

En la antesala de una nueva «histeria reformadora»: crónicas y críticas de las novedades sociolaborales por imperativo europeo

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

EXTRACTO

El cambio de Gobierno en España ha abierto nuevas expectativas de importantes reformas laborales y de Seguridad Social. La incertidumbre parlamentaria hace dudar del alcance de las mismas. Mientras tanto, desde la llegada del nuevo Gobierno, en el verano de 2018, se han sucedido importantes reformas normativas, que no traen causa de decisiones de soberanía nacional sino de imposiciones del derecho comunitario (desplazamientos transnacionales de trabajadores, movilidad de personas extranjeras con talento, recuperación del derecho a la asistencia sanitaria por personas inmigrantes extranjeras en situación irregular, protección por desempleo de las trabajadoras a tiempo parcial). Asimismo, el TJUE ha seguido dictando importantes sentencias que alteran el contenido de un número destacable de preceptos del Estatuto de los Trabajadores (transmisión de empresa, cobertura del fondo de garantía salarial). De todas estas novedades jurídico-laborales, con un enfoque coherente e integrador, pese a la diversidad de instituciones afectadas, da cuenta, de forma breve, pero analítica y crítica, esta obra.

Palabras clave: desplazamientos temporales intracomunitarios; libertad de prestación de servicios; protección por desempleo; trabajo a tiempo parcial; FOGASA.

Fecha de entrada: 23-10-2018 / Fecha de aceptación: 23-10-2018

In the anteroom of a new «Reforming Hysteria»: Chronicles and criticisms of the novelties in the Labour law by European imperative

Cristóbal Molina Navarrete

ABSTRACT

The change of Government in Spain has opened new expectations of important legal-labor and social security reforms. Parliamentary uncertainty raises doubts about its scope. Meanwhile, since the arrival of the new Government, in the summer of 2018, important regulatory reforms have taken place. These changes do not find their cause in the decisions of national sovereignty but the imperatives of Community Law (transnational displacements of workers, mobility of talented foreigners, recovery of the right to health care by foreign immigrants in an irregular situation; part-time workers). In addition, the CJEU has continued to issue important judgments that alter the content of a significant number of precepts of the Workers' Statute (transfer of company, coverage of the salary guarantee fund). Of all these legal-labor novelties, account, briefly, but analytically and critically, this comment.

Keywords: temporary displacement of workers; freedom to provide services; social protection due to unemployment; part-time work; wage guarantee fund.

Sumario

1. Introito: a falta de soberanía nacional cierta, imperio de la unión
2. Los nuevos marcos normativos para la promoción ordenada de las variadas formas de movilidad transnacional de trabajadores
 - 2.1. Hacia un mercado comunitario de movilidad «en» el empleo libre y leal: directiva revisada de desplazamientos transnacionales de trabajadores
 - 2.1.1. El debate socioeconómico: relatos e historias de actualidad del tema
 - 2.1.2. Fines del nuevo marco normativo: «igual salario a trabajo de igual valor en el mismo lugar» ¿condición u obstáculo de la libre prestación de servicios?
 - 2.1.3. Principales novedades del nuevo marco: entre la clarificación y la mejora
 - 2.1.4. Una perspectiva (más) dinámica: breve panorama de la jurisprudencia más reciente
 - 2.1.5. Valoración final
 - 2.2. El nuevo marco de movilidad de las pensiones de previsión social complementaria: la libertad de circulación y el segundo pilar de pensiones del sistema
 - 2.2.1. Relatos de actualidad socioeconómica del debate
 - 2.2.2. Finalidades del nuevo marco normativo
 - 2.2.3. Sinopsis de cambios normativos tras el nuevo marco de reforma: una regulación de escasa relevancia práctica, pero socialmente controvertida
 - 2.2.4. Una visión (más) dinámica: algunas decisiones jurisprudenciales recientes en la materia
 - 2.2.5. Valoración global
 - 2.3. El nuevo marco de fomento de movilidad para el empleo cualificado (de futuro): a la caza del talento investigador en el mercado mundial
 - 2.3.1. Relatos de actualidad socioeconómica y político-cultural: ¿nuevo realismo mágico?
 - 2.3.2. Fines del nuevo marco de favor para los flujos migratorios laborales de «futuro VIP»: a la caza del talento
 - 2.3.3. Principales novedades del nuevo marco para facilitar movilidad del talento juvenil
 - 2.3.4. Valoración global

- 2.4. Retorno de las personas inmigrantes extranjeras en situación irregular a la asistencia sanitaria: ¿del aseguramiento a la universalidad del derecho social?
 - 2.4.1. Relatos de actualidad social en materia: recuperación de la asistencia sanitaria para las personas inmigrantes en situación irregular, un clamor internacional
 - 2.4.2. «El poder del BOE»: la población extranjera irregular como colectivo vulnerable y el acceso a la asistencia sanitaria como derecho de la persona
 - 2.4.3. El contenido reformador: para ser universal, demasiado alambicamiento del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria
 - 2.4.4. Valoración global: «demasiadas alforjas para tan fácil misión jurídico-social»
3. Reforma de la protección social a los trabajadores a tiempo parcial impuesta por el derecho antidiscriminatorio: ¿tarde y mal?
 - 3.1. Relatos (historias) de actualidad socioeconómica de la materia: la protección por desempleo, nacional, también comunitaria, a debate
 - 3.2. «A regañadientes»: una reforma de la protección por desempleo impuesta por un nuevo fragmento del derecho comunitario antidiscriminatorio por razón de sexo
 - 3.3. «Lo comido, por lo servido»: aumentan los beneficiarios, se reduce la cuantía
 - 3.4. Valoración global: un nuevo elemento a sumar al caos del sistema actual
4. Nuevas reformas estatutarias implícitas a la luz de la jurisprudencia comunitaria: nuevas garantías *ex* artículos 33 y 44 del ET
 - 4.1. Nuevo revés al legislador nacional: la inclusión de las indemnizaciones rescisorias *ex* artículos 40 y 41 del ET en la cobertura del FOGASA
 - 4.2. Cae la penúltima trinchera del TS: la sucesión convencional con asunción efectiva de plantilla sí es una modalidad de la transmisión de empresa, a todo efecto
 - 4.3. El retorno a la jurisprudencia oracular del TJUE: ¿qué se entiende por transmisión de empresa y qué por despido en caso de sucesión de contratas?
5. Reflexión final

1. INTROITO: A FALTA DE SOBERANÍA NACIONAL CIERTA, IMPERIO DE LA UNIÓN

Atisbamos un invierno «caliente» en materia jurídico-laboral y social. Al menos así se avista si hacemos caso al aluvión de informaciones, de todo tipo, que anuncian por doquier reformas legislativas profundas, no solo contrarreformas laborales, en todos esos ámbitos. A mayor incertidumbre político-parlamentaria, mayor inercia reformadora. Veremos en qué ha de quedar tanta propuesta, de momento más propaganda que realidad. Ahora bien, en tanto se formaliza, o no, total o parcialmente ese proceso, esta nueva «histeria reformadora», el verano dejó una serie de reformas que, al margen de la voluntad del nuevo Gobierno, pues una mayoría es heredada del anterior, venían impuestas por el derecho europeo. Unas son explícitas: realizadas por el legislador, por lo general mediante la técnica de legislación «autoritaria» que es el Real Decreto-ley –RDL– (ningún Gobierno se sustrae a esa tentación, aunque en tiempos de oposición lo critique), o bien gubernamentales, por reglamento; y otras son implícitas, las que vienen impuestas por los cambios jurisprudenciales, a su vez derivados del poderío normativo del *praetor imperator*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE–. Incluso algunas de las reformas explícitas, en realidad la mayoría, también traen causa del activismo omnipresente del Altísimo TJUE, una intervención que, sabido es, no se produce de oficio, sino que debe ser llamada por órganos nacionales que cuestionan el *statu quo* jurídico-laboral y social, enfrentando al propio Tribunal Supremo –TS– a su rectificación, en una dinámica que, si en general debe valorarse como positiva, conoce más de un episodio poco gratificante tanto para la seguridad jurídica como para una justicia social creíble.

Precisamente, para ofrecer una visión global, panorámica pero ilustrativa, de las novedades más relevantes en el ámbito jurídico laboral y social, con esa línea conductora común, unitaria, del peso de las relaciones internacionales, la creación de mercados globales y la fuerza de los compromisos internacionales, elaboramos esta crónica-crítica de actualidad.

2. LOS NUEVOS MARCOS NORMATIVOS PARA LA PROMOCIÓN ORDENADA DE LAS VARIADAS FORMAS DE MOVILIDAD TRANSNACIONAL DE TRABAJADORES

2.1. HACIA UN MERCADO COMUNITARIO DE MOVILIDAD «EN» EL EMPLEO LIBRE Y LEAL: DIRECTIVA REVISADA DE DESPLAZAMIENTOS TRANSNACIONALES DE TRABAJADORES

2.1.1. El debate socioeconómico: relatos e historias de actualidad del tema

Apenas dos semanas después de la cumbre social de noviembre de 2017, el presidente de la Comisión Europea anunciaba su compromiso de impulsar un camino más social a seguir para

enderezar el rumbo de una fracturada y cuestionada Unión Europea (UE). Sin un crecimiento sostenible socialmente, el proyecto europeo no tendría mucho más futuro. Unión económica y monetaria sí, estabilidad presupuestaria también, pero menos austeridad y más solidaridad, venía a decir, promoviendo un «renacer social» de la UE. Es el tiempo del **pilar europeo de derechos sociales**, al que se asociarían grandes innovaciones sociales, entre ellas, por lo que aquí interesa, una reforma profunda de una de las directivas que más habían marcado la deriva liberal y remercantilista de la UE, promoviendo grandes críticas, también intensas resistencias a su modificación: la directiva sobre desplazamientos de trabajadores en el ejercicio de la libertad de prestación de servicios.

2.1.2. Fines del nuevo marco normativo: «igual salario a trabajo de igual valor en el mismo lugar» ¿condición u obstáculo de la libre prestación de servicios?

En este escenario de actualidad socioeconómica y política, más de 20 años después de su adopción y tras diversas evaluaciones sobre su grado de eficacia real, la **Directiva 96/71/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre desplazamientos transnacionales de los trabajadores en el seno de la UE, ha experimentado una importante revisión de fondo, a través de la **Directiva UE/2018/957, de 28 de junio**, que deberá ser traspuesta a nuestro derecho a más tardar el 30 de julio de 2020. Aunque, como toda norma social, a la que es inherente la transacción entre razones, de protección distributiva (alma social) y de mercado productivo (alma económica), ha debido renunciar, en su proceso de elaboración, a ciertos máximos de tutela, no por ello debe infravalorarse la profundidad de la revisión efectuada. La pretensión no es en absoluto, como algunos comentaristas concluyen, frenar el mercado comunitario de movilidad de trabajadores temporalmente desplazados, sino todo lo contrario, promoverlo, pero de forma más leal (considerandos 10 y 24).

Aunque el fundamento jurídico de la directiva sigue siendo el originario, el relativo a la salvaguarda de la libre prestación de servicios (**art. 56 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–**), libertad económica irrenunciable para construir el mercado único, la directiva revisada situará en el centro de su reforma el principio de igualdad de trato en la remuneración, sumando la condición de desplazamiento (temporal) transnacional a otras para las que se predica la misma prohibición discriminatoria (nacionalidad, sexo, temporalidad, parcialidad, gestión indirecta a través de trabajo temporal). En consecuencia, frente al modelo inicial regulador que promovía el primado de la regulación del Estado de origen, dejando la del Estado de destino en mínimos no mejorables, so pena de incurrir en la creación de un obstáculo contrario a la libertad económica, enfatizada luego en sus sucesivos desarrollos, el modelo revisado da preferencia a una dimensión social, a fin de evitar que las persistentes diferencias de condiciones –y costes– de trabajo entre los Estados sea utilizada como ventaja competitiva básica. El propósito legislativo reequilibrador no puede ser más explícito, pero por si acaso no ha quedado claro se reitera en el considerando 24: «La (...) directiva establece un marco equilibrado en materia de libertad de prestación de servicios y de protección de los trabajadores desplazados, (...) no discriminatorio, transparente y proporcionado, (...) respetuoso con la diversidad de los sistemas nacionales (...)».

A esta primera finalidad, esencial y positiva, suma una segunda, de carácter negativo. Cómo no, atendiendo a su vocación realista y pragmática, también persigue evitar el fraude. Por eso vuelve a enfatizar la necesidad de estrechar las relaciones con la otra pieza cardinal del sistema de regulación y de gestión del mercado comunitario de desplazamiento (temporal) de trabajadores la [Directiva UE/2014/67](#). En este marco, de un lado, se intensifica la Plataforma europea para reforzar la cooperación en materia de lucha contra el trabajo no declarado ([Decisión \(UE\) 2016/344, del Parlamento Europeo y del Consejo](#)). De otro, se adoptan medidas concretas para intensificar la dimensión transnacional de las inspecciones, investigaciones e intercambios de información entre las autoridades u organismos competentes de los Estados afectados, en particular en el marco de las previsiones del artículo 7.4 de la [Directiva 2014/67/UE](#).

2.1.3. Principales novedades del nuevo marco: entre la clarificación y la mejora

a) Reglas de clarificación del «objeto y ámbito de aplicación»: la «cláusula social» de no afectación y garantías para evitar el abuso en los desplazamientos por empresas de trabajo temporal

El primer tipo de novedades de la directiva de revisión es de clarificación. De un lado, precisa en su artículo 1 («Objeto y ámbito de aplicación»), además de su función protectora, que este régimen no afectará:

(...) al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados (...) y a escala de la Unión, incluyendo el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados (...). Tampoco afecta al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación o las prácticas nacionales.

Dejando a un lado la crítica por la pésima técnica legislativa (se incorpora como apartado 1 bis), responde a la influencia de la (polémica) jurisprudencia el TJUE (Sentencias [Viking](#) y [Laval](#)), que había convertido la acción colectiva en una auténtica «barrera no arancelaria», por lo tanto, a demoler. De este modo, recuperaría parte de su dimensión social y del necesario refrendo democrático, perdidos en gran medida con su devenir en esa etapa sísmica del TJUE en la materia, que no desaparecería posteriormente (p. ej.: SSTJUE de [18 de septiembre de 2014, C-549/13](#), y [17 de noviembre de 2015, C-115/14](#)).

De otro, en la acotación de los supuestos de movilidad transnacional incluidos, se precisa especialmente la delimitación del relativo a las empresas de trabajo temporal (ETT), así como a las agencias de colocación (AC), puesto que en la práctica han venido provocando especiales problemas, facilitando usos abusivos o fraudulentos. Así, la anterior letra c) del artículo 1.3 queda redactada como sigue:

c) En su calidad de empresa de trabajo temporal o (...) de agencia de colocación, desplazar un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo temporal o la agencia de colocación y el trabajador durante el periodo de desplazamiento.

Para reforzar la vinculación laboral de ambos sujetos de gestión indirecta y sus deberes de información previa, se introducen varios párrafos que los sujetan especialmente al marco de garantías y controles de la [Directiva 2014/67/UE](#).

Esta voluntad de clarificación del supuesto de movilidad transnacional de trabajadores mediante formas de gestión indirecta, a través de ETT –y AC–, no es puramente técnica. Al contrario, tiene notables consecuencias reguladoras y prácticas. La directiva revisada está trufada de referencias específicas a este supuesto, cada vez más recurrente, por su mayor riesgo de abuso o fraude. Así, por ejemplo, el nuevo artículo 3.1 ter ordena a los Estados miembros cuidar de que las empresas garanticen a los trabajadores desplazados las condiciones de trabajo que se aplican, con arreglo al artículo 5 de la [Directiva 2008/104/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, a los trabajadores cedidos por dichas ETT establecidas en el Estado de prestación. Y se refuerzan los deberes de información de la empresa usuaria al respecto.

Hay que recordar que el artículo 3.3 de la directiva, en su propósito de universalizar su ámbito, habiendo nacido la norma fundamentalmente para el sector de la construcción, salvo que los Estados miembros dispusieran otra cosa –como el caso español, que la generalizó–, específica que

se aplicará al sector del transporte por carretera a partir de la fecha de aplicación de un acto legislativo que modifique la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y que establezca normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de conductores en el sector del transporte por carretera.

b) Ampliación, que no uniformidad, del «estatuto mínimo» de condiciones equitativas

La segunda, y principal, novedad de la directiva de revisión está en que, desde la citada lógica de garantías, amplía de forma notable (refuerza, pues) –para otros analistas, desde un prisma de defensa de la libertad de prestación, «endurece»– el listado de materias que integran el «estatuto mínimo de condiciones de trabajo equitativas» a garantizar al trabajador desplazado conforme a la regulación laboral del Estado miembro de destino y siempre con el horizonte de la «igualdad [tendencial] de trato». Una regulación expansiva y de equidad (art. 3) que incluye tanto disposiciones heterónomas (las legales, las reglamentarias y las administrativas) como autónomas (las condiciones reguladas en convenios colectivos o laudos arbitrales) que sean de aplicación «universal» («general») en la terminología precedente). Que se trata todavía de un

«estatuto mínimo», aún ampliado, pero no de un «estatuto uniforme» o «equivalente», queda acreditado por la importante novedad que representa la distinción de estatutos protectores según la duración del desplazamiento transnacional (superior o no a 12 meses: art. 3.1 bis). En todo caso, y esto es también muy relevante, ese «estatuto mínimo» no es de «máximos», sino que ahora se trata de un «estatuto mínimo nacionalmente mejorable», a través de la fijación de condiciones de trabajo más favorables (art. 3.7) y/o de la ampliación de las condiciones de orden público laboral (art. 3.10).

De forma abreviada, la mejora normativa del estatuto mínimo de orden público laboral comunitario queda como sigue:

- Se sustituye la unidad de referencia para la cuantía retributiva, situada antes en el «salario mínimo», por la de toda la «remuneración», incluido el aumento por horas extraordinarias (deja fuera los regímenes complementarios de jubilación), a fin de propiciar una creíble igualdad retributiva. En realidad, se trata de una codificación de la jurisprudencia del TJUE más reciente en la materia ([STJUE de 12 de febrero de 2015, C-396/13](#)).
- La remuneración integra los complementos específicos por desplazamiento si no se abonan como reembolso (p. ej.: gastos de viaje, alojamiento o manutención). En todo caso se cuida de evitar «su pago por partida doble».
- Incluye las condiciones de alojamiento, cuando el empleador se las proporcione a trabajadores que se encuentren fuera de su lugar de trabajo habitual.

Toda esta información debe estar disponible, de ahí la obligación de los Estados de publicarla (los términos y las condiciones de trabajo, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales), sin demoras indebidas y de forma transparente, en el sitio web nacional oficial único (como prevé el art. 5 [Directiva 2014/67/UE](#), que buscaba la optimización del cumplimiento del estatuto mínimo de condiciones laborales de destino sin modificar las reglas de la directiva de 1996). Los Estados miembros han de garantizar la exactitud y actualización de la información facilitada *online* por cada país. En la web de la comisión han de publicarse, en cambio, las direcciones de los sitios web nacionales oficiales. El incumplimiento de este tipo de obligaciones, claramente procedimentales, está castigado con sanciones por infracción.

No obstante, y dejando una vez más en evidencia su voluntad política de no perjudicar una mínima diversidad nacional, se prevé que, en determinadas circunstancias, los Estados puedan «establecer excepciones a los principios de igualdad (...), conforme a lo dispuesto en el artículo 5, apartados 2 y 3, de la Directiva 2008/104/CE», esto es, para las ETT. Cuando se aplique tal excepción, la ETT «no necesita la información sobre las condiciones de trabajo de la empresa usuaria, por lo que no procede aplicar el requisito de información».

c) Nuevo estatuto de condiciones equitativas plenas, no mínimas, para los trabajadores desplazados por periodos superiores a 1 año: ¿hacia la igualdad total sin fraudes?

En tercer lugar, como una muy relevante novedad, ya apuntamos la incorporación de un régimen de diferente intensidad protectora en función de la duración del desplazamiento, sin que deje de ser intrínsecamente temporal. El cambio es de menor envergadura, y también de mayor protección social, que el previsto en el proyecto de la comisión.

En efecto, cuando supere los 12 meses (en el proyecto se contemplaba la extensión a 24 meses, en línea con las normas de coordinación de Seguridad Social), o 18 meses cuando la empresa prestadora presente notificación motivada (no es regla habilitadora de prórrogas potestativa, sino imperativa para el Estado, ilustrando la protección de la libertad de prestación), los Estados de destino «deben velar» porque las «empresas garanticen» a los trabajadores desplazados, al margen de cuál sea la legislación aplicable, además del nuevo «estatuto mínimo ampliado», otro «estatuto cuasi total»: «todas las condiciones de trabajo aplicables establecidas en el Estado donde se efectúe el trabajo», legal o convencionalmente (art. 3.1 bis). A periodos más largos, mayor vínculo con el mercado de trabajo de acogida. Decimos «cuasi total» porque tampoco esta regla de protección reforzada es absoluta, ya que tiene 2 excepciones: no afectará ni al régimen de contratación y extinción del contrato, incluidas las cláusulas de no competencia, ni a los regímenes complementarios de jubilación –comprobamos su creciente protagonismo en las últimas normas comunitarias–. El cambio es importante porque acaba con la configuración jurisprudencial de esta directiva como norma de mínimos máximos, no mejorable por el Estado ([Sentencia Rüffert](#)). El TJUE hizo de esta directiva más una norma de armonización típica del mercado interior, cuando no lo es.

La novedad, claramente garantista, viene acompañada con cautelas en defensa del segundo objetivo de la directiva de revisión ya indicado: la prevención de fraude. A tal fin, se fija una regla particular para las prácticas de encadenamiento o concatenación de los desplazamientos, de modo que exige acumular los sucesivos desplazamientos para establecer el periodo total. Eso sí, una vez más, quien hace la «ley protectora», abre la «trampa» para su elusión, pues pone como condición que se «realice el mismo trabajo en el mismo lugar»¹.

d) Nuevas garantías para la prevención del fraude: del enésimo reclamo al deber de cooperación leal a la intervención de autoridad de la comisión

El objetivo de prevención del fraude –muy extendido (también) en este ámbito– no se agota en medidas legales particulares, como la apenas referida, resulte más o menos eficaz, sino que

¹ La [STJUE de 6 de septiembre de 2018, C-527/16](#), aborda la cuestión del concepto de sustitución de un trabajador temporal por otro, en relación con la previsión del artículo 12.1 del [Reglamento comunitario de coordinación de los sistemas de Seguridad Social número 883/2004](#), según el cual el límite máximo de desplazamiento para quedar sujeto a la legislación de origen, 24 meses, no será de aplicación si se produce el envío de otro trabajador «en sustitución» del anterior.

constituye, como se dijo, una finalidad central de la reforma. Junto a formas nuevas, la directiva revisada sigue apelando a viejas técnicas, que una y otra vez se rebelan difíciles, como el deber de cooperación legal entre autoridades nacionales laborales para el control del cumplimiento efectivo de las obligaciones establecidas. El reclamo al principio de cooperación leal, inherente a una comunidad de derecho basada en el reconocimiento mutuo, es constante y se concreta en un intercambio continuo de información, que debe realizarse de buena fe siempre, pero más en los casos de abuso manifiesto o actividades presuntamente ilegales. La clara conciencia de la norma sobre la dificultad para que este imperativo se actualice en la realidad, ante los dispares intereses de los Estados y sus empresas, ha hecho que para los casos de demora persistente (contumaz realmente), a la hora de facilitar la información debida del Estado de origen al de destino, se reserve la intervención de autoridad por la comisión, quien podrá adoptar «las medidas adecuadas». Pero ¿cuáles son?, ¿cabe establecer sanciones? La normativa (art. 4.2) se mantiene silente, opaca e imprecisa al respecto.

La inquietud por las prácticas fraudulentas reaparece una y otra vez. Así, cuando una «evaluación global nacional», según el artículo 4 de la [Directiva 2014/67/UE](#), constate unas condiciones solo aparentes de aplicación de la directiva, el Estado velará por que el trabajador «se beneficie de la legislación y las prácticas aplicables». Una vez más, el principio de realidad debe imponerse sobre la apariencia, garantizando la aplicación objetiva, al margen de las condiciones creadas artificialmente por las empresas. En suma, la lucha contra el fraude, que no es un patrimonio privativo nacional, sino que constituye una práctica muy extendida, también en el mercado comunitario de movilidad temporal transnacional, determina que tenga su espacio en el [Plan Director para el trabajo digno 2018-2020](#) (objeto de un sugerente [análisis](#) por el jefe provincial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) en Valencia en esta misma sección, al que remitimos).

2.1.4. Una perspectiva (más) dinámica: breve panorama de la jurisprudencia más reciente

De la relevancia y centralidad de este aspecto del régimen regulador da buena cuenta la proliferación de sentencias del TJUE en la materia. Así, sobre el control de las obligaciones en materia de Seguridad Social de las empresas que desplazan trabajadores a otros Estados de la UE –[Reglamento 883/2004](#)– y el valor vinculante del certificado A1 destaca la reciente [STJUE de 6 de septiembre de 2018, C-527/16](#). El asunto es el siguiente: una empresa austriaca explota un matadero. Entre 2012 y 2014 empleó para el despiece y envasado de carne a trabajadores (unos 250) desplazados a Austria por una empresa húngara. Antes y después de dicho periodo, el trabajo se realizaba por trabajadores de otra empresa húngara. Las autoridades húngaras certificaron (A1) que el régimen de Seguridad Social aplicable era el suyo.

La resolución de la institución austriaca de Seguridad Social por la que se determinaba la sujeción de los trabajadores al seguro obligatorio austriaco fue impugnada judicialmente. El Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo solicita al Tribunal de Justicia que precise las normas de la UE en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social y, concretamente, el efecto obligatorio del certificado A1. El TJUE confirma que mientras no sean retirados o

invalidados por el Estado de origen, los certificados A1 que acreditan la afiliación del trabajador a la Seguridad Social de aquel vinculan tanto a las instituciones de Seguridad Social como a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se realice el trabajo, salvo en caso de fraude. Además, el TJUE garantiza su aplicación retroactiva.

De este modo, el TJUE parecería volver sobre su línea más dura de reforzar el principio de reconocimiento mutuo entre los Estados, en aras del deber de cooperación leal entre ellos, blindando la actuación del Estado de origen, salvo que se constate de forma fehaciente una auténtica situación fraudulenta (que sí constata, p. ej., en SSTJUE de [22 de noviembre de 2017, C-251/16, Cussens y otros](#), y [6 de febrero de 2018, C-359/16, Altun y otros](#), que desnudan la práctica de «empresas buzón» –en este caso búlgaras–), no meras anomalías de gestión. Iría más allá, pues, de su posición en la precedente [STJUE de 27 de abril de 2017 \(C-620/15\)](#) [que privaba al juez nacional de acogida de desconocer la vinculación al certificado del Estado de origen aun cuando conste que «las condiciones en que se desarrolla la actividad del trabajador de que se trate quedan manifiestamente fuera del ámbito de aplicación material (...) del reglamento (...)»], interpretada por un buen número de analistas no solo como una doctrina obstaculizadora en la lucha contra el fraude laboral en el mercado transnacional, sino como una política de más madera incendiaria para los populismos que acusan a la UE de fomentar el *dumping* social.

2.1.5. Valoración final

Al igual que las normas sobre coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social, que forman parte del marco de la libre circulación de personas (movilidad transnacional «para» el acceso a un empleo), deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de estas, también las normas sobre el desplazamiento transnacional de trabajadores (movilidad en un empleo preexistente), que integra el régimen de mercado de otra gran libertad económica, la de prestación de servicios, deben hacer lo propio. De ahí la cada vez más estrecha interacción entre ambos sectores. El avance de la nueva directiva hacia un mercado económico más fluido e integrado sin merma de equidad protectora y lealtad competitiva no puede negarse. Ahora bien, conviene igualmente estar alerta al deslizamiento que ahora se ha producido del problema, desde el marco regulador al aplicativo.

2.2. EL NUEVO MARCO DE MOVILIDAD DE LAS PENSIONES DE PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA: LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y EL SEGUNDO PILAR DE PENSIONES DEL SISTEMA

2.2.1. Relatos de actualidad socioeconómica del debate

Se acerca diciembre y esa es fecha muy propicia para la reapertura de la «guerra por las pensiones privadas». Día tras día, asistimos a un martilleo continuo informativo sobre cuál es el mejor modo de prepararse para una jubilación inteligente, esto es, tranquila en el plano de las

rentas disponibles, ante la convicción de que las públicas no serán suficientes. Nada se dice del enorme coste, y la poca rentabilidad, de esta modalidad de previsión social individual.

2.2.2. Finalidades del nuevo marco normativo

La facilitación de las libertades económicas, convertidas en derechos fundamentales de la UE, incluso de carácter social, como la libertad de circulación de los trabajadores (art. 15.2 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE–), no solo requiere de la coordinación de las prestaciones de Seguridad Social pública, también de las pensiones privadas del sistema de empleo, regímenes previsionales profesionales. Estos integran el llamado «segundo pilar de pensiones del sistema» de previsión (seguridad) social –el tercero sería el de los planes individuales–. Tardíamente (3 meses de retraso), así lo evidencia el artículo 1 del título I del [RDL 11/2018, de 31 de agosto](#).

Dejemos ahora de lado los indudables vicios de técnica legislativa de esta norma². La traemos a colación por dedicar el citado título I a introducir los cambios legales exigidos por el deber de trasposición de la [Directiva 2014/50/UE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los requisitos mínimos para reforzar la movilidad de trabajadores entre Estados miembros mediante la mejora de la adquisición y el mantenimiento de los derechos complementarios de pensión. La [Directiva 2014/50/UE](#), que tiene como base jurídica la libertad de circulación de trabajadores ([art. 45 TFUE](#)), prevé el reconocimiento de derechos de pensión adquiridos en favor de los trabajadores que cesan la relación laboral antes de la jubilación a partir del 21 de mayo de 2018 (fecha límite de transposición). La directiva tiene como fin principal reducir los obstáculos a la movilidad de los trabajadores entre Estados derivados de las normas nacionales sobre regímenes complementarios de pensión jubilar vinculados a una relación laboral. Para el Gobierno-legislador español, la falta de reconocimiento legal de ese derecho generaría «una situación de inseguridad jurídica» comprometida para los derechos de los trabajadores, sus oportunidades laborales y su libertad fundamental a la libre circulación (alma o razón social normativa), al tiempo que «distorsiona la integración del mercado laboral español en el mercado interior», perdiendo eficiencia el mercado laboral (alma económica).

En apretada síntesis, los grandes aspectos tratados son estos 5:

- a) limita los periodos de espera y de adquisición de derechos requeridos;
- b) fija un límite en relación con la edad mínima para adquirir los derechos de pensión;

² P. ej.: nuevo abuso de un Gobierno español de la posibilidad, constitucionalmente consentida por el riesgo de incurrir en sanción económica grave –[art. 260.3 TFUE](#); Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) [1/2012, de 13 de enero](#)–, de acudir al real decreto-ley para trasponer tardíamente una directiva –cuando el Consejo Europeo enfatiza el criterio de la transposición en plazo de las directivas para medir la credibilidad de los Estados miembros en la puesta en práctica del mercado interior–; reedición de las tristemente célebres «leyes-escoba»... La finalización del plazo de transposición motivó la iniciación por la Comisión Europea de un procedimiento formal de infracción (núm. 2018/0162).

- c) reembolso de las primas en caso de cese laboral antes de adquirirse derechos;
- d) mantiene los derechos que se hubiesen adquirido cuando dicho cese tiene lugar;
- e) impone obligaciones de información a favor de los trabajadores sobre las condiciones de adquisición, el importe de los derechos adquiridos y su tratamiento desde el cese.

2.2.3. Sinopsis de cambios normativos tras el nuevo marco de reforma: una regulación de escasa relevancia práctica, pero socialmente controvertida

La transposición al ordenamiento español de la [Directiva 2014/50/UE](#) ha llevado a una modificación del texto refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones (TRLRPF), aprobado por el [Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre](#). De un lado, se modifica su [disposición adicional primera](#), a fin de introducir las previsiones de la norma europea en cuanto a la limitación de los requisitos de edad y de los periodos de espera y adquisición de derechos, la conservación de derechos adquiridos en caso de cese de la relación laboral y las obligaciones de información a los trabajadores sobre tales aspectos. Si bien la [Directiva 2014/50/UE](#) es aplicable a los trabajadores que cesan y se desplazan a otros Estados, en la transposición a la legislación española se ha optado por extender su aplicación a todos los trabajadores, conforme al considerando 6 de la directiva, que permite tal extensión. De otro lado, la transposición se ha completado con normas que mejoran la transparencia, a través del reforzamiento del régimen de información a los trabajadores en caso de cese de la relación laboral con anterioridad a la jubilación, así como el régimen del tratamiento futuro de los derechos adquiridos una vez producido dicho cese.

Por último, en el TRLRPF se añaden dos disposiciones transitorias nuevas (la [novena](#) y la [décima](#)). En la disposición transitoria novena:

- a) se regula la cuantía mínima de los derechos adquiridos en caso de cese por causa distinta de la jubilación, teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 2.4 de la directiva, esta se aplicará solo a los periodos de empleo que transcurran desde el 21 de mayo de 2018 (fecha límite de transposición);
- b) prevé, según el artículo 2.2 a) de la directiva, que, en el caso de compromisos por pensiones que a 20 de mayo de 2014 (entrada en vigor de la directiva) hubiesen dejado de incluir nuevos trabajadores y permanezcan cerrados a nuevos trabajadores, será aplicable el régimen de adquisición de derechos que tuvieren estipulado;
- c) finalmente establece unos periodos transitorios para que las entidades aseguradoras y gestoras de fondos de pensiones adapten sus procedimientos para cumplir con las nuevas obligaciones de información, así como para la inclusión de ciertos contenidos, en su caso, en los contratos de seguro y las especificaciones técnicas de los planes.

En la disposición transitoria décima se establece que la aplicación de los cambios no podrá suponer reducción de derechos adquiridos con anterioridad, ni menoscabo del derecho a la información, ni el establecimiento de condiciones de adquisición menos favorables que las estipuladas. Se trata, en definitiva, de la usual cláusula de prohibición de reformas peyorativas nacionales amparadas en normas comunitarias.

2.2.4. Una visión (más) dinámica: algunas decisiones jurisprudenciales recientes en la materia

La creciente importancia de este llamado «segundo pilar de pensiones del sistema de Seguridad Social» hace que, en aquellos países donde alcanzan mayor peso, como sucede en Holanda o en el Reino Unido, su conflictividad sea relevante y vaya en aumento. Entre los más variados problemas que suscita el régimen jurídico de este tipo de pensiones complementarias y que sí gozan de mayor favor social, a diferencia de los individuales, está la falta de garantías jurídicas de cobro de sus cuantías, ante los eventuales riesgos de quiebra de los fondos sobre los que se asientan financieramente estos planes de pensiones del sistema de empleo. Un riesgo que es mayor si, a diferencia de lo que sucede en España, no se cuenta con las garantías derivadas de la externalización de tales fondos, manteniendo la cobertura con cargo a propios de la empresa. Precisamente, esta es la situación que resulta por la reciente [STJUE de 6 de septiembre de 2018](#), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial ([art. 267 TFUE](#)) por la *Court of Appeal (England & Wales, Civil Division)* –Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, Sala de lo Civil, Reino Unido–, en relación con el nivel mínimo de protección garantizado por la [Directiva de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario](#), pues estos créditos se integran en la misma ([art. 8 Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre](#)).

Dos son las conclusiones en el caso (el trabajador sufrió una minoración de cerca del 67% con respecto al importe anual que hubiera percibido si el empresario no hubiese incurrido en insolvencia). De un lado, el artículo 8 de la [Directiva 2008/94/CE](#) aseguraría a cada trabajador asalariado individual el disfrute de prestaciones de vejez equivalentes al menos al 50% del valor de sus derechos adquiridos en el régimen complementario de previsión profesional. De otro, tal precepto tiene efecto directo, de modo que puede ser invocado ante un órgano jurisdiccional nacional por un trabajador asalariado individual para impugnar una decisión de las autoridades competentes (en el caso: el llamado Comité Directivo del Fondo de Protección de Pensiones para el Reino Unido).

2.2.5. Valoración global

Fuera de la necesidad de transposición, y de la oportunidad sobre la elección legal, el juicio relativo a la (debida) conformidad, político-jurídica y técnica, de las opciones de trasposición, hemos de expresar nuestra posición fuertemente crítica y, en consecuencia, una valoración negativa. En el plano de la política jurídica, el Gobierno opta por una transposición de mínimos, acogiendo a la flexibilidad de la directiva que, salvo en lo que hace a la inclusión también de

la movilidad del trabajador dentro del Estado –que consideramos positivo–, no solo se crean numerosas confusiones sino también riesgos de regresión en nuestro derecho, lo que no puede asumirse, en virtud del principio de prohibición de esta, en la propia directiva. En el plano de la técnica jurídica, no se ha seguido la correcta con la directiva y, en consecuencia, el proceso de tramitación legislativa debió corregirla. Como no hubo, queda pendiente. A mi juicio, el Dictamen del Consejo Económico y Social –CES– ([Dictamen 1/2018](#)) fue demasiado complaciente.

2.3. EL NUEVO MARCO DE FOMENTO DE MOVILIDAD PARA EL EMPLEO CUALIFICADO (DE FUTURO): A LA CAZA DEL TALENTO INVESTIGADOR EN EL MERCADO MUNDIAL

2.3.1. Relatos de actualidad socioeconómica y político-cultural: ¿nuevo realismo mágico?

La «nueva política migratoria comunitaria» está en [permanente debate](#). Aunque se llega, al final y de forma inestable, a ciertos acuerdos, los enfoques se endurecen. El conflicto da pie a [situaciones bochornosas](#), pues destacados gobernantes nacionales sitúan el sentido de la política comunitaria en la opción entre «más migración», a fin de allegar «nuevos esclavos a los europeos», manteniendo su privilegios sociales, o «menos», a fin de favorecer la natalidad autóctona («tener más hijos nativos europeos») para garantizar el bienestar. Más allá del sainete, hay algo de interés en la afirmación del ministro italiano de Interior: prefería trabajar para que los jóvenes europeos vuelvan a tener hijos en lugar de «esclavos africanos», explotando «a la juventud africana para reemplazar a los jóvenes europeos».

En el plano interno, andan los medios de comunicación informando de que el Gobierno prepara un programa, otro más, «de choque», a fin de facilitar el empleo de los jóvenes (más de 34% en paro), pues «necesitan el compromiso de España y lo van a tener» (presidente *dixit*). Uno –presidente– y otra –ministra de Trabajo– alertan sobre el riesgo de seguir perdiendo «talento» por falta de oportunidades para los jóvenes. En línea con ciertas comunidades autónomas (Andalucía, Castilla-La Mancha), se anuncian planes de retorno del talento joven nacional.

Al mismo tiempo, son cada vez más los [programas](#) e iniciativas que difunden las bondades del voluntariado. No solo se ponen «rostros humanos» a los valores subyacentes (generosidad, solidaridad y respeto), sino también cifras espectaculares (más de 5 millones de personas practican esta forma de trabajo altruista en España). El CES de España daba recientemente su visto bueno al Proyecto de real decreto por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de voluntariado, aun sabedor de que se instrumentará al servicio de facilitar una forma de acreditación de las competencias adquiridas, a fin de que se potencien las pasarelas del trabajo voluntario al retribuido ([Dictamen 2/2018](#)). De forma casi coetánea, [leemos](#) que la representación sindical de actores ha denunciado al Teatro Real ante la ITSS, al sustituir a figurantes profesionales por «voluntarios» (100), concretamente en la ópera *Idomeneo*.

2.3.2. Fines del nuevo marco de favor para los flujos migratorios laborales de «futuro VIP»: a la caza del talento

En estos escenarios tan complejos como contradictorios (propios de realismo mágico, solo que con poca calidad literaria), los extremados obstáculos que encuentran en general las personas que deciden emprender un proyecto migratorio, sea por razones políticas (típicos refugiados), sea económicas (ocupacionales) [cfr. por todos, Miñarro Yanini, M. (2018). *La dimensión social del derecho de asilo. El estatuto de garantías de integración sociolaboral de los «refugiados»*. Albacete: Bomarzo], suelen tornarse facilidades cuando se trata de migrantes económicamente cualificados, para los que los procedimientos de movilidad siguen caminos «VIP», claramente privilegiados. En esta dirección, las Conclusiones del Consejo Europeo de junio de 2014 fijaron como una prioridad política de la política migratoria de la UE «seguir siendo un destino atractivo para las personas con talento y capacidad». Por eso, desde entonces, la llamada «nueva concepción de la política migratoria de la Unión Europea» no ha dejado de sumar, junto a una idea –en cierto modo tautológica– vieja, la que fija el favor migratorio solo en los flujos legales, otra más moderna, conforme a la cual debe facilitarse la legalidad de los flujos económicos cualificados.

Por enésima vez, a las razones de índole social de una norma comunitaria, se añadiría una potente razón (alma) económica: la inmigración ordenada a imagen y semejanza de las demandas de los mercados de trabajo, en un escenario de sociedades europeas «envejecidas», anima el crecimiento, con lo que no solo mejora la creación de empleo, sino que coadyuva a la sostenibilidad financiera del bienestar (una idea opuesta a la del inefable ministro italiano). Esta será la línea de política del derecho migratorio socioeconómico alentadora de la [Directiva \(UE\) 2016/801, de 11 de mayo](#), del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los requisitos de acceso (entrada y residencia) de los nacionales de países terceros con fines muy diversos («de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*»), pero todos coherentes y resumibles en una misma y única dirección: hacer de la UE el espacio socioeconómico y cultural más atractivo del mundo para los jóvenes con talento. Desde esta perspectiva, fiel a la dimensión economicista dominante de aquella –pretendida– «nueva concepción de la política migratoria comunitaria», la directiva de referencia se pondrá como fin primordial: «(...) mejorar la posición de la Unión Europea en la competencia mundial por atraer talento y promoverla como centro mundial de excelencia para estudios y formación, mediante la supresión de barreras migratorias y mejores oportunidades de movilidad y empleo» (alma económico-mercantil de la política migratoria).

2.3.3. Principales novedades del nuevo marco para facilitar movilidad del talento juvenil

Encallada la propuesta de directiva revisada de la célebre «tarjeta azul», presentada en 2016 para corregir las deficiencias de la originaria ([Directiva 2009/50/CE](#)), clave para satisfacer esas necesidades futuras de Europa en cuanto al mercado de trabajo y la demografía, el citado [RDL 11/2018, de 31 de agosto](#), también es aprovechado para la trasposición del marco normativo

comunitario (directiva) que sí logró la luz finalmente, dentro de aquella misma línea de instrumentación de la política migratoria al servicio de las razones de mercado, la relativa a estudiantes e investigadores, también al voluntariado. Más concretamente, su título III (arts. [tercero](#) y [cuarto](#)) modificará nuestro «derecho de extranjería VIP».

De un lado, reformará, tardíamente, claro (el plazo venció el 23 de mayo, abriéndose el procedimiento de infracción núm. 2018/0166), la [Ley 14/2013, de 27 de septiembre](#), de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (sección movilidad internacional). Con ello se completa lo que a tales fines se regula en dicha norma especial y preferente. De otro, incidirá también en la común y supletoria, concurrente, [Ley orgánica 4/2000, 11 de enero](#), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en su reglamento ([RD 557/2011, de 20 de abril](#)). Aunque parece una norma dirigida más bien a un ámbito no estrictamente profesional (entidades gestoras de actividades educativas; entidades promotoras de iniciativas propias del voluntariado; programas de intercambio de estancias breves para el aprendizaje de idiomas, etc.), la letra pequeña de la reforma guarda alguna sorpresa, integrando aspectos relevantes para el mercado de trabajo futuramente cualificado.

En el primer ámbito normativo, el preferencial y específico, se modificará:

- a) el [artículo 72](#) (autorización de residencia a favor de las personas investigadoras incluidas en el ámbito subjetivo en la directiva, que tendrán derecho a la movilidad dentro de la UE prevista en la norma comunitaria). A fin de facilitar el tránsito desde un estado –investigación– a otro –profesional–, una vez finalizada la actividad investigadora, se abre la permanencia en nuestro país durante un tiempo limitado mediante autorización para la búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial (art. 72.9, en relación con el art. 25 de la directiva). Lo mismo para estudiantes ([disp. adic. decimoséptima](#));
- b) el [artículo 75.4](#), transponiendo el artículo 18 de la directiva, a los efectos de posibilitar la expedición de visados de residencia de validez inferior a 1 año;
- c) el [artículo 76](#), que impone la tramitación electrónica de las autorizaciones (en coherencia con el [art. 14.2 Ley 39/2015, de 1 de octubre](#), del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y el art. 34 de la directiva);
- d) ¿y si no se puede acceder a un empleo remunerado, acorde con la cualificación obtenida, lo que es harto posible en nuestro país? Pues queda abierta la vía alternativa de las «prácticas» ([disp. adic. decimooctava](#)), concediéndose nueva autorización tanto si se trata de prácticas remuneradas (contrato en prácticas), menos probable, como si se trata de «prácticas no laborales», ahora ya legión.
- e) Nueva [disposición final decimotercera](#) para garantizar que la norma de «extranjería» es supletoria (en lo no previsto en la [Ley 14/2013](#) en relación con la movilidad internacional).

Por su parte, el [artículo cuarto](#) tiene por objeto la modificación del [Reglamento de la Ley orgánica 4/2000](#) –que mantiene su rango reglamentario–, con un doble objetivo. Primero, la incorporación a nuestro derecho de los artículos de la directiva sobre ciertos aspectos procedimentales de la autorización prevista para los estudiantes internacionales, tanto en su primera acogida (arts. 37.3 y 39 en relación con art. 7.4 y 5 directiva) como en la intramovilidad en la UE (art. 44 en relación con art. 31 directiva), siempre con una lógica orientada a dar facilidades. Segundo, adaptar la exigencia de requisitos a los voluntarios a lo establecido por la directiva cuando estos participen en el Servicio Voluntario Europeo, que prevé incluso exenciones, como la del requisito de contar con un seguro de responsabilidad civil que dé cobertura a la labor del voluntario, siempre que se realice en el marco del referido Servicio de Voluntariado Europeo (art. 38 en relación con art. 14.1.c) de la directiva)³.

Por último, particularmente relevante resultará para la gestión laboral de personal la citada nueva [disposición adicional décima octava](#) en sus apartados quinto y sexto. En el quinto se fija, como máxima expresión de la lógica de preferencia que inspira toda la regulación de esta modalidad de movilidad inmigratoria VIP para un empleo futuro cualificado, una exención del requisito general relativo a la situación nacional de empleo: «en aquellos supuestos en los que el extranjero queda vinculado con la entidad de acogida mediante un contrato de trabajo en prácticas, no se aplicará la situación nacional de empleo. (...)». El apartado seis cuida de establecer un principio de igualdad de trato en lo que concierne a la duración del contrato de trabajo («... será la prevista en el mismo regida por la legislación laboral aplicable en cada momento» (6 meses-2 años).

2.3.4. Valoración global

Aunque no se quiere negar valor, en el plano práctico, a este nuevo marco migratorio «VIP», no sería honesto tampoco quedarse en el mero «humo» de la retórica política. Si una parte importante de este nuevo marco comunitario ya estaba incorporado en nuestro derecho interno, en gran medida como sucedía también con el marco relativo a los planes de pensiones del sistema de empleo, lo más decepcionante de esta regulación es su inconsistencia práctica.

La razón principal estriba en la extrema paradoja, tan desmesurada que muta en contradicción real, que anima esta trasposición –más allá de que sea obligada, por supuesto– en el plano formal: presupone que España puede ser un espacio preferencial para los flujos migratorios de los mayores talentos mundiales, de futuro, a través de favorecer la investigación y estudios en los niveles superiores de la educación y formación (para empleo y emprendimiento), cuando los

³ Por su parte, y por razones de coherencia jurídica, la [disposición derogatoria única del RDL 11/2018](#) (dictada al amparo del título competencial del [art. 149.1.2 Constitución española](#)) deroga: el [artículo 38 bis de la Ley orgánica 4/2000](#) y el [capítulo IV del título IV de su reglamento](#) (arts. 73 a 84), que transponía la [Directiva 2005/71/CE](#), derogada por la directiva ahora traspuesta.

poderes públicos, autonómicos y estatales, se ven obligados a incentivar programas de retorno del talento «nacional» huido ante las dificultades para lograr una oportunidad seria de «trabajo digno» o «decente». Y, lo que es todavía peor, hasta ahora, tales programas se rebelan como un fracaso estrepitoso.

2.4. RETORNO DE LAS PERSONAS INMIGRANTES EXTRANJERAS EN SITUACIÓN IRREGULAR A LA ASISTENCIA SANITARIA: ¿DEL ASEGURAMIENTO A LA UNIVERSALIDAD DEL DERECHO SOCIAL?

2.4.1. Relatos de actualidad social en materia: recuperación de la asistencia sanitaria para las personas inmigrantes en situación irregular, un clamor internacional

El resultado habría sido la «fragmentación en el derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria de estas personas», agravando «su situación de extrema vulnerabilidad». Un estado de regresividad jurídico-social por el que habríamos recibido críticas de todo tipo, por arriba (internacionales: UE, Consejo de Europa, Organización de las Naciones Unidas), por abajo (comunidades autónomas, Defensor del Pueblo), así como por la sociedad civil (movimiento asociativo, sociedades científicas profesionales, partidos políticos). El resultado sería una gran voz en pro de la derogación o modificación de la norma que impuso esta exclusión (un clamor).

2.4.2. «El poder del BOE»: la población extranjera irregular como colectivo vulnerable y el acceso a la asistencia sanitaria como derecho de la persona

Fuera de las –reducidas– vías privilegiadas de acceso al mercado de trabajo español para las personas inmigrantes extranjeras, el logro de una situación administrativa regular se convierte a menudo en todo un calvario –o una odisea–, por lo que son miles los que caen en la situación de irregularidad. Como es conocido, entre las consecuencias negativas que derivan de esa vulnerable situación jurídico-social, estaba, desde el [RDL 16/2012, de 20 de abril](#), avalada constitucionalmente (SSTC [139/2016, de 21 de julio](#), y [134/2017, de 16 de noviembre](#), entre otras) la pérdida del derecho a la asistencia sanitaria, que antes daba el empadronamiento. El [RDL 7/2018, de 27 de julio](#), les habría devuelto tal derecho social, por ser titular toda persona.

También aquí dejando de lado el exceso retórico del larguísimo y solemne preámbulo, así como la instrumentación del «gran poder del BOE» para despacharse a gusto en contra de los anteriores inquilinos –siempre interinos, aún con indemnización elevada– de la Moncloa, y del propio Tribunal Constitucional, a los que tacha de «regresivos», incluso «ignorantes» de la situación del derecho a la protección sanitaria en el orden internacional (sistema multinivel de protección), nosotros nos detendremos brevemente en su radical afirmación del carácter universal

del derecho: el acceso al Sistema Nacional de Salud «en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho de toda persona», adquiriendo especial intensidad su garantía cuando son colectivos de «una especial vulnerabilidad», como es el caso de la población extranjera no regularizada. No siendo discutible la calificación jurídica de estos colectivos como de especial vulnerabilidad, ¿realmente el derecho a la asistencia sanitaria –y la prestación farmacéutica, que también podrá dispensar el personal de enfermería, según la reforma del [RD 954/2015](#)– ha quedado configurado como un genuino derecho de acceso universal para toda persona, en línea con la previsión de la vetusta [Ley general de sanidad](#) (1986)? ¿Se resuelve aquí el conflicto a favor de la razón social, sin más?

De nuevo, la claridad que derivaría de las declaraciones solemnes preliminares o expositivas («preambulares») resulta oscurecida cuando se acude al texto normativo, mucho más alambicado, lo que se constata desde el mismo plano defectuoso de técnica legislativa, que vuelve a los bis y ter (art. 3 bis y ter). Aunque la finalidad confesada es deslizar el derecho social a la asistencia sanitaria respecto del aseguramiento con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social, vinculándolo solo a la residencia –legal o no– en España, la recurrente razón económica (sostenibilidad financiera) hará su aparición, complicando una reconocimiento de la titularidad que debería ser sencillo, de ser plena la cacareada universalidad.

Por eso, la reforma no escapa a las «las necesarias cautelas dirigidas a no comprometer la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud». A tal fin se establecen criterios para evitar el «uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria» (la asistencia será con cargo a fondos públicos siempre que no exista un tercero obligado al pago, que no se tenga la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía, que no se pueda exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia).

2.4.3. El contenido reformador: para ser universal, demasiado alambicamiento del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria

La reforma afecta tanto al artículo 3 de la [Ley 16/2003, de 28 de mayo](#), como al texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios ([RDLeg. 1/2015, de 24 de julio](#)), añadiendo un nuevo párrafo e) al apartado 5 de su [artículo 102](#), en cuanto a la aportación farmacéutica⁴.

A pesar de la fanfarria inicial sobre la universalidad del derecho, el precepto sigue contemplando diferentes títulos de acceso y condicionantes varios:

- a) [Artículo 3](#). Titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria.

⁴ «e) Un 40% del PVP para las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España a los que se refiere el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo».

Distingue entre titulares del derecho (todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español) y condiciones para su «ejercicio efectivo con cargo a fondos públicos»⁵. A estas se les atribuye la condición de asegurados y beneficiarios (incluye parejas de hecho) a efectos de lo previsto en la normativa internacional de Seguridad Social ([disp. adic. única](#)). Por lo tanto, se mantienen personas excluidas de la financiación pública, si bien no vinculadas ya al trabajo ni al límite de rentas, como antaño (conforme al art. 3.3 de la [Ley 16/2013](#), aquellas personas que de acuerdo con el apartado 2 no tengan derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos podrán obtener dicha prestación mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial).

- b) [Artículo 3 ter](#). Protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español.

Si bien se les reconoce la titularidad del derecho en las mismas condiciones que a las personas residentes, también establece la diferencia entre aquella y las «condiciones de ejercicio efectivo» (análogas a las puestas nacionales y residentes legales, salvo la regularidad). La norma precisa también que esta cobertura se mantiene para el interior del territorio nacional, no extramuros de él (prohibición de exportación), salvo lo que pudiera resultar de aplicar las normas internacionales en materia de Seguridad Social (de nuevo el imperativo de pertenencia a la comunidad internacional, por encima del principio de soberanía nacional). Para ejercer este derecho se precisa un documento que deberá ser expedido por las comunidades autónomas y comunicado al Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar. Finalmente, se precisa que los casos en que las personas extranjeras se encuentren de estancia temporal, «será preceptiva la emisión de un informe previo favorable de los servicios sociales de las comunidades autónomas». Asimismo, entre los condicionantes, la [disposición final segunda del RDL 7/2018](#) («Lista de espera de trasplantes») remite a una orden ministerial (clara y muy discutible deslegalización de la extensión de un derecho fundamental) la fijación de los requisitos y periodo mínimo para que las personas extranjeras a las que se refiere el [artículo 3 ter de la Ley 16/2003](#) puedan acceder a la lista de espera de trasplantes. La preferencia es, pues, para nacionales y residentes legales, sin que haya razones justificadas para ello, pues se supone que esa preferencia responde solo a criterios clínicos, no «político-institucionales».

⁵ Las personas titulares de los citados derechos deberán encontrarse en alguno de los siguientes supuestos: a) Tener nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español. b) Tener reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia. c) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía.

2.4.4. Valoración global: «demasiadas alforjas para tan fácil misión jurídico-social»

Fuertemente presionado por la comunidad internacional, por las sociedades médicas y por una significativa parte de la sociedad civil, el nuevo Gobierno, al eliminar la categoría de asegurado por la de titular (cuasi) universal, no habría hecho sino hacer creíble, más de 3 décadas después, lo previsto en el [artículo 1.2 de la Ley general de sanidad](#) (son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional)⁶. Ahora bien, ni con aquella fue realmente universal completamente ni lo será tras la reforma. Eso sí, mientras luce por su perfección la fórmula de 1986, lo hace por lo contrario la actual, con un extremado, y en parte innecesario, alambicamiento, debido a la omnipresente precaución por usos abusivos.

3. REFORMA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL A LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL IMPUESTA POR EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO: ¿TARDE Y MAL?

3.1. RELATOS (HISTORIAS) DE ACTUALIDAD SOCIOECONÓMICA DE LA MATERIA: LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO, NACIONAL, TAMBIÉN COMUNITARIA, A DEBATE

En contraste con la subida de impuestos a personas con rentas superiores a 130.000 euros –al menos están incluidos «gratuitamente» ya en el sistema asistencial sanitario– o los «impuestos a las tecnológicas», se anuncia en estos días que los eventuales presupuestos generales para el próximo año (2019) contemplarán la recuperación del clásico subsidio por desempleo para las personas mayores de 52 años, endurecido en sus condiciones en 2012 y elevada la edad a 55 años. Además, el cómputo de rentas para fijar el umbral de capacidad económica que actúa como una barrera de acceso volverá a recaer únicamente sobre la persona beneficiaria, no sobre la unidad familiar. Así se desprendería tanto del acuerdo político (Gobierno y Podemos), como del acuerdo sindical. Si lo primero, el retorno a los 52 años, es incierto por falta de mayoría parlamentaria a día de hoy –aunque me arriesgo a pronosticar que, con alto precio, político y económico, sí habrá presupuestos–, lo segundo no tanto, por el aval constitucional (STC 61/2018, de 7 de junio).

Los cambios que se anuncian son mucho más espectaculares. Se sustituirá –se dice– la vetusta renta activa de inserción y los programas extraordinarios, todos fallidos en su finalidad de

⁶ Para los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, el [artículo 1.3 de la Ley general de sanidad](#) se remite a lo que las leyes y convenios internacionales establezcan.

inserción, útiles solo como rentas de subsistencia, ni siquiera digna, tales como el Prepara, el Programa de activación para el empleo, así como el subsidio extraordinario por desempleo, todos ellos reformados de urgencia, y de forma improvisada, desatinada, por la presión derivada de la inconstitucionalidad de los mismos por no respetar el principio de autonomía territorial (p. ej.: [STC 153/2017, de 21 de diciembre](#)). Ahora parecerá proponerse una reforma más reflexiva, [apostando por una nueva rama asistencial del sistema de protección por desempleo](#). Pero imbuidos de la positividad que anuncia todo periodo navideño, cada vez más cercano, los medios dan cuenta del [impulso del presidente, dentro y fuera de nuestras fronteras, de un fondo europeo de protección por desempleo](#), complementario del nivel de cada país, a fin de reducir los riesgos futuros de crisis económicas –que algunos ya anuncian–.

En definitiva, la protección por desempleo, no solo de las pensiones, está en el centro del debate y, curiosamente, los vientos que soplan esta vez, a diferencia de estas, parece que no son gélidos, sino favorables. Pero, en tanto «los rumores» y la «propaganda» mediática hoy tan presente se hacen normas (o quedan en puros humos políticos, con normas nuevas o sin ellas), ¿qué nos ofrecen las novedades normativas realmente emprendidas en este ámbito?

3.2. «A REGAÑADIENTES»: UNA REFORMA DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO IMPUESTA POR UN NUEVO FRAGMENTO DEL DERECHO COMUNITARIO ANTIDISCRIMINATORIO POR RAZÓN DE SEXO

Lejos del entusiasmo prometido de futuro, la última reforma realizada en esta materia viene impuesta. Evocando lo que sucediera hace media década para las pensiones ([STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto C-835/11, Elbal Moreno](#)), ese activo creador de derecho disruptivo para los Estados que es el TJUE, y su continua «caja de Pandora», ha obligado a una nueva reforma del sistema de protección social de nuestro país a favor del principio de igualdad de trato para las trabajadoras a tiempo parcial. En esta ocasión afecta a la rama de prestaciones por desempleo ([STJUE de 9 de noviembre de 2017, asunto C-98/15](#)). Esta es la razón principal del, también tardío, [RD 950/2018, de 27 de julio](#), que modificó el RD 625/1985, de 2 de abril (de desarrollo de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo).

Como se recordará, por la celebridad de esta sentencia, el TJUE declaró, esta vez sin ningunos ambages (es decir, prescindiendo de su usual estilo oracular), que el artículo 4.1 de la [Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978](#), se oponía al artículo 3.4 del [RD 625/1985](#). Ello sería así porque en el caso del «trabajo a tiempo parcial vertical» (no se trabaja todos los días de la semana), y a diferencia del trabajo a tiempo parcial «horizontal», excluía los días no trabajados del cálculo de los días cotizados. Consecuentemente, reducía el periodo de pago de la prestación por desempleo (en el caso, en vez de 720 días, el Servicio Público de Empleo Estatal solo reconoció 452), quedando acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres, por lo que crea un efecto de discriminación indirecta por razón de sexo.

Aunque el precedente Gobierno reconoció la necesidad de una reforma urgente, en aras de una «mayor seguridad jurídica», el cumplimiento se ha retrasado casi 8 meses (seguimos, pues, con nuestra senda de incumplimiento, que nos coloca en una posición de dudoso «privilegio» en el *ranking* de incumplidores con la UE). El cambio de Gobierno puede explicar, no justificar, parte del retraso, porque la norma finalmente aprobada es exactamente la misma que el proyecto del precedente. Una vez más, demasiada autocomplacencia de los poderes de regulación nacional, que pasan por virtud lo que es un incumplimiento.

Pero lo que debe causar más perplejidad es el sentido real de la reforma, contrario al que se anuncia a bombo y platillo, y a lo que cabría esperar, pues en vez de una homologación de ambas modalidades de trabajo a tiempo parcial (horizontal y vertical) al alza, se logra una a la baja. Por enésima vez, la razón (alma) económica del sistema se impone a la social. Así, en la [Memoria de impacto normativo del proyecto de real decreto](#) (p. 2) se dice que la modificación normativa no presenta un impacto económico (en los términos definidos en el [art. 2.1 d\).1.º del RD 931/2017, de 27 de octubre](#)), ni repercusión presupuestaria, pues, básicamente: «se compensa el mayor gasto originado por el incremento de duración de las prestaciones con la disminución de su cuantía debido a la menor base reguladora resultante de la aplicación de los nuevos parámetros al cálculo de la misma». En suma, tanto alborozo, tanta expectativa, para que el efecto económico de incrementar el número de mujeres beneficiarias de la prestación por desempleo sea, en términos de gasto social, neutro.

En la referida [memoria](#) (p. 7) se calcula que alrededor de 208.000 beneficiarios perciben cada mes la prestación contributiva a tiempo parcial, de los que 35.000 proceden de jornadas parciales verticales. La jornada media de estos contratos es del 65% de la jornada habitual. Con la información disponible sobre las prestaciones reconocidas (base reguladora, porcentaje de parcialidad, número de altas iniciales mensuales y número de beneficiarios), de mantenerse la situación actual, se incrementaría en 12 millones de euros el gasto mensual por cada 2 meses de ampliación de la duración. Por el contrario, si se considera la incidencia que puede tener en el gasto la aplicación de los criterios que se usan en el caso de contrato a tiempo parcial «horizontal» en cuanto al cálculo de la base reguladora, la cuantía y la cotización, en el supuesto probable de que la base reguladora media se redujera al 50% de la actual, sin tener en cuenta otros parámetros, se produciría un ahorro de 12 millones de euros al mes. En línea con lo anterior, se observa que con una ampliación media de la duración de 6 meses y una reducción de la base reguladora de entre un 25 y un 40% de la actual (conforme al [art. 270 Ley general de la Seguridad Social –LGSS–](#)), apenas se produce incremento/ahorro en el gasto correspondiente a la prestación contributiva de 2 millones de euros.

3.3. «LO COMIDO, POR LO SERVIDO»: AUMENTAN LOS BENEFICIARIOS, SE REDUCE LA CUANTÍA

El contenido concreto de la reforma, que provoca tan sorprendente resultado neutral en los presupuestos, por aumentar el número de personas beneficiarias pero reducir la cuantía respecto del pasado, se articula a través de dos reglas. A saber:

- a) Norma general incluyente. Muta el día cotizado por día en alta (duración del contrato, junto a otras situaciones que puedan darse añadidas para esta continuidad).

Si en la regulación anterior se atendía a la relación de «cotización» (días efectivamente cotizados, al margen de la duración de la jornada), ahora se centra en la relación de «alta» en el sistema de Seguridad Social –periodo asegurado, al margen del periodo cotizado–. Por lo tanto, incluye también las llamadas «situaciones asimiladas»:

Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial realizados al amparo del artículo 12 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computará el periodo durante el que el trabajador haya permanecido en alta, con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte (...), y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada.

Pero «gozo al pozo», pues tiene un inconveniente por las consecuencias de dicha regla respecto del cálculo de la base reguladora, como se apuntaba. Ello es así porque el [artículo 270.1 de la LGSS](#) indica que la base reguladora será el promedio de la base por la que se haya cotizado en los últimos 180 días «del periodo a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior» (periodo de ocupación cotizada a efectos del acceso y duración). La situación anterior era:

- Tiempo parcial horizontal: mismo régimen que tiempo completo (últimos 180 días).
- Tiempo parcial vertical: no se tomaban los últimos 180 días naturales sino que se ampliaban a 180 días cotizados dentro del periodo de ocupación cotizada.

Esto perjudicaba a los trabajadores a tiempo parcial horizontal, por no atender a su parcialidad. Era una importante anomalía respecto del régimen de los demás subsidios. Ahora se homologará.

En definitiva, el cálculo de la base reguladora en el desempleo de los trabajadores parciales de tipo horizontal se hace sobre los 180 últimos días naturales, lo cual supondrá un importante efecto negativo sobrevenido y desde luego inesperado para la modalidad vertical (que hasta ahora usaba para el cálculo de la base reguladora los últimos 180 días cotizados, permitiendo ampliar el periodo temporal a considerar por encima de los 180 días naturales). Ello se traducirá en que sus bases, y su prestación, sean más reducidas.

- b) Norma de excepción particular excluyente.

Incorpora una precisión sobre periodos que, aun estando dentro de la duración de un contrato a tiempo parcial, no pueden ser computados, en coherencia con lo dis-

puesto en el [artículo 267.1 d\) de la LGSS](#), relativo a los trabajadores fijos discontinuos, en cuanto una situación legal de desempleo que afectaría a todos los periodos de inactividad productiva, entre los que se encuentran los que realizan la actividad a tiempo parcial de acuerdo con lo establecido en el [artículo 16.4 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) y los periodos de inactividad productiva de los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas mediante un contrato a tiempo parcial indefinido *ex artículo 12.3 del ET*. Es obvio que la consideración legal de dichos periodos como de desempleo impide que puedan contabilizarse como días de ocupación cotizada, máxime cuando durante los mismos pueden percibirse las prestaciones por desempleo.

Real Decreto 625/1985 (modificado)	Real Decreto 950/2018 (nuevo)
<p>4. Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a un trabajo a tiempo parcial o, a trabajo efectivo, en los casos de reducción de jornada, <i>cada día trabajado se computará como un día cotizado</i>, cualquiera que haya sido la duración de la jornada.</p>	<p>4. Cuando las cotizaciones acreditadas correspondan a trabajos a tiempo parcial realizados <i>al amparo del artículo 12 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores</i>, se computará el periodo durante el que el trabajador haya permanecido en alta con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo parte de los mismos, y ello, cualquiera que haya sido la duración de la jornada.</p> <p><i>Se excluyen de dicho cómputo los periodos de inactividad productiva a los que se refiere el artículo 267.1 d) del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social.</i></p>

3.4. VALORACIÓN GLOBAL: UN NUEVO ELEMENTO A SUMAR AL CAOS DEL SISTEMA ACTUAL

Esta reforma, obligada por el carácter discriminatorio de las reglas legales en vigor precedentemente, no solo llega tarde, sino que produce resultados contraproducentes, como se ha indicado, en relación con la mejora real de la protección. En última instancia, queda claro que el único objetivo gubernamental ha sido evitar la disconformidad comunitaria, para eludir la sanción, y no la mejora real de la protección por desempleo para todo trabajo parcial.

En suma, prima la uniformidad de trato, por razones de índole económica, sobre la suficiencia prestacional en tales casos (alma social de las normas). Por lo tanto, se añade un argumento

más para la necesaria reforma en profundidad de la entera rama de protección por desempleo, hoy un auténtico caos, más allá de la nueva carga de profundidad que ha supuesto la citada [STC 61/2018, 7 de junio de 2018](#), que declaró inconstitucional, pero por falta de habilitación normativa *ex artículo 86 de la Constitución española*, no por razones de fondo, el que se fijara el umbral de acceso al subsidio para mayores de 55 años atendiendo a la unidad familiar. Con presupuestos para 2019 –como creo– o sin ellos, la reforma global es urgente, no ya solo importante, a fin de actualizar una protección más incluyente y suficiente.

4. NUEVAS REFORMAS ESTATUTARIAS IMPLÍCITAS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: NUEVAS GARANTÍAS EX ARTÍCULOS 33 Y 44 DEL ET

4.1. NUEVO REVÉS AL LEGISLADOR NACIONAL: LA INCLUSIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES RESCISORIAS EX ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL ET EN LA COBERTURA DEL FOGASA

Para ser la materia laboral competencia esencialmente nacional, no son suficientes los dedos de nuestras extremidades para contar las crecientes veces que el TJUE, a través de una cuestión prejudicial orientada a depurar nuestro ordenamiento de disconformidades con el derecho de la UE, obliga a una nueva lectura de preceptos legislativos nacionales, también estatutarios, al margen del alcance práctico que decida darle, o no, el legislador nacional, por lo general resistente a reformar explícitamente la ley para operar un ajuste más cierto. Pero el principio de primacía del derecho de la UE obliga a todos los operadores jurídicos a considerar como norma válida y vigente la implícita que se deriva de la jurisprudencia, e inválida e ineficaz la que mantiene el texto legal nacional. Ahora le ha tocado el turno al artículo 33.2 del ET: «El Fondo de Garantía Salarial (...) abonará indemnizaciones reconocidas (...) a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 de esta ley (...)». El [artículo 14 del RD 505/1985, de 6 de marzo](#), lo desarrolla.

Como puede comprobarse, en la redacción explícita actual del [artículo 33.2 del ET](#) se excluyen de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) otros supuestos de extinción a iniciativa del trabajador que no obedecen a su exclusiva voluntad ni tampoco a un previo incumplimiento empresarial y que generan a su favor el derecho a percibir una indemnización de igual cuantía que la prevista para los despidos por causas empresariales. Son los supuestos propios de los artículos [40.1](#) y [41](#) del ET.

Pues bien, a tenor de la [STJUE de 28 de junio de 2018, C-57/17](#), dictada a raíz de una cuestión prejudicial planteada por la sala de suplicación social valenciana, de nuevo sobre la base del principio de igualdad de trato *ex artículo 3, párrafo primero*, de la [Directiva 2008/94/CE](#), relativa a la protección de los trabajadores frente a la insolvencia empresarial, y mediante el «concepto

de situación objetivamente comparable», las situaciones contempladas en los artículos 40.1 y 41 del ET, por un lado, y 51 y 52 del mismo texto legal, por otro, son comparables, pues: las causas por las que actúa el empresario son análogas –económicas, técnicas, organizativas y de producción–; el resultado final –la resolución– es el mismo; misma la indemnización prevista –sin que sea relevante el matiz diferencial del tope de mensualidades en el caso del art. 41–. Para el TJUE, de nuevo, no ha sido capaz la defensa letrada del Gobierno español de justificar la diferencia de trato, por lo que la posición española sería contraria a la finalidad social de la directiva, que consiste, nos recuerda: «en garantizar a todos los trabajadores asalariados un mínimo de protección a escala de la Unión en caso de insolvencia del empresario».

En consecuencia, por la magia o arte interpretativos del creativo TJUE, el artículo 33.2 del ET no dice lo que se lee expresamente, sino que realmente dice, añadiéndole el derecho que la norma tiene implícito ahora: «El Fondo de Garantía Salarial (...) abonará indemnizaciones reconocidas (...) a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 40, 41, 50, 51 y 52 de esta ley (...)».

El listado ha crecido, pues, por arte y gracia del altísimo TJUE. Guste más o menos. En realidad, esta reforma implícita era una crónica anunciada por otra reforma implícita del TJUE, en este caso en el artículo 51 del ET, al considerar como computable en el umbral necesario para dar lugar a un despido colectivo las extinciones debidas a iniciativa del trabajador por mor de los artículos 40 y 41 (casos [Ciupa](#), asunto C-429/16, y [Socha](#), asunto C-149/16). El TJUE no los refiere, pero su nueva decisión es coherente con aquella posición, tan disruptiva en nuestro derecho.

4.2. CAE LA PENÚLTIMA TRINCHERA DEL TS: LA SUCESIÓN CONVENCIONAL CON ASUNCIÓN EFECTIVA DE PLANTILLA SÍ ES UNA MODALIDAD DE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA, A TODO EFECTO

Disruptiva, y nada del gusto de la (mayoría de) la Sala Social del TS, ha sido la [STJUE de 11 de julio de 2018](#) (asunto C-60/17, [Somoza Hermo](#)). En su virtud, las asunciones de una parte esencial de la plantilla que traigan causa de la sucesión convencional se rigen también por el artículo 44 del ET, no por el convenio colectivo, como entendía, erróneamente, el TS hasta hoy. Por enésima vez, una sala de suplicación puentea la jurisprudencia del TS con el aval del TJUE.

El TJUE, en línea con la posición mayoritaria de la Sala Social del TS y en contra de la mayoritaria, recuerda que el convenio colectivo en tales casos persigue idéntico objetivo que la [Directiva 2001/23/CE](#), por lo que ha de entenderse que regula expresamente –en este caso el sector de seguridad privada, pero habrá que entender lo mismo para los demás, muchos, que incluyen cláusulas análogas–, en lo que atañe a la asunción de una parte del personal, el caso de una nueva adjudicación. Y para apoyar esta doctrina, remite a su célebre precedente [Temco](#)

(Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de enero de 2002, C-51/00, apdo. 27), precisamente, el precedente que la Sala Social se resistió a aplicar. Consecuentemente, si ambas normas persiguen el mismo fin, la convencional, que a cambio debilita la protección que ofrece –en términos de exclusión o limitación de ciertas responsabilidades laborales–, debe supeditarse a la legal –comunitaria–. En suma, el TJUE da respuesta positiva, como ya venía anunciando desde hace años la mayoría de la doctrina científica, pese a la contumaz resistencia de la Sala Social del TS, a la primera cuestión planteada por la sala de suplicación gallega en su cuestión prejudicial: sí se aplica la [Directiva 2001/23/CE](#) cuando una empresa cesa en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente por rescisión del contrato de arrendamiento de servicios donde la actividad se funda predominantemente en la mano de obra (vigilancia de las instalaciones) y la nueva adjudicataria del servicio se hace cargo de una parte esencial de la plantilla destinada a la ejecución de tal servicio, cuando tal subrogación se hace por imperativo de lo pactado.

En cambio, el TJUE se considera no competente para responder a la segunda cuestión prejudicial planteada por la sala gallega: si la legislación nacional dictada para incorporar la directiva ha dispuesto, en aplicación de su artículo 3.1, que después de la fecha del traspaso el cedente y el cesionario son responsables solidariamente de las obligaciones, incluidas las retributivas, que tienen su origen, antes de la fecha del traspaso, en los contratos de trabajo existentes en la fecha del traspaso, ¿es conforme con el citado artículo 3.1 una interpretación que sostenga que la solidaridad en las obligaciones anteriores no se aplica cuando la asunción de mano de obra en términos esenciales por la nueva contratista le vino impuesta por las previsiones del convenio colectivo del sector y dicho convenio excluye en su texto esa solidaridad respecto de las obligaciones anteriores a la transmisión? La [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de julio de 2018 \(rec. 2310/2016\)](#), que sí está obligada a responder, dará la máxima extensión al fallo del TJUE, sobre la base de que el artículo 44 del ET:

(...) resulta de derecho necesario cuando existe una transmisión de una entidad económica como es el caso de litis, y por tanto debe ser aplicado, en virtud del principio de jerarquía normativa, que en derecho laboral se contiene en el art. 3 ET, desplazando la norma convencional en tanto que esta ofrece un menor grado de protección a los trabajadores. (FJ 4)

En realidad, aunque ahora pueda olerle a «cuerno quemado», para la Sala Social del TS, se trata de otro *déjà vu*, o de otra crónica-crítica judicial anunciada, porque en realidad ya en 2002 el TS mantuvo un pulso al TJCE análogo que, como era de esperar, perdió. No es la última trinchera de resistencia del TS al dominio imperial sobre el derecho que representa el TJUE. Veremos qué sucede finalmente con su contestación en el caso de Diego Porras. De inicio perdió la batalla de la preferencia resolutoria frente a las cuestiones de la sala de suplicación gallega, aunque la más importante, la de fondo, parece que la tiene más favorable, a juzgar por la [sentencia Montero Mateos](#). Veremos el final, si existe, de este desafío. Pero eso es ya otra historia, que contaremos cuando se produzca.

4.3. EL RETORNO A LA JURISPRUDENCIA ORACULAR DEL TJUE: ¿QUÉ SE ENTIENDE POR TRANSMISIÓN DE EMPRESA Y QUÉ POR DESPIDO EN CASO DE SUCESIÓN DE CONTRATAS?

Si en el [asunto Somoza Hermo](#) el TJUE ha decidido combinar protección social (valor de la justicia social) con seguridad jurídica (al menos para los trabajadores, otra cosa pensarán, seguro, los empleadores de estos sectores), vuelve a su extendido gusto oracular, por lo tanto a la incertidumbre aplicativa, con otro fallo veraniego muy relevante en este conflicto entre la sucesión de contratas (excluida de la directiva) y la transmisión de empresa, con el añadido de su interacción con un despido colectivo ya firme. Se trata de la [STJUE de 7 de agosto de 2018, asunto C-472/16, Colino Sigüenza](#), instada mediante cuestión prejudicial de la sala vallisoletana de lo Social (otra de las que con más frecuencia visitan la ciudad de la justicia de Luxemburgo para superar la jurisprudencia social nacional que considera disconforme con el derecho de la UE, haciendo primar el «principio de vínculo más fuerte a este»). En este caso, la pretensión de la sala desbordaba el ámbito más extendido en estas cuestiones, el de ofrecer una vis expansiva a la directiva de transmisión, para cuestionar la sacrosanta cosa juzgada *ex* artículo 47 de la [CDFUE](#).

Pues bien, como decíamos, el TJUE, consciente de la enorme complejidad del desafío, ha preferido dar respuestas abiertas, en unos casos, y «lavarse las manos» en el más espinoso, de modo que sea la sala de suplicación Social la que «se moje» y tome la decisión que entienda más oportuna. Así, en primer lugar, a la cuestión de si es transmisión de empresa o no una situación en la que el adjudicatario de un contrato de servicios cuyo objeto es la gestión de una escuela municipal de música, a la que el ayuntamiento había proporcionado todos los medios materiales necesarios, la finaliza 2 meses antes de terminar el curso académico, despide a la plantilla y restituye dichos medios materiales al citado ayuntamiento, que efectúa una nueva adjudicación solo para el siguiente curso académico y proporciona al nuevo adjudicatario los mismos medios materiales, la respuesta es positiva.

Es reseñable en este caso la respuesta porque no sigue la propuesta de la Abogacía General en sus Conclusiones, que siguiendo claramente una tesis de favor hacia la gestión de la empresa (alma económica o *business friendly* de la norma comunitaria), consideró que no había ya entidad económica alguna que transmitir. En este sentido recuerda que

cada vez que el cambio de un prestador de servicios se considere una transmisión en el sentido de la directiva, ello restringirá considerablemente la libertad contractual de las empresas afectadas. El nuevo prestador de servicios tiene que asumir la plantilla del anterior y, puesto que no todas las empresas pueden soportar esa carga, las personas que deseen celebrar contratos de servicios tendrán menos competidores entre los que elegir.

En suma, si la directiva «toma la empresa o entidad tal como la encuentra: la posición de los empleados con su anterior empleador debe mantenerse, no mejorarse. La directiva se aplica a transmisiones, pero no prevé resurrecciones» (apdo. 65).

El TJUE es de otro parecer. Aunque en el razonamiento jurídico termina dejando en manos del tribunal nacional la decisión última y en su fallo ni utiliza una forma afirmativa, sino solo potestativa (la situación descrita «puede estar comprendida», no necesariamente lo está, en la directiva), creo absolutamente claro que el TJUE está autorizando a la sala de suplicación a que determine que si hay transmisión de empresa, pese a las dificultades interpretativas en tal caso difícil. Ahora bien, superado este primer obstáculo jurídico viene el segundo. Y aquí el TJUE parece dudar mucho más, por lo que ha querido optar, más que por la «prudencia», como entiende el profesor Rojo, por el estilo del «juez salomónico», intentando contentar a unos y a otros –por lo que seguramente deja insatisfechos a todos–. En efecto, respecto de la pregunta de si el despido colectivo puede tener causa en el traspaso (art. 1.1 Directiva 2001/23/CE) o en razón económica (art. 4.1 Directiva 2001/23/CE), el TJUE prefiere escudarse en su estilo oracular (Luxemburgo no es solo la nueva ciudad de la justicia de mayor trascendencia de la UE, incluso por encima de Estrasburgo, sino también el «Oráculo de Delfos» más celeberrimo de la UE). A su juicio, la cuestión debe responder con el siguiente jeroglífico:

(...) en tales casos, resulta plausible que el despido se haya efectuado por «razones económicas (...) que impliquen cambios en (...) el empleo» (...), siempre que las circunstancias que hayan dado lugar al despido de todos los trabajadores y el retraso en la designación de un nuevo contratista de servicios no formen parte de una medida deliberada destinada a privar a estos trabajadores de los derechos que les reconoce la Directiva 2001/23/CE, extremo que deberá comprobar el tribunal remitente.

Esto es, habrá despido colectivo legítimo siempre que no resulte un fraude, extremo que, lógicamente, solo al juez nacional incumbe calificar. En suma, incierto en la complejidad, una vez que ha decidido no seguir plenamente la propuesta de la Abogacía General, el TJUE decide devolverle la «patata caliente» a la sala que pregunta. La respuesta no puede ser más de perogrullesca. Será la sala de suplicación Social la que deba pronunciarse, aquí sin criterio alguno del TJUE que guíe su decisión hacia la luz de la verdad y la justicia (horizontes ideales en los que este tipo de cuestiones se miran, unas veces más afortunadamente que otras), sobre si hay o no fraude. Ahora bien, en su respuesta, tendrá que tener en cuenta que el despido ya ha sido juzgado y declarado firme. Precisamente, la tercera cuestión planteada por la sala Social vallisoletana se dirigía a remover tan formidable obstáculo, nada menos que la sagrada cosa juzgada. Y, claro, ante tamaño envite jurídico, el TJUE no ha querido arriesgarse a un conflicto supremo en su poder imperial y ha declarado inadmisibile esa tercera cuestión.

Al margen del rapapolvo a la sala que pregunta por no ser precisa, es evidente que ha pesado más su voluntad de no meterse en camisa de once varas. El TJUE puede muchísimo, pero no todo. En suma, aquí la sala de suplicación se queda sola ante el (enorme) peligro y seguramente decidirá, a regañadientes, doblegarse a la firmeza de lo juzgado. Tiempo habrá para doblar al TS, una vez más, el pulso, pero en lid más propicia. O, quién sabe, igual la sala vallisoletana decide no ser tan «prudente» y, con valentía extrema, considerar que el TJUE le ha abierto la puerta a calificar la situación como fraude y, en aras de la justicia comunitaria –art. 47 CDFUE–, no podrá

sino hacer justicia, aunque perezca el mundo sacro del derecho. No lo tendrá fácil, a tenor de la [STS 699/2018, de 2 de julio](#), según la cual, cierto que por una mayoría pírrica –por 1 voto–, en el proceso individual no cabe discutir la causa colectiva acordada.

5. REFLEXIÓN FINAL

Veremos también cómo termina esta nueva historia de lucha por el derecho social justo –sin dejar de ser racional, incluso económicamente, razón de mercado, alma económica de las normas sociales–. Pero estas crónicas y críticas de las novedades que el verano nos dejó no tanto por voluntad soberana de quien hoy maneja el poder del BOE en España, sino por estrictos mandatos o compromisos comunitarios, o europeos en general ([Carta Social Europea](#) en lo que concierne a la recuperación del derecho a la asistencia sanitaria para inmigrantes extracomunitarios en situación irregular), aquí deben llegar a su fin. No sin antes dejar constancia de que hay, al margen de lo que depare la azarosa y atormentada negociación de los presupuestos generales del Estado para 2019, así como los compromisos de contrarreformas legislativas, una «nueva ley del movimiento jurídico-social»: el principio de civilización internacional.