reforma de la jubilación. De nada sirve la elevación de la edad de jubilación a los 67 años o la potenciación de la permanencia voluntaria en activo a partir de los 65 años o edad posterior, si los sujetos receptores de las medidas son cuantitativamente escasos y lo son porque la mayoría están jubilados – o en fases protectoras previas- antes de cumplir los 65 años.

La afirmación realizada y presente en buena parte de mis reflexiones, tiene dos caras. De poco sirven las reformas si atendemos a la población receptora y en términos de equidad del Sistema. Por el contrario, sirven de mucho si con la elevación de la edad de jubilación no pretendemos conseguir un aumento de la población ocupada, sino una reconducción generalizada de las pensiones ordinarias a las pensiones anticipadas y reducidas en su cuantía.

IV. Tiempos de Crisis versus Tiempos de Reformas⁴⁹⁴

Afirmar que el sistema de pensiones tiene problemas, no es nada nuevo. Los tuvo en el pasado, los tiene en el presente y los tendrá en el futuro. Las crisis económicas y sus efectos han sido y son un permanente “compañero de viaje”. No obstante, ahora damos especial relevancia y la tiene, a otros factores. Por un lado, se está produciendo un envejecimiento de la población española, que como es conocido se incrementará con la llegada a la edad de jubilación de las cohortes del baby boom, derivando en un desequilibrio de la relación entre pensionistas y cotizantes. Por otro, se está produciendo un incremento constante de la esperanza de vida, lo que supone una extensión del tiempo en que se percibe la pensión y, por tanto, un incremento del gasto en pensiones.

Nótese que ninguno de los problemas apuntados es nuevo. Desde hace décadas sabemos y así se ha venido advirtiendo hasta la saciedad, que los factores demográficos producirían sus efectos. El rosario de factores determinantes es sobradamente conocido, bajísima tasa de natalidad, incremento constante de la esperanza de vida, existencia de generaciones especialmente numerosas, las del baby boom, etc. Sus efectos, como hemos apuntado, también eran y son sobradamente conocidos. A todos ellos se unen los propios de la crisis económica, destrucción masiva de empleo, reducción de salarios y cotizaciones,

⁴⁹⁴ Una primera versión de las reflexiones de los apartados de este epígrafe la efectué en ⁴⁹⁴ TORTUERO PLAZA, J.L., *La construcción de la reforma de la jubilación y el factor de sostenibilidad: imperfecciones y trampas*. Ponencia a las XVII Jornadas de Outono de Vigo (11/2013), págs. 9-11 (en imprenta, [Ed. Francis Lefebvre](#))

precipitación de jubilaciones anticipadas, aumento de gasto en desempleo... en definitiva, menos ingresos y mayores gastos. La crisis no solo ha puesto de manifiesto sus propios efectos, sino que ha despejado el bosque para que los factores demográficos renazcan con su mayor nitidez y dureza.

A pesar de todo lo anterior, advertido y reivindicado durante décadas, hasta la reforma del 2011 no habíamos hecho prácticamente nada a los efectos referidos. Sorprendente. Pero las sorpresas no terminan aquí, carecemos de una política familiar que incentive la natalidad que es imprescindible, carecemos de una política de empleo para los trabajadores de mayor edad que es imprescindible, carecemos de una política de conciliación de la vida familiar y laboral..., en definitiva, conocidos los problemas, durante décadas (salvo la reforma del 2011 que analizaremos seguidamente) hemos mirado para otro lado.

Los tiempos más duros de la crisis, con una destrucción de empleo sin precedentes, no son los más adecuados para afrontar REFORMAS SUPERPUESTAS, o reducciones de las pensiones sobre pensiones ya reducidas o endurecimiento de requisitos configuradores (edad, tiempo de cotización, cálculo de la pensión, jubilaciones anticipadas...) sobre requisitos ya endurecidos.

El sistema de protección social está demostrando que constituye un factor social de primer orden para atemperar los gravísimos efectos de la crisis, donde cada parcela de protección está cumpliendo adecuadamente su función social, desde la protección por desempleo, hasta las pensiones que dan cobertura no sólo a sus titulares, sino a los núcleos familiares dependientes; sin estos espacios estrictos y amplios de protección la situación social sería insostenible.

Igualmente, la crisis ha demostrado que el carácter dinámico de nuestro sistema le confiere una capacidad de adaptación a las situaciones de crisis (la actual y las pretéritas) sin parangón con respecto a otros sistemas. No hay duda por tanto y lejos de catastrofismos, que el sistema sabrá y podrá adaptarse a los nuevos retos demográficos.

A lo anterior debemos añadir el impacto económico del sistema de protección, siempre importante y ahora vital, en la medida en que la situación propicia que la práctica totalidad de las prestaciones recibidas se dedique al consumo propio y ampliado.

Con la idea de fijar el escenario, conjuntamente con la destrucción de tejido productivo y de empleo (que parece no cesar en el corto plazo y no recuperarse sustancialmente en el medio plazo, según las previsiones del Gobierno), habría que hacer

referencia a la reducción salarial producida en los últimos años, a los retrasos constantes (y con frecuencia irre recuperables) en el percibo del salario, la congelación (plena o parcial) de las pensiones y los efectos reductores de las pensiones propiciados por las reformas, la elevación generalizada de impuestos, el encarecimiento (y las restricciones) en el acceso a servicios públicos ...etc.

No parece que el escenario actual sea el más propicio para afrontar reformas que precipiten y/o endurezcan (reducción adicional) las pensiones. Todo ello, sin perjuicio del “efecto expulsión”, (desprotección) que habitualmente no se tiene en cuenta.

Con la finalidad de ofrecer un marco global de las reformas presentes y futuras anunciadas, conviene aproximarnos a sus planteamientos generales abordando las sucesivas fases y su valoración.

1. La reforma de la jubilación en la Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social

La Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social, inicio su andadura legislativa en un claro escenario de consenso político y social. En efecto, el proyecto de reforma estuvo precedido por la renovación del Pacto de Toledo⁴⁹⁵ y la firma del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones⁴⁹⁶, suscrito por el Gobierno, la CEOE, CEPYME, CCOO y la UGT, retomando así el escenario de consenso que propicio la reforma del 2007 en materia de seguridad social⁴⁹⁷.

Conviene resaltar que han quedado fuera de la Ley partes importantes del Acuerdo Social y Económico, básicamente y por lo que aquí interesa, las referidas a las políticas de empleo de trabajadores de mayor edad, que constituyen la otra cara de la moneda y

⁴⁹⁵ En este sentido, MONEREO PÉREZ, J L, “El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del Pacto de Toledo”, Aranzadi Social: Revista Doctrinal, nº 15, diciembre, 2.010, pág. 58 y ss.

⁴⁹⁶ Un análisis del Acuerdo en CAVAS MARTÍNEZ, F. Y el dialogo social dio sus frutos, en Aranzadi Social, núm. 22/2011, págs. 11-24 y MONEREO PÉREZ, JL. La reforma concertada de las pensiones. el Acuerdo Social y Económico de 2011 y su desarrollo legislativo, Rev. De Derecho del Trabajo y Seguridad Social, (Iustel) núm. 25, mayo 2011

⁴⁹⁷ Una visión general de la evolución de nuestra seguridad social al hilo de la historia de los Pactos de Toledo, puede verse en el ejemplar e ilustrativo trabajo de PANIZO ROBLES, J A. “Dos décadas de reformas de la Seguridad Social: del Pacto de Toledo de 1.995 al Acuerdo Social y Económico de 2.011”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros, nº 336, 2.011, pág. 77.

condicionan la efectividad de la misma reforma⁴⁹⁸. A esta materia refería el Acuerdo bajo el título “Estrategia global para el empleo de los trabajadores de más edad”,

Agotándose la legislatura y, por tanto, con impacto más bien testimonial, se aprobó el marco de las políticas de empleo mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011 sobre la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y los Trabajadores de Más Edad 2012-2015 (en adelante, Estrategia 55 y más) .La Estrategia 55 y más constituye el marco general de la intervención de los poderes públicos en materia de empleo de trabajadores de edad, y extenderá su vigencia a lo largo del trienio 2012-2014, coincidiendo con la vigencia de la Estrategia Española de Empleo.

Siguiendo la línea de reformas paramétricas iniciadas en otros Estados de la UE, la Ley española proyecta los cambios más significativos en las siguientes materias: la edad de jubilación, los elementos que integran el contenido económico de la prestación y las jubilaciones anticipadas, tanto plenas, como parciales. La jubilación, es por tanto y con toda lógica, la estrella o el núcleo duro de cualquier sistema de pensiones⁴⁹⁹. El alcance de la reforma afecta en forma gráfica a los siguientes parámetros:

- La edad de jubilación que evoluciona desde los 65 años a los 67 en una progresión paulatina entre el año 2013 y el año 2027.

⁴⁹⁸ En esta línea, ESTEBAN LEGARRETA, R. Jubilación y políticas de empleo. Un análisis de la reforma de la jubilación en clave de empleo (<http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/>)

⁴⁹⁹ Sobre la reforma ver, AA. VV. (García-Perrote, I., Mercader Uguina, J. R., Directores). La reforma de la Seguridad Social 2011. Valladolid (Lex Nova), 2011; AA. VV. (Monereo Pérez, J. L y Maldonado Molina, J. A., Dirección y Coordinación). La edad de jubilación. Granada (Comares), 2011. GETE CASTRILLO, P.: —La reforma de pensiones de 2011: procedimiento y contenidos (I y II) Relaciones Laborales núm. 20, 2011, pág. 12 ; LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación. Comentarios a la Ley 27/2011 de 1 de agosto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; PÉREZ ALONSO, M^a.A.: —La nueva pensión de jubilación y otras reformas en el sistema de Seguridad Social Aranzadi Social, núm. 9/2012, (BIB 2011/1761); ESTEBAN LEGARRETA, R. Jubilación y políticas de empleo. Un análisis de la reforma de la jubilación en clave de empleo (<http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/>); SEMPERE NAVARRO, A.V.: Actualización del sistema de Seguridad Social. Una visión sinóptica y global de la Ley 27/2011 (I), (II), en AS n° 6/2011 y n° 7/2011; TORTUERO PLAZA, J.L.:” La pensión de jubilación en el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y de modernización (I y II)”, en *Revista de Aranzadi social* n° 3 y 5/ /2011, pp. 4 y ss.; SEMPERE NAVARRO, A.V y FERNANDEZ ORICO, F.J.: Reforma y modernización de la Seguridad Social. Aranzadi, 2012; TOSCANI: La reforma de la jubilación a edad ordinaria por la Ley 27/2011, en *Aranzadi social* n° 7/2011; GONZÁLEZ ORTEGA, J.: “Las nuevas edades de jubilación y sus efectos en la cotización y en la cobertura”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* n° 29-30 (2012); TORTUERO PLAZA, J.L, La reforma de la Jubilación, Pamplona, edit. Aranzadi, 2012; VILLA GIL, LE. La reforma de la composición del Sistema de Seguridad Social y del modelo de protección social, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm 29-30 (extraordinario) junio/2012; LOPEZ CUMPRE, L. La reforma de la jubilación , *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm 29-30 (extraordinario) junio/2012; MONEREO PEREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A, La reforma de la jubilación, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm 29-30 (extraordinario) junio/2012

- La edad de las jubilaciones anticipadas y de la jubilación parcial, que evolucionan (tras la reforma operada por el RDL 5/2013) con la misma secuencia que la edad general.
- Se reduce la tasa de sustitución de la pensión (reducción de la pensión) , al endurecerse los siguientes parámetros:
 - Elevación del número de años exigibles para obtener el 100 por 100 de la pensión, que evoluciona desde los 35 años a los 37 años.
 - El sistema de cálculo de la pensión de jubilación, ampliándose el número de años computables para la determinación de la base reguladora de la pensión desde los 15 a los 25 años.
 - Igualmente se aminora el “valor” de cada año de cotización, a efectos de fijar la cuantía de la pensión.
 - Se endurece respecto a la situación anterior el sistema de integración de lagunas en la base reguladora.

Característica de la reforma, consustancial a la seguridad social, es su aplicación lenta y progresiva, que se inicia en el año 2013 y se proyecta, según las materias, hasta el año 2022 o 2027. La reforma pretende, siguiendo el criterio de otros Estados de la EU, que su proyección temporal esté concluida para recibir a las generaciones del *baby boom*, esto es, las nacidas a partir de 1957, que cumplirán los 65 años en el año 2022, aunque el mayor impacto se producirá con la llegada de los nacidos a mediados de los años 60, cuando la Ley este plena aplicación.

No obstante y si atendemos a los precedentes más inmediatos (aplicación progresiva de la reforma del 2007, suprimida por el RD Ley 8/2010, de 20 mayo), la proyección en el tiempo no proporciona un elemento de seguridad jurídica, en la medida en que puede ser reordenado en función de las circunstancias de cada momento. Y es más que seguro que la evolución de la crisis y las recomendaciones de las instituciones financieras de la UE precipiten una nueva reforma, acortando drásticamente los plazos proyectados en la Ley 27/2011. En este orden conviene constar que el día 28 de Junio de 2013, el Consejo Europeo aprobó las Recomendaciones por países y, concretamente para España, una especialmente importante en materia de pensiones cuyo tenor es el siguiente: “culminar al final de 2013 a más tardar la regulación del factor de sostenibilidad, a fin de garantizar la estabilidad financiera a largo plazo del sistema de pensiones, aumentando, entre otras cosas, la edad

efectiva de jubilación, ajustando la edad de jubilación o el pago de las pensiones de jubilación a las modificaciones de la esperanza de vida”.

Los elementos descritos y el retraso en su aplicación hasta el año 2013, provocaron, como era de esperar, una precipitación de las jubilaciones en todas sus variantes, estos es, tanto ordinarias, como anticipadas y, singularmente las vinculadas planes de reordenación de la actividad empresarial. El efecto mediático de la reforma anunciada -singularmente en lo referente a la edad de jubilación, el retraso de las jubilaciones anticipadas de carácter voluntario, la nueva ordenación de la jubilación anticipada por crisis y los importantes reajustes en la jubilación parcial-, el periodo de negociación con los agentes sociales y su postergada entrada en vigor, han provocado la suficiente alarma social y empresarial para precipitar jubilaciones con el actual estatus legal, o para proyectar reajustes empresariales anticipados y con la misma finalidad.

2. Suspensión temporal y parcial de la Ley 27/2011 y la nueva ordenación del Real Decreto Ley 5/2013.

La alarma provocada por la precipitación de jubilaciones, así como por la cuantías de las pensiones reconocidas y los desajustes de la jubilación parcial, provocó que el Gobierno suspendiera durante 3 tres meses la entrada en vigor de los preceptos referidos a las jubilaciones anticipadas y parcial ordenadas en la Ley 27/2011, mediante la disposición adicional 1ª del Real Decreto Ley 29/2012. Procediendo posteriormente a su nueva y más restrictiva ordenación mediante el Real Decreto Ley 5/2013 de 15 de marzo. Ya he mencionado se trataba de un efecto anunciado y lógico.

3. Algunas cuestiones a tener en consideración.

Antes de iniciar la exposición de la tercera fase, la reforma anunciada respecto a la incorporación de factor de sostenibilidad, conviene realizar algunas aclaraciones y referencias a otras reformas.

1.- Aplicación de las reformas de la jubilación a la carta. Hacemos trampas en el solitario

Presiones de todo tipo propiciaron que la Ley 27/2011 fuese generosa a la hora de identificar los colectivos que quedarían fuera de la reforma, al establecer que (DF 12ª.2) “Se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso y condiciones y reglas de determinación de prestaciones, a las siguientes personas..”, procediéndose seguidamente a identificar a los colectivos afectados.

Nuevamente el DRL 5/2013, sobrepasado todos los límites, dio nueva ordenación a la referida DF 12ª.2. Esta vez, ofreciendo un tiempo para buscar el “descuelgue de colectivos”. En efecto, el RDL se publicó en el BOE de 16 de marzo y la disposición referida ofrece plazo para el “descuelgue” hasta el día 1 de abril de 2013. No obstante se establece como fecha límite de aplicación de la normativa anterior el año 2019.

El efecto es claro, el impacto de la reforma se reducirá considerablemente hasta el 2019.

Lo anterior exige adoptar medidas correctoras, justificadas por el principio de equidad, tanto en su vertiente individual, como colectiva. Todo ello, sin perjuicio de la tacha de inconstitucionalidad al vulnerar claramente CE artículo 14, en la medida en que la Ley incorpora tratamientos diferenciales “A LA CARTA “que carecen de justificación objetiva y razonable.

2.- Otras reformas producidas

Junto a las reformas descritas, existen otras reformas que, sin ser exhaustivos, podríamos clasificar de la siguiente forma:

A) Reformas escritas

Junto a los factores descritos, la Ley 27/2011 (en su versión reformada) endurece y reduce las condiciones de acceso a las jubilaciones anticipadas y parciales, e igualmente incrementa los coeficientes reductores de la pensión. También se aborda (en sucesivas reformas) el endurecimiento y fijación de límites al reconocimiento de complementos a mínimos para alcanzar la pensión mínima. Igualmente se ha procedido al endurecimiento de las condiciones de acceso y permanencia en el subsidio por desempleo para mayores de 55 años (antes 52 años), que en muchos casos actúa como antesala de la jubilación.

B) Reformas sobrevenidas.

Si bien la Ley 27/2011 no afronta el sistema de revalorización de pensiones, la situación de crisis económica ha provocado que las “reglas legales” sobre la revalorización se hayan incumplido, con los efectos reductores correspondientes, lo que ha provocado una minoración del poder adquisitivo de las pensiones.

C) Reforma silenciosa

Se viene identificando con este término, el efecto reductor que provoca el “límite de las pensiones” y su evolución, en relación con la “base máxima de cotización” y su evolución.

En este orden, sin una reforma expresa, se viene produciendo una minoración sustancial de las pensiones que, en base a las cotizaciones efectuadas (contributividad), ven como su techo de protección se reduce y aleja de sus cotizaciones.

4. La implantación del factor de sostenibilidad.

A) Antecedentes: La creación del Comité de Expertos

El Gobierno anunció que para el mes de septiembre llevaría al Parlamento la Ley que creara el factor de sostenibilidad, posiblemente con la idea de implantarlo a partir del 1 de enero de 2014. La aceleración viene impuesta por las instancias Europeas. En efecto, el día 28 de Junio de 2013, el Consejo Europeo aprobó las Recomendaciones por países y, concretamente para España, una especialmente importante en materia de pensiones cuyo tenor es el siguiente: “culminar al final de 2013 a más tardar la regulación del factor de sostenibilidad, a fin de garantizar la estabilidad financiera a largo plazo del sistema de pensiones, aumentando, entre otras cosas, la edad efectiva de jubilación, ajustando la edad de jubilación o el pago de las pensiones de jubilación a las modificaciones de la esperanza de vida”. Veamos cómo se ha planteado la cuestión.

La Disposición adicional novena del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (Creación de un Comité de Expertos para el estudio del Factor de Sostenibilidad del Sistema de la Seguridad Social), establece que:

El Gobierno, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, creará un comité de expertos independientes a fin de que elabore un informe sobre el factor de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, para su remisión a la Comisión del Pacto de Toledo, en línea con lo previsto en la disposición adicional quincuagésima novena del texto refundido de la

Ley General de la Seguridad Social, introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.

A su vez, la disposición adicional quincuagésima novena del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, establece que:

Con el objetivo de mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad, a partir de 2027 los parámetros fundamentales del sistema se revisarán por las diferencias entre la evolución de la esperanza de vida a los 67 años de la población en el año en que se efectúe la revisión y la esperanza de vida a los 67 años en 2027. Dichas revisiones se efectuarán cada 5 años, utilizando a este fin las previsiones realizadas por los organismos oficiales competente.

Finalmente, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera establece, en el artículo 18 punto 3, que:

El Gobierno, en caso de proyectar un déficit en el largo plazo del sistema de pensiones, revisará el sistema aplicando de forma automática el factor de sostenibilidad en los términos y condiciones previstos en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

Con éste aparato legal, por Acuerdo de Consejo de Ministros de 12 de abril de 2013, se crea un Comité de Expertos⁵⁰⁰ para que realice un informe donde se defina el factor de sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social, en el marco legal referido.

El 7 de junio de 2013 el Comité aprobó⁵⁰¹ y presento el Informe. Sin entrar en el entramado de las formulas, el Informe expone la finalidad del factor de sostenibilidad y su contenido en los siguientes términos:

El factor de sostenibilidad está diseñado para que los desequilibrios del sistema de pensiones se puedan anticipar cada año de manera transparente y se neutralicen de una forma distribuida en el tiempo. Los principales tributos que el factor de sostenibilidad puede rendir a la sociedad española son, por una parte, la transparencia y la predictibilidad de las

⁵⁰⁰ Integrantes del Comité: Víctor Pérez-Díaz (Presidente), Manuel Lagares Calvo, José María Marín Viguera, Santos Ruesga Benito, Miguel Ángel Vázquez Burgos, Ignacio Conde Ruiz, Rafael Doménech Vilariño, José Enrique Devesa Carpio, Mercedes Ayuso, Miguel Ángel García Díez, Francisco Castellano Real, José Luis Tortuero Plaza.

⁵⁰¹ El Informe se aprueba con 10 votos a favor , 1 voto en contra (Santos Ruesga) 1 abstención (Tortuero) y se presentaron 3 votos particulares (Ruesga, Tortuero - http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/06/07/voto_tortuero.pdf y García Díez)

pensiones; por otra, un mecanismo de corrección automático de errores distribuido en el tiempo, y por tanto, aceptable en sus consecuencias.

El factor se compone, en primer lugar, de un **Factor de Equidad Intergeneracional (FEI)** que busca que las condiciones de las pensiones sean iguales para todos los jubilados, con independencia de la cohorte demográfica a la que pertenezcan, algo que no ocurre en la actualidad. En segundo lugar, consta de un **Factor de Revalorización Anual (FRA)** que al proceso, digamos, natural de evolución de la pensión media, une una corrección basada en la relación entre ingresos y gastos del sistema de pensiones. Sucintamente, cuando los gastos crecen más que los ingresos, el FRA frena el crecimiento natural de la pensión; en las situaciones contrarias, lo expande. Para evitar que la revalorización de las pensiones aboque a los pensionistas a sacrificios poco tolerables en las fases bajas de la economía, el FRA no se calcula con cifras de un solo año, sino de un conjunto de años que abarquen, en la medida de lo posible, la totalidad del ciclo económico, y, en caso de desequilibrio, permite la corrección, no de golpe, sino a lo largo de varios años⁵⁰².

Defendido el Informe y los votos particulares en la Comisión del Pacto de Toledo y remitido a los Interlocutores Sociales, solo quedaba esperar al Proyecto de Ley del Gobierno presente en el Congreso de los Diputados.

B) El proyecto de Ley y la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social.

En este orden, el Gobierno presentó el Proyecto de Ley sobre el factor de sostenibilidad, iniciando los trámites correspondientes. El Proyecto, como era de esperar y advertí continuamente en la Comisión de Expertos ha levantado el rechazo generalizado de los ciudadanos, por entender, entre otras cosas, que estamos rompiendo el pacto intergeneracional que constituye la esencia de nuestro sistema de pensiones. Una vez más, el Proyecto propiciara la precipitación de jubilaciones, como ya lo hicieron las reformas precedentes, y fomentara un efecto “huida”. Deterioro que se une a la disminución de ingresos, propiciada por la destrucción de empleo y la reducción generalizada de salarios.

Finalizado el trámite parlamentario, con algunas variaciones que apuntaré más adelante, el proyecto se convirtió en la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 26 de diciembre, entrando en vigor al día siguiente de su

⁵⁰²

Puede consultarse : http://www1.seg-social.es/ActivaInternet/groups/public/documents/rev_anexo/rev_032187.pdf

publicación, a excepción del factor de sostenibilidad que se aplicara a las pensiones de jubilación del Sistema de la Seguridad Social que se causen a partir del 11 de enero de 2019 (Disp. Final 5ª).

La Ley sigue en lo fundamental las consideraciones del Informe de los Expertos, y diseña un Factor de sostenibilidad vinculado a la esperanza de vida (en el Informe denominado Factor de Equidad Intergeneracional. FEI), que se tendrá en cuenta en el cálculo de la pensión de jubilación, una vez aplicada la formula general. Igualmente, fija un denominado Índice de revalorización de las pensiones (en el Informe denominado, Factor de Revalorización Anual, FRA) que rompe con la tradicional vinculación al IPC, fijando un porcentaje “suelo” y “techo”, de forma que la revalorización de las pensiones se mueva en un margen determinado.

Por lo que refiere al Factor de Sostenibilidad, se aplicará, en los términos establecidos en esta ley, por una sola vez para la determinación del importe inicial de las nuevas pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social, para lo cual se modifica el apartado 1 del artículo 163 de la LGS. Esto quiere decir que su impacto alcanza exclusivamente a los trabajadores por cuenta propia, ajena y asimilados incorporados a la LGS, por tanto, no es aplicable a Clases Pasivas del Estado y al resto de las pensiones con cargo a fondos públicos

Por el contrario, el Índice de Revalorización será aplicable tanto a los incorporados a la LGSS, como a Clases Pasivas del Estado, para lo cual se modifican las normas reguladoras para los referidos colectivos, esto es, el apartado 1 del artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril y el artículo 48 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

En ambos preceptos, la revalorización de las pensiones (a partir del 1/I/2014) se vincula “al índice de revalorización previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”.

Por lo que refiere a la determinación del “suelo” y el “techo” aplicable a la revalorización anual de las pensiones, se establece que “en ningún caso el resultado obtenido podrá dar lugar a un incremento anual de las pensiones inferior al 0,25 por ciento ni superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumo en el periodo anual anterior a diciembre del año t, más 0,50 por ciento”. En el Proyecto de Ley, el techo se incrementaba en el 0,25.

En efecto, en su aplicación, los arts. 37 y 41 de la LPGE 2014, establecen que “ Las pensiones contributivas de Seguridad Social, así como las de Clases Pasivas del Estado, experimentarán en el año 2014 un incremento del 0,25%, sin perjuicio de algunas excepciones..”.

Los límites fijados significan, que las pensiones nunca se congelan en términos absolutos (si entendemos que subir 2 euros al mes, no constituye congelación), pero el poder adquisitivo perdido, tampoco se recupera, pues lo impide el límite o “techo” de revalorización fijado para los años de bonanza económica.

C) La reforma y la ruptura del consenso político y social

No debemos olvidar que la Ley 27/2011 constituyó el fruto de un gran consenso entre las fuerzas políticas (a través de la Comisión del Pacto de Toledo) y de las organizaciones sociales, a través del Pacto Social que sustenta la reforma.

Recuérdese, basta con hacer algo de historia, que el consenso referido no ha sido fácil de alcanzar, buena prueba de ello es el análisis de las principales reformas realizadas desde el año 1997, donde el consenso nunca fue global.

Sin perjuicio de la decisión legítima tomada por el Gobierno de nombrar un Comité de Expertos, lo cierto es que la decisión no ha sido consensuada ni en el marco del Pacto de Toledo, ni con los interlocutores sociales, lo que anunciaba una posición “poco receptiva” al informe del Comité, como así fue. A ello, debemos añadir el impacto social de las medidas, que sin duda tendrán su respuesta social, tanto por las medidas en sí mismas de gran sensibilidad social, como por el efecto acumulativo respecto de otras medidas tomadas. En definitiva, la ruptura del consenso constituiría una provocación innecesaria e injustificada.

Por último y a pesar de la importantísima problemática existente, no debemos olvidar que el sistema español cuenta con un Fondo de Reserva para equilibrar en el corto plazo los efectos negativos del ciclo y que las cohortes del baby boom (1957-1977) anuncian su llegada, pero en un plazo (2022-2042) que nos permite actuar con un margen razonable, alejado de la urgencia inmediata. Ésta es una de las diferencias con nuestro socios europeos donde sus generaciones del baby boom (1946-1964) ya comenzaron su llegada a la jubilación a partir del 2011 (si tomamos la edad de 65 años, no compartida en todos los Estados), de ahí que las reformas y ajustes de sus sistemas se realizaran en un tiempo anterior.

Quizás lo prudente hubiera sido retirar el Proyecto de Ley y buscar un mecanismo de revalorización consensuado.

V. La Reforma Sobrevenida y Anunciada de la Protección del Trabajo a Tiempo Parcial

3.1 Antecedentes: una ordenación conflictiva

La protección que otorga el sistema de seguridad social a los trabajadores que prestan servicios mediante contrato de trabajo a tiempo parcial se rige por el principio de asimilación en relación con los trabajadores a tiempo completo, aplicando reglas de proporcionalidad. Lo que siempre ha planteado problemas y siempre he criticado. No obstante, la reducción del tiempo de trabajo en relación con la jornada ordinaria o habitual influye inevitablemente en las reglas de seguridad social, tanto en las de cotización como en las relativas a la acción protectora. Las reglas específicas relativas a la acción protectora de la Seguridad Social aplicables a los trabajadores a tiempo parcial se contemplan en la [DA 7ª.1 2ª LGS](#), modificada por el [art. 5 RDL 11/2013](#), de 2 agosto y [RD 1131/2002, de 31 de octubre](#).

En relación con esta regulación debe precisarse que la regla sobre cómputo y acreditación de los períodos de cotización ([DA 7ª.1 regla 2ª LGSS](#)) fue declarada nula e inconstitucional por [STC 61/2013, de 14 marzo](#) por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, siguiendo el canon de enjuiciamiento fijado en precedente [STC 253/2004, de 22 de diciembre](#), así como en doctrina del [TSJUE contenida en la sentencia de 22 de noviembre de 2012](#), resolutoria de una petición de decisión prejudicial planteada sobre la misma previsión normativa. En el mismo sentido [SSTC 71/2013](#) y [72/2013](#), de 8 de abril de 2013.

La norma declarada nula e inconstitucional por el TC establecía que para el cómputo y acreditación del período de cotización exigido para el acceso a la generalidad de las prestaciones (jubilación, incapacidad, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, y cuidado de menores) se computaban exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividía por 5, equivalente diario del cómputo de 1.826 horas anuales.

El TC consideró que las diferencias de trato en cuanto al cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a la pensión de jubilación (y a las demás prestaciones a las que es aplicable la [regla 2ª de la DA 7ª](#) LGSS (incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad, paternidad,) se encontraban desprovistas de una justificación razonable que guardara la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, dado que la regla correctora introducida en la letra b) de la misma regla no evitaba que a estos trabajadores se les exigiesen periodos cotizados de actividad más amplios, con los efectos gravosos y desproporcionados a que la norma cuestionada puede dar lugar. Por otro lado, consideró que para estos trabajadores el principio de contributividad que informa todo el Sistema de la Seguridad Social podía justificar que las cotizaciones ingresadas determinadas en la cuantía de su prestación contributiva de jubilación, pero, en cambio, no justificaba que, previamente, el criterio seguido en el cómputo de los periodos de carencia necesarios para acceder a dicha prestación resultara diferente al establecido para los trabajadores a tiempo completo.

Desde hace años he venido dando explicación grafica al contenido de la proporcionalidad descrito en los siguientes términos: para que un trabajador que presta servicios con un 50 por 100 de parcialidad alcance el 100 por 100 de la pensión de jubilación, deberá haber trabajado 70 años (en lugar de 35 exigible a un trabajador a tiempo completo) lo que exige varias reencarnaciones.

3.2 La nueva ordenación: una solución compleja y no definitiva

El [RDL 11/2013, de 2 agosto](#) , vigente a partir del 3 de agosto de 2013⁵⁰³, ha venido a resolver la anómala situación legislativa producida tras la anulación de la regla mencionada, flexibilizando el número de años requeridos para el acceso a las prestaciones, dando cumplimiento con ello a la sentencia del TC⁵⁰⁴.

⁵⁰³ Un estudio detenido de la nueva ordenación en Panizo Robles, J.A.: “Las nuevas reglas de Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial”, CEF Laboral- Social, en: <http://www.laboral-social.com/files-laboral/LAS%20NUEVAS%20REGLAS%20DE%20SEGURIDAD%20SOCIAL%20PARA%20LOS%20TRABAJADORES%20CONTRATADOS%20A%20TIEMPO%20PARCIAL.pdf>

⁵⁰⁴ La Exposición de Motivos realiza una detenida justificación de los objetivos de la reforma, en los siguientes términos:

La reforma tiene como finalidad cumplir los siguientes objetivos:

1. Dar cobertura adecuada a todas las personas que realizan una actividad laboral o profesional.

Curiosamente, dado el amplio espacio de desencuentros entre el Gobierno y los Interlocutores Sociales, la reforma de la protección de los trabajadores a tiempo parcial, vino precedida del «Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial» firmado el pasado treinta y uno de julio de 2013 por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las organizaciones Comisiones Obreras, Unión General de Trabajadores, Confederación Española de Organizaciones Empresariales y Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.

La nueva regulación⁵⁰⁵ no sólo es aplicable a los hechos causantes producidos tras su entrada en vigor, sino también a las siguientes situaciones ([DT. 1ª RDL 11/2013](#)):

--A las solicitudes de prestaciones que hubieren sido denegadas por no haberse acreditado el período de carencia exigido en su día y que cumplan el período mínimo exigido conforme a la nueva regulación. En este caso el hecho causante se entenderá producido en la fecha originaria, pero los efectos económicos tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la nueva solicitud, con el límite en todo caso de la fecha de entrada en vigor del RDL.

--A las solicitudes que se encuentren en tramitación a la fecha de entrada en vigor del RDL mencionado, teniendo su reconocimiento efectos económicos desde el hecho causante de la respectiva prestación.

Por lo que refiere a su ámbito de aplicación, las nuevas reglas para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, que derivan de la reforma incorporada a la LGSS por el Real Decreto-Ley 11/2013, son de aplicación a los siguientes trabajadores:

- Trabajadores que a lo largo de su vida laboral hayan trabajado/cotizado con contrato a tiempo parcial y/o contrato de relevo a tiempo parcial y/o contrato de trabajo fijo-discontinuo, incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.
- Trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial de la Minería del Carbón.
- Trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

2. Mantener los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad que caracterizan el Sistema Español de Seguridad Social.

3. Mantener la equidad respecto a la situación de los trabajadores a tiempo completo.

4. Evitar situaciones fraudulentas o irregulares, así como evitar la desincentivación de la cotización al Sistema.

⁵⁰⁵ Un análisis completo puede verse en BARCEÓN COBEDO, S. Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social, Tirant lo Blanch 224/2013.

- Trabajadores a tiempo parcial o fijos discontinuos incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, establecido en el Régimen General de la Seguridad Social.

Sin entrar en el análisis del nuevo régimen jurídico, cabe precisar que la ordenación actual pivota sobre la aplicación del denominado “coeficiente de parcialidad”, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la realizada por un trabajador a tiempo completo comparable. Igualmente el “coeficiente de parcialidad” opera sobre el periodo de cotización exigido para acceder a la protección.

La búsqueda de soluciones, aplicando de una u otra forma mecanismos de proporcionalidad, con una u otra denominación, y más o menos ponderado, no será pacífica. Ciertamente es que la nueva ordenación mejora el ámbito de protección, pero también lo es que no lo universaliza. El problema que reiteradamente ha llegado al TC sigue latente. En este orden, es perfectamente posible que la aplicación del coeficiente de parcialidad al tiempo trabajado y al periodo de cotización exigido, provoque desajustes que conducirán a la desprotección, singularmente a las mujeres al ser las principales titulares de los contratos a tiempo parcial.

En definitiva, la sombra del trato discriminatorio continúa. Hubiera sido deseable utilizar formulas más objetivas y universales que no reflejaran, como criterio de ordenación, el tiempo de trabajo⁵⁰⁶, que en si mismo produce su reflejo en la cotización y en la cuantía de las prestaciones.

Referencias

AA. VV. (García-Perrote, I., Mercader Uguina, J. R., Directores). La reforma de la Seguridad Social 2011. Valladolid (Lex Nova), 2011

AA. VV. (Monereo Pérez, J. L y Maldonado Molina, J. A., Dirección y Coordinación). La edad de jubilación. Granada (Comares), 2011

ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, JL. *Instituciones de la Seguridad Social*, Decimoctava edición, año 2.002

BARCEÓN COBEDO, S. Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social, Tirant lo Blanch 224/2013

⁵⁰⁶ Para un modelo alternativo mucho más sugerente y acertado, ver LLORENTE ALVAREZ y DEL VALLE DEL JOZ: “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: jurisprudencia reciente y alternativas de reformas”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm.3/2013, BIB 2013/1251

CARRIL VÁZQUEZ, JM, “El papel atribuido a la edad en la legislación laboral y de seguridad social española”, en *La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social*, AAVV, CABEZA PEREIRO, J, BALLESTER PASTOR, M^a A., FERNÁNDEZ CAVAS MARTÍNEZ, F. Y el dialogo social dio sus frutos, en *Aranzadi Social*, núm. 22/2011

DE LA FUENTE LAVÍN, MIKEL, en “La flexibilidad en la jubilación”, AAVV, MONEREO ESTEBAN LEGARRETA, R. Jubilación y políticas de empleo. Un análisis de la reforma de la jubilación en clave de empleo (<http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencias/>)

FERNÁNDEZ CORDÓN, J. L. “Demografía y reformas del sistema de pensiones”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extra 2011

FERRERAS ALONSO, FIDEL, “Cambio demográfico y pensiones de Seguridad Social” Fundación Alternativas, Documento de Trabajo nº 161, año 2.010

GARATE CASTRO, J. Los incentivos económicos, para el trabajador, de la permanencia en el trabajo después de la edad ordinaria de jubilación, en AAVV (Dir..., CABEZA PEREIRO, J, BALLESTER PASTOR, M^a A. FERNANDEZ PRIETO, M), *La relevancia de la edad en la Relación laboral y de seguridad social*, Aranzadi, 2009

GARCÍA MURCÍA, J. “La política contemporánea de jubilación: algunos dilemas y algún contrasentido” *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*. Iustel, Madrid, 2.007

GARCÍA NINET, JI. “Prolongación de la vida activa laboral y jubilaciones anticipadas en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social. El necesario incremento de la contributividad del sistema”. *Tribuna Social*, Nº 212-213. Agosto-septiembre 2.008

GARCÍA VIÑA, JORDI. “¿Cómo afecta la crisis económica a los modelos actuales europeos de Seguridad Social?” en AAVV, *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, Murcia, 2.010

GETE CASTRILLO, P.: —La reforma de pensiones de 2011: procedimiento y contenidos (I y II) *Relaciones Laborales* núm. 20, 2011

GONZÁLEZ ORTEGA, J.: “Las nuevas edades de jubilación y sus efectos en la cotización y en la cobertura”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* nº 29-30 (2012)

LLORENTE ALVAREZ y DEL VALLE DEL JOZ: “La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial: jurisprudencia reciente y alternativas de reformas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.3/2013

LOPEZ CUMPRE, L. La reforma de la jubilación, Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núm 29-30 (extraordinario) junio/2012

LÓPEZ CUMBRE,L ; “La construcción del Espacio Europeo de Investigación y Formación como factor esencial para el empleo en la renovada Estrategia de Lisboa”, en AAVV, “Anuario de conferencias”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2010

LÓPEZ CUMBRE,L Discriminación por razón de edad”, en AAVV, Los retos de la igualdad y la no discriminación en el trabajo en España”, Madrid, MTIN, 2010

LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La reforma de la jubilación. Comentarios a la Ley 27/2011 de 1 de agosto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011

MENEU GAYA, R.; DEVESA CARPIO, J. E.; DEVESA CARPIO, M.; NAGORE GARCIA, A.; DOMINGUEZ FABIAN, I.; y ENCINAS GOENECHEA, B.: “El factor de sostenibilidad: diseños alternativos y valoración financiero-actuarial de sus efectos sobre los parámetros del sistema”. Revista Economía Española y Protección Social, 2013

MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO en “La edad de jubilación, retiro y vejez” en AAVV, MONEREO PÉREZ, JL y MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO (Dirección y coordinación) La edad de jubilación, Editorial Comares, Granada, 2.011

MIRANDA BOTO, J Mª, Las competencias de la Comunidad Europea en materia social, Pamplona, edit. Aranzadi-Thomson Reuters, 2099

MOLINA NAVARRETE, C. “Artículo 4. Derechos laborales” y QUESADA SEGURA, R. “No discriminación en las relaciones laborales”, en Comentario al Estatuto de los Trabajadores, AAVV., MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), Comares, Granada, 1.998

MOLINA NAVARRETE, CRISTOBAL, La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último botín” de los mercaderes del templo, en Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 340, julio 2011

MONEREO PEREZ, JL y MALDONADO MOLINA, JA, La reforma de la jubilación, Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núm 29-30 (extraordinario) junio/2012

MONEREO PÉREZ, JL. La reforma concertada de las pensiones. el Acuerdo Social y Económico de 2011 y su desarrollo legislativo, Rev. De Derecho del Trabajo y Seguridad Social, (Iustel) núm. 25, mayo 2011

MONEREO PÉREZ, J L, “El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del Pacto de Toledo”, Aranzadi Social: Revista Doctrinal, nº 15, diciembre, 2.010

MONEREO PÉREZ, J.L. “El ciclo largo de la reforma de la seguridad social: significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual” *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*. Editorial La Ley. Madrid, 2.008

MONEREO PÉREZ, J.L. “Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria”, en AAVV, MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.). *La política de pensiones en el Estado social en transformación. Aspectos críticos*. Granada, Comares, 2.010

MONEREO PÉREZ, J.L. “La política de pensiones tras el acuerdo social y económico de 2.011: La fase actual de la construcción de un “nuevo” sistema de pensiones” en AAVV, MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO (Dirección y coordinación) *La edad de jubilación*, Editorial Comares, Granada, 2.011

MONTOYA MELGAR, A. “Artículo 4. Derechos laborales” y “Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales” en *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, 7ª edición, MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.Mª; SEMPERE NAVARRO, A.V.; RÍOS SALMERÓN, B. Thomson Aranzadi, Navarra, 2.007

PANIZO ROBLES, J A. “Dos décadas de reformas de la Seguridad Social: del Pacto de Toledo de 1.995 al Acuerdo Social y Económico de 2.011”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, nº 336, 2.011

PANIZO ROBLES, J.A.: “Las nuevas reglas de Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial”, CEF Laboral- Social, en: <http://www.laboral-social.com/>

PÉREZ ALONSO, Mª.A.: —La nueva pensión de jubilación y otras reformas en el sistema de Seguridad Social‖ *Aranzadi Social*, núm. 9/2012, (BIB 2011/1761)

PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO (Dirección y coordinación) *La edad de jubilación*, Editorial Comares, Granada, 2.011

PRIETO, M., (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2.009

SANCHEZ-URAN AZAÑA, *Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social*, en *Rev. Ministerio de Trabajo e Inmigración*, num. 33

SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Actualización del sistema de Seguridad Social. Una visión sinóptica y global de la Ley 27/2011 (I), (II)*, en AS nº 6/2011 y nº 7/2011

SEMPERE NAVARRO, A.V y FERNANDEZ ORICO, F.J.: *Reforma y modernización de la Seguridad Social*. Aranzadi, 2012

TORTUERO PLAZA, J.L.:” La pensión de jubilación en el Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y de modernización (I y II)”, en *Revista de Aranzadi social* nº 3 y 5/ /2011

TORTUERO PLAZA, JL, La reforma de la Jubilación, Pamplona, edit. Aranzadi, 2012

TORTUERO PLAZA, J.L, *La construcción de la reforma de la jubilación y el factor de sostenibilidad: imperfecciones y trampas*. Ponencia a las XVII Jornadas de Outono de Vigo (11/2013)

TOSCANI: La reforma de la jubilación a edad ordinaria por la Ley 27/2011, en *Aranzadi social* nº 7/2011

TRIGUERO MARTÍNEZ, LUIS ANGEL. “El mantenimiento de la actividad tras los 60 años”, en AAVV, MONEREO PÉREZ, JL y MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO (Dirección y coordinación) *La edad de jubilación*, Editorial Comares, Granada, 2.011

VILLA GIL, LE. La reforma de la composición del Sistema de Seguridad Social y del modelo de protección social, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm 29-30 (extraordinario) junio/2012

ZUBIRI ORIA, I. “Un análisis económico de la Seguridad Social”. AAVV (Dir. TORTUERO PLAZA,JL). *Cien años de protección social en España. Libro conmemorativo del I centenario del Instituto Nacional de Previsión*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2.007

SEGURIDADE SOCIAL, PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E SUSTENTABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

SOCIAL SECURITY, PROHIBITION OF THE REGRESSION AND SUSTAINABILITY OF PUBLIC POLICIES

Marcelo Borsio⁵⁰⁷

RESUMO: As políticas públicas estatais são criadas para melhor atender os anseios sociais, pelo menos deveriam. Estados Modernos agem deste modo. Deve haver harmonia entre Estado e suas competências. Política pública é ação de governo, mas com representatividade social. Um dos programas de política pública bem definidos é o estruturado na Seguridade Social da Constituição Federal de 1988. Direitos sociais devem ter efetividade, mormente os assistenciais, posto a miserabilidade dos hipossuficientes. Programas assistencialistas, como fome zero, bolsa família, entre outros devem ser mantidos com responsabilidade sem clientelismo político, com intensões outras. A concessão de benefícios não-contributivos deve sempre estar atrelada à preservação de equilíbrio financeiro e atuarial. E para isso, também os contributivos devem seguir mesmo formato, nunca se esquivando da proibição do retrocesso, em face de direitos sociais já conquistados. Se o Estado pode ser assistencialista, deve manter conquistas sociais aos trabalhadores da sociedade. O trabalho abaixo busca trazer fiel da balança entre essa possível contradição estatal, que procura manter um assistencialismo clientelista e passa ao largo da preservação de direitos previdenciários adquiridos em torno das normas aos beneficiários do seguro social.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Seguridade Social. Assistencialismo Clientelista. Retrocesso Previdenciário das Normas da Reforma. Assistidos e Segurados Cobertos. Seguro Social. Desproporcionalidade de tratamento

ABSTRACT: State public policies are created to better meet social expectations, at least they

Artigo recebido em 12/05/2015

⁵⁰⁷ Professor Titular de Direito Previdenciário e Tributário do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF -, de Brasília (Brasil). Professor de Direito Previdenciário e Tributário da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Pós-Doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela PUC-SP. Especialista em Direito Constitucional da Investigação pela UNISUL.

should. Modern States thereby act. There must be harmony between the state and its powers. Public policy is government action, but with social representativeness. One of the well-defined public policy programs is structured in Social Security of the 1988 Federal Constitution. Social rights must be effective, especially the assistance, since the misery of least sufficient. Welfare programs, such as zero hunger, family allowance, etc. should be kept responsibly without political patronage, with other intentions. The granting of non-contributory benefits should always be linked to the preservation of financial and actuarial balance. And for that, also contributing should follow the same format, never shirking kick ban, in the face of social rights already conquered. If the State can be welfare, must maintain social achievements to the company's employees. The job search below bring true balance between this contradiction can state that seeks to maintain a clientelistic welfare and passes off the preservation of pension rights acquired around the rules to beneficiaries of social insurance.

KEY-WORDS: Public Policy. Social Security. Welfare Clientelistic. Social Security retreat of the Reform Rules. Assisted and insured Covered. Social insurance. Disproportionality treatment.

1. INTRODUÇÃO

Como bem definiu Hannah Arendt⁵⁰⁸, os direitos humanos são um construído e vieram sendo conquistados ao longo de décadas e séculos. A Carta Magna *Liberatum*, do Rei inglês João Sem Terra, de 1205, é preceptora da conquista dos direitos civis e políticos (a primeira dimensão do direito). E essa crescente encontrou na individualidade e liberdade seus prismas.

Mas a sociedade evoluiu e a Revolução Industrial encaminhou os operários para o massacre do trabalho sem medidas, sem estruturas, sem direitos, sem nenhum aspecto humano ou social. Então, o Ministro Alemão Otto Von Bismarck, no final do século XIX, a fim de diminuir um pouco as insatisfações, passou a criar seguros sociais para amparar casos de acidentes, doenças e invalidez nas fábricas, mediante contribuição. É o ponto embrionário dos direitos sociais, econômicos e culturais (a segunda dimensão do direito), depois fortemente pontuados nas Constituições Mexicana, de 1917, e na de *Weimar* (alemã), de 1919.

⁵⁰⁸ Arendt, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979, p. 18.

Após os períodos de guerras mundiais e dos Estados Totalitários, em que o homem foi subjugado a meio e não o fim de tudo, numa escuridão e ruptura com o avanço das conquistas dos direitos, surgiram, com maior ênfase, os direitos do homem e da humanidade, de modo difuso e coletivo (a terceira dimensão do direito), num resgate do que tinha ficado para trás, passando a ser pauta mundial o direito ambiental, do consumidor, dos idosos, das crianças e adolescentes etc.

No Brasil, os direitos sociais ganharam força com o advento da Constituição Federal de 1988, como forma de pagamento de dívida histórica com a sociedade brasileira, ocasionando verdadeira democracia econômica e social.

E não se pode dissociar direitos sociais de variáveis jurídicas da organização política da configuração social, sob a regulação do Poder Público. Enfim, a multiplicidade de elementos associados à expressão políticas públicas.

Na experiência chinesa e seu vertiginoso crescimento, o autoritarismo político da centralização das decisões nunca os permitiu conhecer os aspectos críticos quanto às melhores políticas públicas. Há outros exemplos pelo mundo.

Como advertia Stuart Mill⁵⁰⁹: “As funções peculiares ao governo não são fixas, mas diversas em diferentes estados da sociedade — muito mais extensas em estado atrasado do que em um desenvolvido”.

Num Estado com maior participação popular, a sociedade atua em conjunto com o poder estatal, diminuindo-lhe as funções, mas se é diminuta a participação, o desenvolvimento ainda lhe passa ao largo.

A ascensão de um Estado emergente ao patamar de Estado desenvolvido, vivendo plenamente a democracia, reclama culturas políticas e sociais fortemente entrelaçadas com práticas jurídicas efetivas e progressivamente institucionalizadas.

A política institucionalizada é também da revolução da informação e da comunicação, com a utilização cada vez maior dos computadores e internet, telefonia celular, redes sociais, aplicativos de mensagens entre outros. E isso é sinal de velocidade maior das relações sociais.

Dalmo Dallari⁵¹⁰ pontua que no instante que esses recursos tecnológicos forem utilizados para fins políticos seguros e verdadeiros, a participação popular, superando-se resistências, será direta.

⁵⁰⁹ MILL, John Stuart. Considerações sobre o Governo Representativo. Tradução de E. Jacy Monteiro. Biblioteca “Clássicos da Democracia”. 19. São Paulo: IBRASA, 1964, p.83.

⁵¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado, 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. Páginas 51-59.

Democracias maduras são as que designamos Estados Pós-Modernos, conforme disse Jacques Chevallier⁵¹¹. No Brasil, ainda há verdadeiro esforço para a implementação do Estado Democrático de Direito, não sendo nossa Democracia madura, mas a caminho.

O exercício de poder, em face da proteção de direitos e valores da cidadania e da democracia, bem ainda da sustentabilidade ambiental, reclama uma forte integração política e jurídica no cerne estatal, ocasionando necessária participação da sociedade nessa esteira. E o ponto de partida é ser a política pública um ideal de governo, em que a própria política às necessidades do povo, a forte ação governamental e o melhor arranjo institucional, são premissas basilares.

E política pública é programa de ação governamental, em que seu núcleo de sentido reside na ação governamental, isto é, uma harmonia em movimento do Estado em suas competências, objetivos e meios estatais, a partir de atos de impulsão governamental, tendo como suporte um arranjo institucional, caracterizado por iniciativas e medidas inerentes.

Segundo Celina Souza⁵¹², política pública tem sua origem e ontologia nos Estados Unidos, no mundo acadêmico, sem ter relações com bases teóricas no papel do Estado, passando ao contexto das ações de governo (estudo científico do que o governo faz ou deixa de fazer).

E, ainda, a autora ensina que política pública envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada no governo, não se restringe a ele. Diz, outrossim, que a política pública não se limita a leis e regras, é intencional, com objetivos a serem alcançados, e é de longo prazo. A Política social se interessa pelas consequências e pelos resultados dessa política pública.

Para Maria Paula Dallari Bucci⁵¹³, política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo “ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de

⁵¹¹ CHEVALLIER, Jean-Jacques. As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias. Trad. Lydia Christina. 5. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1986, p. 112.

⁵¹² SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologia, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

⁵¹³ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”.

Para a autora, política pública é uma real abertura do direito para a interdisciplinariedade e tem ela distintos suportes legais. Podem vir por disposições constitucionais, leis, decretos, portarias etc.

Mas política pública, como ensina a professora Maria Paula Dallari Bucci, “tem seu principal foco de preocupação, não na sua definição, mas na sua análise, que constitui campo fértil para a quantificação, com estreito trabalho interdisciplinar com a ciência política, a economia, as ciências da Administração Pública, que examinam a escassez de meios para o atingimento dos objetivos definidos pelo Poder Público, com apropriada metodologia jurídica em uma arquitetura institucional, buscando ideais modelos de ação”⁵¹⁴.

Como bem menciona a autora Maria P. Dallari, “se não há um conceito jurídico, deve haver, com certeza, uma metodologia jurídica. As tarefas dessa são descrever, compreender e analisar as políticas públicas, de modo a conceber as formas e processos jurídicos correspondentes”⁵¹⁵.

Para Pierre Muller⁵¹⁶, a análise sistêmica da política pública é genuinamente americana, e menos francesa, pois essa tem tradição de Administração Pública com origens no direito público, e aquela tem origem em elementos jurídicos para sua formação. Para o autor, é necessário abrir a “caixa preta” do aparelho político administrativo e operar uma “desconstrução analítica do Estado, em que a representatividade social ganha pleno relevo”.

E, nesse contexto, surge o novo institucionalismo (com forte antagonismo ao behaviorismo dos anos de 1930 e 1940), que tem como pressuposto a ideia de integração (sem dependência) entre indivíduos no cenário político, aproximando os agentes políticos, ou seja, os políticos e os eleitores (sociedade), porém, com padrão em normas e organizações de instituições jurídicas para solidificar a arquitetura institucional.

Apenas para pontuar nesse contexto, a política pública é plano meso-institucional, enquanto as ações governamentais são planos micro-institucionais, tendo o Estado no plano macro-institucional.

O Poder Público necessita estruturar e organizar medidas governamentais, de forma despersonalizada, para atingir ideal arranjo institucional (meios necessários e cadeias de

⁵¹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). op. cit., p. 51.

⁵¹⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). op. cit., p. 53.

⁵¹⁶ MULLER, Pierre, *Politiques Publiques*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 11.

responsabilidades), que é expressão formal da política pública, fazendo surgir pronta modelagem para o atingimento de seus objetivos.

2. SEGURIDADE SOCIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS

Um desses programas bem engendrados foi internalizado na Constituição Federal do Brasil de 1988: A Seguridade Social. Ela foi idealizada pelo economista inglês William Beveridge, que em seu relatório de 1942, propôs a ideia de universalidade de cobertura e atendimentos sociais, em que o cidadão que não possui condições de contribuir financeiramente para fazer jus aos benefícios previdenciários, terá acesso, na medida de sua necessidade - miserabilidade, à assistência social, bem ainda todos com direito pleno à saúde pública.

A Seguridade Social é marco nacional e internacional em políticas públicas e a gestão democrática e descentralizada é um de seus fortes traços, pois a Constituição Federal, no seu artigo 194, § único, inciso VII, ressalta a importância da participação dos atores sociais, na forma quadripartite, com representantes do governo, dos aposentados, dos empregadores e dos trabalhadores nas definições de políticas públicas de previdência social, assistência social e saúde pública.

Essas participações da sociedade civil são bem definidas por lei e por decreto (Lei nº 8.212/91, Lei nº 8.213/91 e Decreto nº 3.048/99, com suas alterações), buscando sistematizar a institucionalização dos objetos de cada um dos segmentos na relação jurídica previdenciária, ou mesmo assistencial e de saúde, caracterizando democracia participativa na Administração Pública.

A história do mutualismo, do assistencialismo, do seguro social, da previdência social e da seguridade social, em todas as suas especificidades, demonstram o avanço dessa preocupação do Poder Público com o social. Mas ainda há muito que avançar.

Aliado aos programas sociais de combate à fome, educação, trabalho entre outros, o Brasil busca, no contexto dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, intentar políticas públicas com medidas governamentais que institucionalizam direitos e conjugam responsabilidades, visando o atingimento de bem-estar e justiça sociais (*Welfare State*). Trata-se de uma política de universalização de direitos.

E no contexto dos direitos sociais, por exemplo, em regra, vige o princípio da reserva do possível, já identificado nos primórdios, na jurisprudência alemã, que nada mais diz que

esses direitos têm custo e que pode haver concorrência no atendimento deles, havendo uma desordenada seleção de prioridades entre eles, destoando de leis orçamentárias.

O Programa⁵¹⁷ do Bolsa Família é exemplo de política social que reflete a política pública com finalidade social intensa de diminuição das desigualdades, no enfrentamento à pobreza e a miserabilidade.

O benefício de prestação continuada assistencial da LOAS (Lei Orgânica de Assistência Social) é outra forma que garante mais dignidade humana aos mais necessitados, em mesmo estado de miserabilidade, e que não estão abarcados pela previdência social.

E nesse último benefício assistencial, o Supremo Tribunal Federal⁵¹⁸ decidiu pela inconstitucionalidade do limite de ¼ per capita como renda familiar para a percepção da prestação, objetivando a análise de caso a caso para a observação de outras circunstâncias sociais da família para a concessão. E nesta esteira, o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) passou assim a agir, com pesquisas de campo buscando atingir os objetivos maiores com ações governamentais voltadas para os fins políticos sociais e públicos.

3. SEGURIDADE SOCIAL, CLIENTELISMOS E ASSISTENCIALISMO.

E todas as políticas públicas são afiançadas na tomada de decisões do Poder Público, que tem como parâmetro certa subjetividade dos agentes políticos que podem ou não expressar a vontade da representatividade que o elegeu. Dá-se a essa contingência certos riscos e perigos de incertezas quanto ao melhor caminho. O mais justo. Deve haver o exercício do contraditório político, semelhante ao jurídico, para que essa tomada de decisão seja mais legítima. O debate. As consultas prévias, as audiências públicas e os conselhos populares devem ter seu peso nesse processo decisório da Administração Pública (apoio público).

Luhmann⁵¹⁹ assim entendia, dizendo que: “na medida em que a política desempenha essa função, a administração pode ser aliviada da própria conservação política com o consenso”. E o autor admitia a abertura da Administração à função legitimadora nas hipóteses

⁵¹⁷ Para Maria Paula Dallari Bucci “o uso do termo programa é equivocado e controvertido. Autores mais cautelosos, no campo da ciência política, preferiram evitá-lo, utilizando, no lugar, a expressão “outputs da atividade política”, o que inteligentemente elimina o problema de se ter que adotar uma forma específica para a ação administrativa. Disse a autora que a utilidade do elemento programa é individualizar unidades de ação administrativa, relacionadas aos resultados que se pretende alcançar”. In: op. cit, p. 135.

⁵¹⁸ www.stf.jus.br , In: Reclamação (RCL) 4374.

⁵¹⁹ LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. Universidad Iberoamericana. Madrid: 1996, p. 45.

do debate oral das leis, do direito de audiência e da lei de fundamentação de decisões administrativas.

Esse pode ser o ponto inicial para a melhoria de qualidade das codificações (legística) de leis brasileiras, com estudos e debates nos Ministérios específicos e com a oportuna participação popular. Afinal, a política é para o povo.

Por vezes, no âmbito político-eleitoral, o clientelismo assistencialista ganha força na disputa nacional ou regional pelo poder (executivo ou legislativo), em que o leque de políticas públicas eleitoreiras é cardápio fácil para o fisgar dos menos esclarecidos. E para a implantação dessas políticas públicas há estratégias: o clientelismo em si, a política distributiva, a focalização e o universalismo.

Nessas políticas de distribuição e clientelismo, os bens públicos e privados são as ofertas atrativas, mas principalmente os bens públicos locais, não discriminando eleitores, mas privilegiando regiões específicas (pontes, escolas etc.) (*pork-barrel*), com aspecto universalista.

O atual programa de distribuição de rendas nacional do Brasil (Bolsa Família, BPC/LOAS etc.), desde 2003, tem o viés (na teoria apenas) de mudar a faceta do clientelismo para uma política pública universalista e abrangedora dos objetivos maiores do bem-estar social, pois o bem público é disposto para toda a massa de pessoas necessitadas, independente da região ou local, prestigiando um estado de coisas e situações de miserabilidade como um todo e a todos que se encontram nessa condição.

Como afirma a professora Nancy Fraser “devemos encontrar uma maneira de combinar a luta por um multiculturalismo antiessencialista com igualdade social. Somente então poderemos desenvolver um modelo de democracia radical que inspire credibilidade e uma política adequada para nossa época, um lema prometedora para este projeto seria ‘não há reconhecimento sem redistribuição’”.

Todavia, tais políticas assistencialistas geram pesados encargos na economia nacional, tomando-se como supedâneo a parcela da população alijada do mercado de trabalho e das condições sociais satisfatórias, tornando-os escravos do sistema paternalista.

Na atualidade, a busca por controle das contas públicas (déficits e superávits) tem levado o Poder Executivo a não primar por uma sustentabilidade entre o mínimo ideário Beveridgiano e o contributivismo bismarckiano.

O “modelo Beveridgiano”, caracteriza-se pela cobertura universal, como a concessão de prestações básicas sem a exigência de contribuição individual, dando-se o seu

financiamento mediante tributos gerais. Nesse modelo, a aferição do direito de proteção social se dá pelas mesmas características definidoras da cidadania, ou seja, o simples fato de uma pessoa ter nascido ou possuir a cidadania daquele país já lhe dá o direito da proteção social⁵²⁰.

O contributivismo bismarckiano toma como mote principal a existência de concessões de benefícios do seguro social mediante o aporte de cotizações mensais que vão fazer frente ao arcabouço planejado e estruturado de medidas, tendo em vista a observância do equilíbrio financeiro e atuarial.

Mas equilibrar financeiramente e de modo atuarial as contas públicas previdenciárias é muito mais do que a edição de algumas medidas de políticas públicas, que por vezes saem em desajuste com preconizações e com os primórdios seculares. Conceder o assistencialismo desaserbado e conter prestações previdenciárias utilizando-se de critérios pouco técnicos, limitando e diminuindo os direitos sociais dos segurados de regime previdenciário de repartição simples é puro exemplo de política de retrocesso.

4. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E AS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS DA PENSÃO POR MORTE E DO AUXÍLIO-DOENÇA COMO AJUSTES DE GOVERNO.

O princípio da proibição do retrocesso ganhou força no Brasil com os ensinamentos de José Afonso da Silva⁵²¹, ensinando que as normas constitucionais que definem direitos sociais são normas de eficácia limitada com conteúdo programático, que, mesmo tendo caráter vinculativo e imperativo, exigem interferência regulamentadora das regras infraconstitucionais para sua efetivação, trazendo vinculação às instituições e criando uma malha protetiva na proibição da retrocedência, mormente no contexto social.

Mesmo sem uma definição expressa na Constituição Federal, implicitamente estão arraigados os direitos sociais conquistados no Diploma Maior, não permitindo ao legislador, sob a pá da contenção econômica, aplicar movimentos reducionistas, atacando frontalmente o princípio da confiança, levando à franca disponibilidade dos direitos fundamentais sociais, violando à dignidade humana.

⁵²⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 20. ed. Impetus, Rio de Janeiro: 2015, p. 38.

⁵²¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 319

Konrad Hesse⁵²² trouxe a ideia de que existe força normativa em uma Constituição e ao concretizar direitos sociais prestacionais, firma-se no rigor de sua aplicabilidade apoiada em ato comissivo do legislador, sem que venha de encontro a preceitos fundamentais esculpidos, sendo qualquer modificação que afete esse contexto, um retrocesso à evolução da própria Lei Maior.

O princípio da proibição do retrocesso social é embrião da “teoria da irreversibilidade”, articulada por Konrad Hesse, em 1978⁵²³:

A Nichtumkehrbarkeitstheorie ou teoria da irreversibilidade, desenvolvida por Konrad Hesse, partiria da afirmação de que não se pode induzir o conteúdo substantivo da vinculação social do Estado diretamente da Constituição, mas uma vez produzidas as regulações, uma vez realizada a conformação legal ou regulamentar deste princípio, as medidas regressivas afetadoras destas regulações seriam inconstitucionais, ou seja, haveria uma irreversibilidade das conquistas sociais alcançadas.

Não há falar que com a efetiva observância de todos esses direitos sociais fundamentais estar-se-ia distanciando-se e dissoociando-se da realidade fática, tornando o princípio da proibição do retrocesso de natureza absoluta, mas que haja certa ponderação, equilíbrio e sustentabilidade proporcional em regras que alteram contextos sociais, não apenas primando-se por outras políticas em detrimento de conquistas e avanços da sociedade trabalhadora que cotiza.

Recentemente o Poder Executivo Federal com a edição das Medidas Provisórias 664 e 665, ao largo da ideia de não-limitação, não-diminuição e da proibição do retrocesso a direitos já conquistados por trabalhadores em seus seguros sociais, demonstrou clara inobservância às lutas de classes.

Pontualmente modificou direitos à pensão por morte, impondo comprovações de tempo mínimo (24 meses) de convivência entre cônjuges para que o sobrevivente possa perceber prestação previdenciária, esquecendo-se de considerar casos pontuais de pessoa recém-casada que torna-se vítima de acidente fatal não-laboral, cuja justificação assenta-se na concepção de tempo de vida restante para o trabalho do que permanece. E se essa união é de casal cujas pessoas possuem certa idade cronológica?

Nesta esteira, não faz jus a pensão por morte o cônjuge sobrevivente, mas se à época do óbito, o casal estava separado (de fato ou de direito) e um deles recebia pensão alimentícia, em face do silêncio da citada norma, este sobrevivente perceberá a prestação previdenciária,

⁵²² HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. 1. ed. Editora Sérgio Fabris, Porto Alegre: 1991.

⁵²³ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. O princípio de proibição de retrocesso social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101-102.

em total descompasso com o caso do que ainda era casado na oportunidade do fato gerador morte.

Outro sinal de retrocesso é o da duração da pensão. Há limitador de recebimento em 15 anos, cuja idade mínima para receber o benefício sem encontrar óbices para provas e requisitos é a de 43 anos. Então, essa pessoa após completar 58 anos estará descartada da sociedade, pois nesse sentir não terá grandes facilidades ao mercado de trabalho após passar por longo período temporário de dependência previdenciária.

Sem descurar das alterações do auxílio-doença, voltando às velhas regras obtusas no cálculo do salário de benefício, que já haviam sido superadas há 5 anos, tudo para diminuir o montante de pagamentos a quem contribui ao sistema, buscando a vontade estatal de economizar com o seguro social.

As mesmas polêmicas também ocorrem no pagamento do seguro-desemprego, cujas normas executivas trazem estreitamento dos direitos à percepção somente após 18 meses de trabalho, o que apenas têm uma significação: a de que o governo não toma ciência dos níveis de desemprego no país e lança aos leões aqueles desprazados num tempo menor que o citado.

O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, demonstrou a efetiva aplicação do princípio da proibição do retrocesso, conforme o excerto seguinte, extraído do voto da ministra Cármen Lúcia no julgamento da ADI 4543-MC/DF:

Esse princípio da proibição de retrocesso político há de ser aplicado tal como se dá quanto aos direitos sociais, vale dizer, nas palavras de Canotilho “uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. ...o princípio em análise limite a reversibilidade dos direitos adquiridos em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 3ª. Ed., p. 326).

Na mesma esteira, no julgamento do ARE 639337 AgR/SP, o Ministro Celso de Mello assentou que:

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos

pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstenendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

Essas reduções a benefícios previdenciários do trabalhador estão, para além de regular o acesso a eles, restringindo direitos sob o manto de precipitadas políticas públicas de amparo social. E nesse compasso, comprime de forma nuclear o direito social que os ampara (art. 7º, inc. II, da CF/88).

5. CONCLUSÃO

Mesmo que os citados direitos sociais previdenciários não tenham sido suprimidos (o que seria uma *aberratio legis*), não há falar em ausência de afetação ao princípio da proibição do retrocesso. Isso porque as medidas provisórias jamais poderiam veicular temas de direito social de natureza supressiva, posto que existe poder reformador e mesmo assim com barreiras.

Outrossim, o princípio da proibição do retrocesso social não abriga tão-somente a manutenção do direito em si, mas também preconiza pela total abstenção de alijar direitos diante de um núcleo básico e essencial.

Enfim, as atuais normas executivas previdenciárias são medidas desproporcionais e sem sustentabilidade social, pois apelam para o contencionismo afetando os mais hipossuficientes. Tal política pública aplicada retroage na história e condena os mais fracos dos réus: os trabalhadores.

Trazido do direito ambiental, o conceito de desenvolvimento sustentável⁵²⁴ encontra contornos palatáveis de razoabilidade, proporcionalidade, equilíbrio e justiça, quando diz que:

O desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias necessidades, significa possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos da terra e preservando as espécies e os habitats naturais.

⁵²⁴ Desenvolvimento sustentável é um conceito sistêmico que se traduz num modelo de desenvolvimento global que incorpora os aspectos de [desenvolvimento ambiental](#). Foi usado pela primeira vez em 1987, no [Relatório Brundtland](#), um relatório elaborado pela [Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento](#), criado em 1983 pela [Assembleia das Nações Unidas](#).

Em outras palavras, poderíamos dizer que seguridade social sustentável seria aquela que procura satisfazer as necessidades da geração atual (segurados e dependentes), sem comprometer as gerações futuras (havendo caixa para também protegê-los – com equilíbrio financeiro e atuarial), buscando que todas as gerações de trabalhadores inativos possam satisfazer as suas próprias necessidades, significando possibilitar que as pessoas, agora e no futuro, atinjam um nível satisfatório de desenvolvimento social e econômico e de realização humana e cultural, fazendo, ao mesmo tempo, um uso razoável dos recursos previdenciários, preservando as fontes de custeio e economia, mas também as pessoas de suas necessidade, mantando-lhes a confiança sem retroceder socialmente.

O Brasil avançou de modo significativo na proteção dos direitos humanos nos últimos 20 anos, em que os diferentes instrumentos jurídicos criados deram possibilidade de sistematizar as demandas da sociedade civil, trazendo esse setor para o cerne de diversas discussões e debates sociais.

As pessoas possuem personalidade civil, que é suporte para o conjunto de todos esses direitos descritos e, com eles, necessitam ocupar seus espaços na sociedade. Políticas públicas necessitam primar pelo respeito à sociedade, à democracia e às conquistas sociais de quem trabalha esperando seus reflexos protetivos.

Referências:

ARENDDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Trad. Lydia Christina. 5. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. 1. ed. Editora Sérgio Fabris, Porto Alegre: 1991.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 20. ed. Impetus, Rio de Janeiro: 2015.

- LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Universidad Iberoamericana, Madrid: 1996.
- MILL, John Stuart. *Considerações sobre o Governo Representativo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. Biblioteca “Clássicos da Democracia”. 19. São Paulo: IBRASA, 1964.
- MULLER, Pierre. *Politiques Publiques*. Paris, Presses Universitaires de France, 2003.
- NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Sociologia, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul/dez 2006.
- SOUZA, Italo Roberto Fuhrmann e. Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (orientador). *Proibição de Retrocesso e Direitos Sociais – Entre o Dever de Legislar e o Imperativo da Omissão em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Dissertação de Mestrado. IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação PUCRS, 2009.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - www.stf.jus.br