

Capítulo VII

El derecho a un trabajo digno*

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

Desde hace tiempo, el impulso natural del hombre a emplear su fuerza de trabajo a fin de procurarse los medios para subvenir a sus necesidades de índole personal y familiar, ha llevado a reconocer un derecho al trabajo a los ciudadanos¹. Tal pretensión tiene una larga historia². Por vez primera, la Revolución francesa proclamó el derecho al trabajo como un deber de la sociedad y una modalidad de la asistencia social³. Los primeros socialistas atribuyeron a tal derecho una dimensión principal, y el socialismo lo incluyó en una visión más general de la sociedad sin clases⁴. Asimismo, a finales del

* Por José Luis GIL Y GIL.

1. NIKISCH, 1961, p. 43.
2. *Vid.* NIKISCH, 1961, pp. 43 y ss.; RATH, 1974, pp. 24 y ss.; SCHMINCK-GUSTAVUS, 1978; GAMILLSCHEG, 2001, pp. 25 y ss.; HUFEN, 2007, pp. 589 y 590; BORGETTO, 1993, pp. 143 y ss. y 280 y ss. y 2001, pp. 128 y ss.; y VÉRICEL, 2007, p. 180. En la doctrina española, ALARCÓN, 1979, pp. 14 y ss. y SASTRE, 1996, pp. 23 y ss. *Vid.*, asimismo, REVET, 2007, pp. 749 y ss., acerca de la libertad de trabajo.
3. El artículo 21 de la Declaración de derechos de 24 de junio de 1793 proclamaba un deber de la sociedad con respecto a quienes no podían obtener un trabajo para subvenir a sus necesidades: «Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler».
4. NIKISCH (1961, p. 43) menciona las obras: *Traité de l'association domestique-agricole* (1822), de Charles FOURIER; *Théorie du droit de propriété et du droit au travail* (1839), de Victor CONSIDÉRANT, y *Le socialisme, droit au travail* (1848), de Louis BLANC. Por su parte, BORGETTO (2001, p. 130) cita la misma obra de Charles FOURIER, *Organisation du travail* (1845), de Louis BLANC; *Théorie nouvelle d'économie sociale et politique* (1842), de PECQUEUR, y *Le droit au travail et le droit de propriété* (1848), de PROUDHON. *Vid.* también PECES-BARBA (1990), sobre el socialismo y el derecho al trabajo.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

siglo XVIII, J. G. FICHTE trató de fundamentar ese derecho en Alemania⁵. La proclamación del derecho al trabajo en la Constitución de la República de Weimar, de 1919, no pasó de ser una mera promesa⁶. En 1933, la cifra de desempleados alcanzó los seis millones. A la vista de los acontecimientos de aquella época, el constituyente alemán renunció a incluir el derecho al trabajo o a un salario suficiente en la Ley Fundamental de Bonn, de 1949. Poco antes, sin embargo, el párrafo 5 del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 estableció el deber de trabajar, y reconoció el derecho al trabajo como un derecho del individuo y una prerrogativa inherente a la cualidad de hombre y de ciudadano⁷. Con distintos matices, otras Constituciones europeas recogen también el deber de trabajar y el derecho al trabajo⁸.

En España, la Constitución de 1876 reconoció ya la libertad de elección de la profesión u oficio⁹. El Fuero del Trabajo de 1938, el Fuero de los Españoles de 1945 y la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958 proclamaron el derecho al trabajo y el deber de trabajar, así como el derecho a un salario suficiente y a unas condiciones de trabajo dignas¹⁰. Además de garantizar la libertad de elección de la profesión u oficio, la Constitución de 1931 protegía también la dignidad en el trabajo¹¹.

5. Vid. la obra *Grundlagen des Naturrechts*, de 1797, cit. por NIKISCH, 1961, p. 43.
6. El art. 163.2 de la Constitución de la República de Weimar declaraba: «Jedem Deutschen soll die Möglichkeit gegeben werden, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben. Soweit ihm Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann, wird für seinen notwendigen Unterhalt gesorgt».
7. El precepto dispone: «Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi». Y añade: «Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances». Sobre el derecho al trabajo en Francia, vid. LYON-CAEN (1988), BORGETTO (1993, pp. 280 y ss. y 2001), PÉLISSIER, SUPLOT y JEAMMAUD, 2008, pp. 199 y ss., y VÉRICEL, 2007.
8. Vid. SAGARDOY, 1983, pp. 470 y 471.
9. El art. 12 de la Constitución de 1876 dispuso: «Cada cual es libre de elegir profesión y de aprenderla como mejor le parezca».
10. El art. 8 de la parte I del Fuero del Trabajo declaraba que «todos los españoles tienen derecho al trabajo». Las Partes II y III reconocían el derecho del trabajador a unas condiciones de trabajo dignas, en materias tales como la jornada, el descanso semanal, las vacaciones anuales pagadas o el salario suficiente. Según el art. 24 del Fuero de los Españoles, «todos los españoles tienen derecho al trabajo y el deber de ocuparse en alguna actividad socialmente útil». El art. 27 añadía que «todos los españoles serán amparados por el Estado en su derecho a una retribución justa y suficiente, cuando menos, para proporcionar a ellos y a sus familias el bienestar que les permita una vida moral y digna». Por su parte, el Principio X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional establecía: «Se reconoce al trabajo como origen de jerarquía, deber y honor de los españoles, y a la propiedad privada en todas sus formas, como derecho condicionado a su función social». En fin, en virtud del principio XII, «el Estado procurará por todos los medios a su alcance [...] asegurarles las más dignas condiciones de trabajo».
11. El art. 33 de la Constitución preceptuaba: «Toda persona es libre de elegir profesión».

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

El artículo 35.1 CE dispone que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo», así como «a la libre elección de profesión u oficio»¹². A su vez, al referirse al condenado a pena de prisión, el artículo 25.2 CE prescribe que, «en todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social»¹³. Junto a esos preceptos básicos, otros inciden en aspectos complementarios. Así, el artículo 40.1 CE establece que los poderes públicos «de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo»¹⁴. Asimismo, en el artículo 41 CE, la protección contra el desempleo aparece como un elemento básico del régimen público de Seguridad Social. Por otra parte, la CE menciona algunos de los aspectos de la dignidad en el trabajo. Así, el artículo 35.1 CE recoge los derechos del trabajador a la promoción a través del trabajo y a un salario suficiente para subvenir a sus necesidades y a las de su familia, y establece también una prohibición específica de discriminación en estas materias por razón de sexo¹⁵. Además, el artículo 40.2 CE precisa que los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales, y velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacacio-

Se reconoce la libertad de industria y comercio, salvo las limitaciones que, por motivos económicos y sociales de interés general, impongan las leyes». Asimismo, el art. 46.2 señalaba que «la República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna», y añadía que su legislación social regularía, entre otras materias, «el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores».

12. *Vid.*, en particular, ALARCÓN (1979), REVUELTO (1979), MARTÍN VALVERDE (1980), RODRÍGUEZ-PIÑERO (1980), SAGARDOY (1983), IBARRECHE (1996), GÁLVEZ (2001A), MONEREO Y MOLINA (2002A), MARTÍNEZ ABASCAL (2003), BAYLOS (2005), REY (2007, pp. 121 y ss.) y NOGUEIRA (2009).
13. *Vid.* COBO Y BOIX (1983, pp. 96 y ss.), PALOMEQUE (1991, pp. 26 y ss. y 1996, pp. 15-16), SASTRE (1996, pp. 84 y ss. y 137 y ss.), SERRANO (2001), MARTÍNEZ ABASCAL (2003, pp. 1307-1308 y 1330-1331) y SÁNCHEZ (2009).
14. *Vid.* MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 199 y ss.), ECHEVARRÍA (1983 y 1996), GÁLVEZ (2001b), MONEREO Y MOLINA (2002b) y MATÍA (2009).
15. *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO (1980, pp. 27 y ss.), MONTOYA (1980, pp. 289 y ss.), SAGARDOY (1983, pp. 473 y ss.), ALONSO OLEA (1990, pp. 36-37), VALLE (2002) y GARCÍA MURCIA (2002 y 2003). Tal y como señala MARTÍN VALVERDE (1988, p. 61), en una primera aproximación, puede considerarse modesta la incidencia de la CE sobre el derecho individual del trabajo: el art. 35.1 CE sobre los derechos profesionales de los trabajadores no parece introducir grandes innovaciones en relación con los textos vigentes en el momento en que se aprobó la Constitución.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nes periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados¹⁶. En fin, el artículo 35.2 CE dispone que «la ley regulará un estatuto de los trabajadores»¹⁷.

En la elaboración parlamentaria de los artículos 25, 35 y 40 CE, cabe reseñar tres momentos de interés¹⁸. El primero, la presentación de dos enmiendas idénticas al artículo 30 del anteproyecto de la Ponencia (art. 35 del texto definitivo), con los números 254 y 342, por el Grupo de Socialistas de Cataluña y por el Grupo Socialista del Congreso. Pretendían la inclusión del derecho «a la estabilidad en el empleo». Las rechazó la Ponencia, y no volvieron a plantearse. En segundo lugar, la presentación de una enmienda al mismo artículo del anteproyecto, presentada con el número 483 por el Grupo Mixto del Congreso, con la firma de los diputados Morodo y Caaño, a tenor de la cual se pretendía incluir el siguiente párrafo: «Los poderes públicos protegen el derecho de todos los trabajadores a un puesto de trabajo digno y de acuerdo con su aptitud profesional». Aun prometedora, la fórmula corrió igual suerte que la anterior. Por último, cabe mencionar la enmienda defendida en el seno de la Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas el 23 de mayo de 1978 por el diputado López Rodó. Tendía a eliminar el párrafo del artículo 24 (25 del texto definitivo) en que se reconoce el derecho de los reclusos a un trabajo remunerado, lo que para dicho diputado constituía, o una reiteración innecesaria, o una invitación a entrar en prisión al millón de españoles parados¹⁹.

El Tribunal Constitucional ha precisado el alcance del derecho general

16. *Vid.* ECHEVARRÍA (1996, pp. 83 y ss.), GÁLVEZ (2001b), PEDRAJAS (2002), MOLINA NAVARRETE (2002) y MATÍA (2009). Tampoco el art. 40.2 CE, que contempla como deberes de los poderes públicos algunas instituciones clásicas del derecho del trabajo, llama la atención por su novedad o por su grado de exigencia: *vid.* MARTÍN VALVERDE, 1988, pp. 61-62.
17. *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO (1980, pp. 23-24 y 1990), SAGARDOY (1983, pp. 476 y ss. y 1990) y MORENO (2002). En palabras de MARTÍN VALVERDE (1988, p. 62), la parquedad de la CE se compensa, en buena medida, con el encargo del constituyente al legislador para que apruebe una ley del estatuto de los trabajadores, destinada a perfilar y concretar la tabla de derechos y deberes profesionales.
18. *Vid.* ALARCÓN (1979, p. 28) y, asimismo, GÁLVEZ (2001, pp. 808-809).
19. En concreto, el diputado afirmó: «Este texto, una de dos: o es un texto reiterativo respecto del artículo 33 [hoy 35] del proyecto constitucional... o si lo que se pretende es reconocer a los presos un derecho privilegiado... entonces esto me parece injusto. ¿Qué quiere decir este "derecho" a un trabajo remunerado? ¿Quiere decir que el Estado está obligado a facilitarles un puesto de trabajo? Pues entonces, podríamos, por reducción al absurdo, pensar que el millón de parados que desgraciadamente tenemos en España van a estar todos dispuestos a ingresar en prisión para que se les facilite un puesto de trabajo remunerado, y esto, señores, es verdaderamente grotesco» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 1978, n° 72, p. 2591).

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

al trabajo²⁰ y del derecho al trabajo de los penados²¹, y ha justificado la desigualdad de trato entre los españoles y los extranjeros que establece el artículo 35.1 CE²². Asimismo, ha interpretado el sentido de la encomienda al legislador para que regule un estatuto de los trabajadores²³, ha deducido del derecho al trabajo una protección contra el despido injustificado²⁴, y ha declarado la inconstitucionalidad de la fijación de un límite de edad para la prestación de servicios y de una jubilación obligatoria incondicionada del trabajador²⁵.

En la materia laboral propiamente dicha²⁶, el artículo 149.1.7ª CE atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas²⁷. En esa disposición, el término legislación se usa en sentido amplio o material, y comprende tanto las leyes como los reglamentos, puesto que a las Comunidades Autónomas se confieren, tan sólo, potestades de ejecución, no reglamentarias, para el desarrollo de las leyes²⁸.

Aparte de la asistencia social, las Comunidades Autónomas pueden ejer-

-
20. SSTC 22/1981 y 192/2003. El primer párrafo del art. 35.1 CE configura el trabajo con la doble vertiente del deber y del derecho (STC 223/1992, FJ 3).
 21. Las SSTC 127/1989, 172/1989 y 17/1993 señalan que el derecho al trabajo y a la Seguridad Social no es exigible de manera inmediata y general, aunque la Administración penitenciaria está obligada a crear y ofertar cuantos puestos de trabajo permitan sus disponibilidades presupuestarias.
 22. STC 107/1984.
 23. STC 227/1998.
 24. SSTC 22/1981, 20/1994 y 192/2003.
 25. STC 22/1981.
 26. La legislación laboral no es la que se refiere, de forma genérica, al mundo del trabajo. En sentido concreto y restringido, por tal hay que entender la que regula directamente la relación laboral, es decir, «la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios, en favor de los que y bajo la dirección de quienes se prestan estos servicios» (STC 35/1982, FJ 2). Sin embargo, la STC 195/1996 parece ampliar esta delimitación estricta, al considerar que las materias de colocación, empleo, ayudas de fomento del empleo y formación profesional ocupacional se insertan también, sin dificultad, en la «legislación laboral» (FJ 5).
 27. El Tribunal Constitucional ha precisado el alcance del precepto, entre otras muchas, en las sentencias 18/1982, 35/1982, 39/1982, 7/1985, 17/1986, 249/1988, 86/1991 y 360/1993. Sobre las competencias en materia de formación profesional ocupacional, *vid.* las SSTC 95/2002, 190/2002 y 230/2003.
 28. De este modo, la materia laboral es inaccesible al poder legislativo de las Comunidades Autónomas. El Estado es la fuente única de las normas laborales, lo que significa que a las Comunidades Autónomas no les queda ningún espacio de regulación externa (STC 195/1996, FJ 11), habida cuenta de la exigencia de uniformidad que informa el título competencial del Estado sobre la legislación laboral (STC 227/1998, FJ 9).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cer competencias legislativas en materias no estrictamente laborales, pero conexas con éstas. Así sucede, por ejemplo, en materia de empleo. El empleo está estrechamente ligado a las competencias comunitarias económicas sobre industria y sobre reestructuración o reconversión industrial, o al desarrollo socioeconómico y a la ordenación del territorio autonómico, que deben ejercerse con respeto de las competencias del Estado sobre las bases y la coordinación de la actividad económica (art. 148.1.13^o CE). Las Comunidades Autónomas disponen de Planes de Empleo. La intervención autonómica puede tener una gran relevancia, al afectar el desempleo de modo diverso a las distintas regiones españolas y al hallarse las políticas públicas en una relación estrecha con las peculiaridades de cada territorio. Las Comunidades Autónomas también pueden asumir competencias legislativas en otros terrenos, como la formación profesional no comprendida dentro de la legislación laboral²⁹, las sociedades cooperativas u otras materias³⁰. Asimismo, en la lucha contra la exclusión social, las Comunidades Autónomas llevan a cabo distintas acciones de fomento del empleo y de la ocupabilidad. En el marco de sus competencias, algunas Comunidades Autónomas han elaborado Planes de inclusión social o de lucha contra la exclusión social; otras disponen de leyes específicas en ese ámbito. De este modo, pese a la aparente claridad de la Constitución, resulta un sistema complejo, en el que actúan los distintos poderes públicos.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

Diversos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho fundamental al trabajo. En el plano universal, la DUDH de 1948, consagra el derecho de toda persona al trabajo, a la libre elección del mismo, a la protección contra el desempleo, a un salario igual por trabajo igual, a condiciones equitativas y satisfactorias en el trabajo y a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure al trabajador y a su familia una vida digna (art. 23). Asimismo, el PIDESC proclama el derecho al trabajo en un sentido general en su artículo 6^o³¹ y desarrolla, de modo explícito, la dimensión individual

29. *Vid.* las SSTC 95/2002, FF JJ 8, 9 y 10, y 190/2002, FF JJ 6 y 7, sobre la formación profesional permanente o continua como bloque material de la legislación laboral.

30. Así, no es legislación laboral la regulación de la contratación obligada de empleados laborales cualificados (guardas de caza) al servicio de titulares de cotos privados de caza con el fin de vigilar el cumplimiento de las normas autonómicas sobre caza (STC 14/1998, FJ. 9), ni la relativa al mantenimiento de los puestos de trabajo ante el cambio de autorización administrativa para las oficinas de farmacia (STC 109/2003, FJ 10 c).

31. El art. 6 del Pacto define el derecho al trabajo de manera general y no exhaustiva. Según el párrafo primero, los Estados Partes reconocen «el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

del derecho al trabajo mediante el reconocimiento, en el artículo 7, del derecho de toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en especial la seguridad de las condiciones de trabajo³². La dimensión colectiva del derecho al trabajo se aborda en el artículo 8, que estipula el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al sindicato de su elección, así como el derecho de los sindicatos a funcionar libremente. Cuando se redactó el artículo 6 del Pacto, la Comisión de Derechos Humanos afirmó la necesidad de reconocer el derecho al trabajo en sentido lato y de estipular obligaciones jurídicas precisas, y no un simple principio de alcance filosófico³³. El 24 de noviembre de 2005, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha aprobado la Observación General n° 18, sobre «El derecho al trabajo» (OG 18).

Otros instrumentos universales y regionales de derechos humanos reconocen el derecho al trabajo. Así, el derecho al trabajo figura en el apartado artículo 8.3.a) PIDCP de 1966; en el artículo 5.e), i) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el artículo 11.1.a) de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; en el artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, y en los artículos 11, 25, 26, 40, 52 y 54 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, de 1990, no ratificada por España. Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha elaborado normas sobre el empleo y para proteger a los

para garantizar este derecho». En el párrafo segundo, los Estados Partes reconocen que, «para lograr la plena efectividad de este derecho», habrán de adoptar medidas, entre las que deberán figurar «la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana».

32. El art. 7 dispone que «los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos».
33. Comisión de Derechos Humanos, 11º período de sesiones, tema 31 del programa, A/3525, 1957.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

trabajadores en los casos de despido. Así, por ejemplo, el Convenio n° 122, de 1964, sobre la política de empleo, habla de «pleno empleo, productivo y libremente elegido», y vincula la obligación de los Estados Partes en lo relativo a crear las condiciones de pleno empleo con la obligación de velar por la eliminación del trabajo forzoso. El Convenio n° 2, de 1919, se ocupa del desempleo, y el Convenio n° 88, de 1948, del servicio del empleo. De gran importancia es el Convenio n° 158, de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

En el ámbito regional, varios instrumentos reconocen el derecho al trabajo en su dimensión general, y reafirman el principio de que el respeto de tal derecho impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas dirigidas al logro del pleno empleo. Así, cabe mencionar la Carta Social Europea, de 1961³⁴ y la Carta Social Europea Revisada, de 1996, firmada pero no ratificada por España, que regula además el derecho a la protección contra el despido injustificado³⁵.

De igual modo, el Derecho de la Unión Europea reconoce el derecho al trabajo, a la libre elección de la profesión u oficio y a la libertad de circulación de trabajadores, así como a unas condiciones de trabajo dignas, y protege contra el despido injustificado³⁶. La libertad profesional la reconoce la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁷. La libertad de circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios son libertades fundamentales que reconoce el derecho originario³⁸. La CDF garantiza también estos derechos³⁹, en el capítulo dedi-

34. El art. 1 de la Parte I establece que «toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegidos». Bajo el epígrafe «derecho al trabajo para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo», el art. 1 de la Parte II señala: «Las partes contratantes se comprometen: 1) A reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo. 2) A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido. 3) A establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores. 4) A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas».

35. El art. 1 de la Parte II regula el derecho al trabajo, y el art. 24, la protección contra el despido injustificado.

36. *Vid.* SEMPÈRE y CANO, 2002, pp. 23 y ss., y ARASTÉY, 2005.

37. SSTJCE de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, *Nold*; 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79, *Hauer*; y 8 de octubre de 1986, asunto 234/85, *Keller*.

38. Arts. 45, 49 y 56 y ss. TFUE.

39. El art. 15 CDF dispone: «1) Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. 2) Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro». *Vid.* un comentario al precepto en CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2001, p. 33; BRAIBANT, 2001, pp. 133 y ss., y PRADOS y SÁEZ, 2004, pp. 208 y

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

cado a los derechos de libertad, y no en los derechos de solidaridad. Además, prohíbe el trabajo forzado⁴⁰ y el trabajo infantil, y obliga a proteger a los jóvenes en el trabajo⁴¹. A su vez, recoge el derecho de toda persona a acceder a un servicio gratuito de colocación⁴² y a unas condiciones de trabajo justas y equitativas⁴³.

El Derecho de la Unión Europea protege también al trabajador contra el despido injustificado⁴⁴. Así, el artículo 30 CDF reconoce el derecho a la protección en caso de despido injustificado, «de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales»⁴⁵. El derecho derivado desarrolla esta garantía. Así, las directivas sobre despidos colectivos⁴⁶, protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario⁴⁷ y transmisión de empresa⁴⁸ contienen reglas que inciden en la garantía del trabajador frente al despido. Junto a ellas, la protección frente al despido deriva también de las disposiciones comunitarias sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo y la conciliación de la vida

ss., y, en general, GIL y USHAKOVA, 2003, sobre los derechos sociales en la CDF y PRADOS y SÁEZ, 2004, sobre tales derechos en el proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. En la redacción dada por el Tratado de Lisboa, el art. 6.1 TUE dispone que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de abril de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

40. El párrafo segundo del art. 5 CDF señala que «nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio». *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2001, pp. 18-19, y BRAIBANT, 2001, pp. 102 y ss.
41. El art. 32 preceptúa: «Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas». Y añade: «Los jóvenes admitidos a trabajar deben disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación». *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2001, p. 49, y BRAIBANT, 2001, pp. 184 y ss.
42. El art. 29 precisa que «toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación». *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2001, p. 47, y BRAIBANT, 2001, p. 179.
43. El art. 31 establece: «1) Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad. 2) Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas». *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2001, p. 48, y BRAIBANT, 2001, pp. 181 y ss.
44. *Vid.* ARASTAY, 2005, pp. 372 y ss., y GIL y SAGARDOY, 2007, pp. 59 y ss.
45. *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2001, p. 47, y BRAIBANT, 2001, pp. 180-181.
46. Directiva 98/59/CE, de 20 de julio.
47. Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre.
48. Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

familiar y laboral⁴⁹, y sobre la discriminación por razones de origen racial o étnico⁵⁰, o de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual⁵¹. Así pues, el derecho social europeo ofrece una protección indirecta frente al despido, al prohibir los despidos discriminatorios o por represalia o ciertas causas de despido, como la transmisión de empresa o la negativa a pasar de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa⁵². En fin, la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores garantiza también la libertad profesional⁵³.

1.4. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

De acuerdo con el artículo 35.2 CE, la ley regulará un estatuto de los trabajadores. Como ha subrayado la STC 227/1998, el artículo 35.2 CE no sólo contiene una reserva de ley en materia de relaciones laborales, sino también una garantía de instituto de la categoría de trabajador. El legislador no puede desnaturalizar el concepto de trabajador⁵⁴. Aprobado en 1980, y modificado en varias ocasiones, el Estatuto de los Trabajadores (ET) es la ley básica que regula los derechos y obligaciones de las partes de la relación laboral. El texto en vigor es el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores. El artículo 4.1.a) ET reitera que los trabajadores tienen, como derechos básicos, con el contenido y alcance que disponga su normativa específica, el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio. El ET contempla también distintos aspectos de la dignidad en el trabajo, como la protección frente al acoso discriminatorio y al acoso sexual y por razón de sexo [art. 4.2.e) ET], el derecho a la promoción a través del trabajo (arts. 22, 24 y 25 ET) y a un salario mínimo (art. 27 ET), a la igualdad de remuneración por razón de sexo (art. 28 ET), y a la limitación de la jornada y a descansos, permisos y vacaciones (arts. 34 y ss. ET). Cuestiones tales como

49. Directivas 2006/54/CE, de 5 de julio; 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, de 3 de junio.

50. Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio.

51. Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre.

52. Para mayores detalles, *vid.* GIL y SAGARDOY, 2007, pp. 60 y ss.

53. El art. 4 señala que «toda persona tiene derecho a la libertad de elección y de ejercicio de una profesión, con arreglo a las disposiciones que rigen cada profesión».

54. En palabras de Díez-PICAZO (2005, p. 488), «la ley no puede prescindir del concepto jurídico de trabajador, ni regularlo de manera irrazonable o discriminatoria». El autor citado añade que «tal vez cupiera también ver en el artículo 35.2 CE un mandato constitucional de que haya un estatuto, en singular», lo que «equivaldría a afirmar que sobre el legislador pesa la obligación de mantener codificado el derecho del trabajo, que es competencia exclusiva del Estado [art. 149.1.7ª CE]».

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

las modalidades del contrato de trabajo o las relaciones laborales de carácter especial se hallan desarrolladas en normas reglamentarias.

Por otro lado, la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, regula las cualificaciones y la formación profesional, y el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, el subsistema de formación profesional para el empleo. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, se ocupa de la prevención de riesgos laborales (LPRL). Distintos reglamentos han desarrollado esa materia. Pueden citarse: el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que aprueba el reglamento de los servicios de prevención de riesgos laborales; el Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, sobre el régimen de funcionamiento de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social como servicio de prevención ajeno, y la Orden TAS/3623/2006, de 28 de noviembre, acerca de las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social y la financiación de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales.

A su vez, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, perfila el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en lo que hace al ejercicio de las políticas activas y pasivas de empleo⁵⁵. Las prestaciones por desempleo, en los niveles contributivo y no contributivo, se hallan reguladas en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)⁵⁶. En general, la protección por desempleo sólo se otorga a quienes han trabajado.

55. Según la exposición de motivos, la ley tiene por objetivo incrementar la eficiencia del funcionamiento del mercado de trabajo y mejorar las oportunidades de incorporación al mismo para conseguir el objetivo del pleno empleo, lo que se traduce en ofrecer a los desempleados, bajo los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación, transparencia, gratuidad, efectividad y calidad en la prestación de servicios, una atención preventiva y personalizada por los servicios públicos de empleo, con especial atención a los colectivos desfavorecidos, entre los cuales ocupan un lugar preferente las personas con discapacidad. Añade la exposición de motivos que las políticas de empleo deben funcionar como instrumentos incentivadores para la reincorporación efectiva de los desempleados al mercado de trabajo, estimulando la búsqueda activa de empleo y la movilidad geográfica y funcional. La ley regula el Sistema Nacional de Empleo, integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal –que sustituye al Instituto Nacional de Empleo– y los Servicios Públicos de las Comunidades Autónomas. Sus órganos son la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, y sus instrumentos, el Plan nacional de acción para el empleo, el Programa anual de trabajo del Sistema Nacional de Empleo y el Sistema reinformación de los Servicios Públicos de Empleo. En fin, la ley define y regula la intermediación laboral, instrumento básico de la política de empleo, en la que cabe la colaboración con la sociedad civil, con respeto a los principios constitucionales y de acuerdo a criterios de objetividad y eficacia. La ley establece también un concepto más moderno de las políticas activas de empleo, que se complementan y relacionan con la prestación económica por desempleo y se articulan en torno a itinerarios de atención personalizada a los demandantes de empleo, en función de sus características y requerimientos personales y profesionales.

56. Arts. 203 y ss. LGSS. En lo que no se oponga a la ley, sigue en vigor el RD 625/1985,

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La Ley 20/2007, de 11 de julio, regula el estatuto del trabajador autónomo⁵⁷. En el preámbulo de la ley, el legislador invoca los artículos 38, 35.1, 40.2 y 41 CE, y señala que esas referencias constitucionales no tienen por qué circunscribirse al trabajo por cuenta ajena, pues la propia CE así lo determina, cuando emplea el término «españoles» en el artículo 35 o el de «ciudadanos» en el artículo 41, o cuando encomienda a los poderes públicos, en el artículo 40, la ejecución de determinadas políticas, sin precisar que sus destinatarios deban ser tan sólo los trabajadores por cuenta ajena⁵⁸. Entre las novedades de la ley, destaca el reconocimiento de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente. Tal y como sucede en otros países, como Alemania o Italia, el legislador dota de ciertos derechos profesionales a los trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata.

2. CONCEPTO

El término «trabajo» tiene varios sentidos o acepciones que, aunque no coincidan de forma exacta, guardan entre sí un parentesco muy próximo⁵⁹. Habitualmente, se habla de «trabajo» («desempeñar un trabajo», «desarrollar un trabajo») como actividad productiva, como aplicación o ejercicio de facultades humanas para la producción de medios y condiciones de vida. Otras veces se habla de «trabajo» («encargar un trabajo», «entregar un trabajo») como resultado de esa actividad productiva, como materialización o concreción de un esfuerzo laboral. En otras ocasiones, la palabra «trabajo» («encontrar o perder un trabajo») se utiliza como sinónimo de empleo u ocupación en la esfera mercantil del sistema de producción. En fin, en una acepción frecuente en el análisis económico, como sucede en la expresión «división del trabajo», «trabajo» equivale a veces a producción o actividad productiva agregada o globalizada. De todas esas acepciones, la de uso más frecuente, y también la que emplea el término con más propiedad, es la de trabajo-actividad. De todas maneras, las acepciones trabajo-resultado, trabajo-empleo y

de 2 de abril, por el que se desarrolla la ya derogada Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.

57. Ya antes, *vid.* el estudio esencial de SAGARDOY, 2004.

58. También NOGUEIRA (2009, p. 930) señala que muchos de los derechos que reconoce el art. 35 CE no se ciñen de forma exclusiva al trabajo dependiente y, en principio, son predicables fuera de éste, en ausencia de una regulación constitucional específica.

59. En lo que queda de párrafo, seguimos a MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA, 2010, pp. 46-47.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

trabajo-producción desvelan también aspectos interesantes desde el punto de vista jurídico-laboral.

Los principales tipos de prestación de trabajo, con trascendencia jurídica, pueden clasificarse en: trabajo por cuenta propia y trabajo por cuenta ajena; trabajo autónomo y trabajo dependiente; trabajo libre y forzoso y, en fin, trabajo a título oneroso y trabajo benévolo⁶⁰. Según el punto de vista doctrinal que se adopte, la clasificación más importante es la que contrapone el trabajo por cuenta propia al trabajo por cuenta ajena, o bien la que distingue entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente. En efecto, existe una discusión permanente entre los autores que consideran la ajenidad, o bien la dependencia, como el criterio distintivo del trabajo que se presta mediante un contrato de trabajo. La clasificación que distingue entre el trabajo libre y el trabajo forzoso es decisiva para el estudio de la historia del derecho y, aunque ha perdido un papel protagonista, sigue conservando virtualidad en los ordenamientos contemporáneos, pues su consideración permite apreciar las implicaciones del principio de libertad de trabajo. A su vez, el tipo del trabajo a título oneroso y del trabajo benévolo suele estar normalmente en función de los términos de la clasificación básica, que, en mi opinión, es la que diferencia entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente.

El objeto del derecho al trabajo es el trabajo humano y productivo. El bien jurídico que protege el derecho al trabajo es la *vita activa*, entendida como el despliegue de las energías individuales a fin de producir bienes y servicios de cualquier índole, tanto para ganarse el sustento, como para desarrollar la propia personalidad⁶¹. Según las distintas visiones, el trabajo es un derecho o un deber, un acto de libertad y creación o un sufrimiento y un castigo, un bien de la persona o un bien de la colectividad. El trabajo es una noción ambivalente, que evoca tanto la libertad y la creación, como el padecimiento y la fatiga de una actividad que no constituye su propio fin⁶². Así, ya desde los primeros versículos, la Biblia pone de relieve la dualidad del trabajo⁶³: por un lado, permite la creación y transformación del mundo⁶⁴; por otro, supone un castigo y una maldición por la tentación y caída⁶⁵; así-

60. Vid. MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA, 2010, pp. 49 y ss.

61. DÍEZ-PICAZO, 2005, p. 485.

62. SUPIOT, 1994, p. 3.

63. Vid. PONTIFICIO CONSEJO «JUSTICIA Y PAZ», 2005, pp. 133 y ss., acerca del trabajo humano en la doctrina social de la Iglesia.

64. Gén. 1, 28 y 31, y 2, 2-3.

65. Gén. 3, 17-19.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mismo, es tanto un derecho como un deber⁶⁶. Pese a algunas apariencias contrarias⁶⁷, la Biblia valora positivamente el trabajo⁶⁸. De ese modo, en la tradición judeo-cristiana, ha prevalecido la idea de que el trabajo es una parte integrante de la condición humana, y de que resulta esencial, tanto para el individuo como para la sociedad. El trabajo permite al hombre vivir con dignidad, desarrollarse como persona e integrarse en la sociedad. Sobre todo en la ética protestante, el trabajo es el modelo de la realización del hombre en la tierra⁶⁹. Así pues, en la civilización occidental, el trabajo es una fuente de realización personal y de integración social⁷⁰.

En el ordenamiento jurídico español, el derecho al trabajo es un verdadero derecho fundamental, al que resulta aplicable el régimen jurídico general de los derechos fundamentales, tal y como lo formula el artículo 53.1 CE⁷¹.

El artículo 35.1 CE agrupa la libertad de elección de la profesión u oficio, el derecho al trabajo y el deber de trabajar⁷². En el precepto, el orden

66. La Biblia impone también el deber de trabajar. En sus cartas, San Pablo exhorta a los cristianos a no vivir a expensas de los demás: *vid.* 1 Tes. 4, 11 y 2 Tes. 3, 6-12. Y afirma, con contundencia: «El que no trabaje, que no coma» (2 Tes. 3, 10).
67. Gén. 3, 17-19; Sal. 90, 10; Qo. 2, 11, y Si. 38, 24 ss.
68. Gén. 1, 28 y 31; 2, 2-3 y 15; Éx. 20, 9; Dt. 5,12; Prov. 6,6; 10, 4-5; Sab. 14,2; Si. 7, 15 y 38, 32 y 34. Dios bendice el trabajo (Dt. 14, 29; 16, 15; 28, 12, y Sal. 128, 2).
69. WEBER, 1905.
70. *Vid.* SUPLOT, 1994, pp. 45 y ss. Tal concepción se inspira en ADAM SMITH, que concebía el trabajo como una fuente de valor; en MARX, para quien el trabajo es un medio de realización, y en DURKHEIM, que consideraba el trabajo como un vehículo de integración: *vid.* GIL, 1996, p. 16.
71. La doctrina ha mantenido una concepción amplia de los derechos fundamentales, que engloba también a los contenidos en la sección segunda del capítulo segundo del título I de la CE: *vid.* CRUZ (1989, pp. 36 y ss.; 1991, pp. 126 y ss. y 1993, pp. 413 y ss.), MEDINA (1996, pp. XIII-XIV), BALAGUER y otros (1999, pp. 52-53), PÉREZ ROYO (2002, pp. 284-285) y DíEZ-PICAZO (2005, pp. 63 y ss.). Así, CRUZ (1989, p. 39) escribe: «La tesis que aquí se sostiene es la de que "derechos fundamentales" en el sentido de nuestra Constitución, y con la sola reserva de su significado más restringido en el artículo 81.1 CE, son los derechos contenidos en el capítulo segundo del título I de la misma. En otras palabras: nuestros derechos fundamentales son, básicamente, los derechos y libertades que nuestra Constitución reconoce a lo largo de sus artículos 14 a 38. Entiendo, pues, que el significado restringido, que por lo demás me parece inobjetable, de los "derechos fundamentales" es absolutamente excepcional y operativo sólo en relación con la reserva de ley orgánica y que cuantas veces –fuera de este supuesto– el Tribunal se pronuncia acerca de los "derechos fundamentales" lo hace refiriéndose a los derechos y libertades del capítulo segundo del título I de la Constitución».
72. En opinión de RODRÍGUEZ-PIÑERO (1980, p. 24), el precepto agrupa tres nociones distintas, pero conexas. Para ALARCÓN (1979, p. 5), «si el derecho al trabajo impone al Estado la tarea de procurar ocupación a todos sus ciudadanos, la libertad profesional acentúa esa carga de los poderes públicos en el sentido de que la ocupación propor-

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

sistemático es el contrario, lo que ha suscitado algunas críticas doctrinales⁷³. Desde un punto de vista conceptual, y al margen de la quizá no muy feliz redacción, la premisa de la que debe partirse es la libertad de trabajo, que supone la prohibición del trabajo forzoso y la libertad de elección de la profesión u oficio⁷⁴. Pero el texto constitucional no se limita a proteger la libertad de trabajo, sino que reconoce también, y de forma separada, un derecho al trabajo⁷⁵. Según una interpretación sistemática de la Constitución, el derecho al trabajo no se agota en el reconocimiento de la libertad de trabajo, o en el establecimiento de prestaciones de desempleo o de una política encaminada al pleno empleo. Aun englobando esos aspectos, el derecho al trabajo tiene un contenido normativo más amplio, que deben respetar, proteger y realizar los poderes públicos⁷⁶. Con la atribución del derecho al trabajo, no sólo se pretende asegurar la existencia de los que no poseen otra riqueza productiva que su fuerza de trabajo, sino también reconocer que el trabajo mismo forma parte de la personalidad del hombre, y que éste no puede desarrollar plenamente su personalidad sin la posibilidad efectiva de realizar un trabajo⁷⁷. El reconocimiento constitucional del deber de trabajar y del derecho al trabajo puede analizarse, *prima facie*, como la imposición de un deber moral de trabajar y de un derecho correlativo a obtener y a conservar una ocupación remunerada o, en su caso, una prestación por desempleo⁷⁸. El deber de trabajar debe entenderse con carácter relativo: no puede

cionada habrá de respetar la libertad de opción del individuo; pero, al propio tiempo, éste no podrá sustraerse al trabajo, que queda así configurado como un derecho-deber». Por su parte, BAYLOS (2005, p. 19) señala que el art. 35 CE relaciona tres conceptos, pero que el conjunto gira en torno a la noción central del derecho al trabajo.

73. *Vid.* MANCINI, 1980, pp. 51-52, y RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1980, pp. 24-25.

74. RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1980, p. 24. En el Derecho francés, *vid.* REVET, 2007, acerca de la libertad de trabajo.

75. RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1980, pp. 24-25.

76. Según la STC 192/2003, FJ 3, la libertad de trabajo está comprendida en el derecho al trabajo que reconoce el art. 35.1 CE.

77. RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1980, p. 25.

78. *Vid.* BORGETTO, 2001, pp. 133 y ss., y VÉRICEL, 2007, p. 180. Tal y como señala REVET (2007, p. 757), el deber de trabajar no existe como una obligación jurídica; la afirmación de ese deber marca, tan sólo, la importancia social del trabajo. En nuestro ordenamiento jurídico, ALONSO OLEA (1990, p. 34) habla de un «complejo derecho-deber», y añade que el deber de trabajar es relativo e incoercible. También Díez-PICAZO (2005, p. 486) considera que, en la imposición del deber de trabajar, es difícil ver algo más que una admonición moral. Por su parte, MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 187-188) escribe que el derecho al trabajo y el deber de trabajar pueden presentarse, o fundidos en una misma posición jurídica subjetiva –el derecho-deber de realizar una ocupación productiva–, o vinculados por razón de la materia, como dos posiciones jurídicas de los ciudadanos, de distinta naturaleza y problemática, que recaen sobre el mismo objeto de la actividad profesional: la posición de pretensión frente al Estado de un puesto de trabajo, y la posición de deuda (moral o jurídica) de una contribución

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

obligarse a trabajar mediante compulsión o fuerza, ni mediante pena, lo que equivaldría a implantar un sistema de trabajo forzoso⁷⁹. El deber de trabajar no puede configurarse como una obligación coercible⁸⁰, ni constituye, en rigor, un deber constitucional⁸¹. Aun así, el incumplimiento del deber de trabajar posee una trascendencia jurídica⁸², y legitima eventuales medidas legales contrarias a la holganza⁸³. Así, no puede aspirar a la protección por desempleo quien, pudiendo y teniendo oportunidad de trabajar, deja de hacerlo de forma voluntaria⁸⁴. También pierde las prestaciones por desempleo quien rechaza una oferta de empleo adecuada⁸⁵.

La idea de la dignidad en el trabajo hunde también sus raíces en la tradición cristiana⁸⁶. La Biblia impone el descanso sabático como algo sa-

personal al esfuerzo laboral de la colectividad. MARTÍN VALVERDE (pp. 193 y ss.) opina que el ordenamiento constitucional español ha acogido la segunda configuración. Para el autor citado, el deber de trabajar no es un deber jurídico propiamente dicho, sino un simple deber moral, como decía el art. 163 de la Constitución de Weimar, o una mera obligación social, como señalaba el art. 46 de la Constitución de la II República española.

79. ALONSO OLEA, 1990, p. 34.

80. Vid. MARTÍN VALVERDE (1980, p. 196), quien añade que tal imposición violaría los derechos de libre actividad (art. 17 CE) y de libertad de residencia y desplazamiento (art. 19 CE), y la prohibición expresa de los trabajos forzados en el ámbito de las instituciones penitenciarias y preventivas (art. 25.1 CE). ALONSO OLEA (1990, p. 34) acoge esta idea. Vid. también SASTRE, 1996, pp. 91 y ss.

81. Vid. Díez-PICAZO (2005, pp. 486-487), para quien el deber de trabajar no puede justificar restricciones legales de la libertad de las personas, consistentes en la imposición de trabajos forzados, porque vulnerarían la dignidad humana (art. 10.1) y, sobre todo, los arts. 4 CEDH y 8 PIDCP, que prohíben expresamente el trabajo forzado.

82. Vid. MARTÍN VALVERDE (1980, p. 195) y ALONSO OLEA (1990, pp. 34-35) en la doctrina española y LYON-CAEN (1988, p. 206), BORGETTO (2001, pp. 134-135) y VÉRICEL (2007, p. 189) en la doctrina francesa.

83. Vid. Díez-PICAZO (2005, pp. 486-487). El autor escribe: «Con todo, que el deber de trabajar del artículo 35.1 CE no sea un genuino deber constitucional no priva de cualquier significación jurídica a esta fórmula, pues siempre cabe entender que la cláusula general de libertad –todo lo no prohibido está permitido– no equivale a un hipotético "derecho a la pereza". Ciertamente, nadie puede ser forzado a trabajar; pero la mención de un deber de trabajar en el artículo 35.1 CE da cobertura a eventuales medidas legislativas –p. ej., de índole fiscal– desfavorables para la holganza. El libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), sobre el que se apoya la cláusula general de libertad, ha de encauzarse a través de la *vita activa* (art. 35.1 CE), de manera que no cabe invocar la Constitución para tutelar la pereza».

84. Arts. 203, 207.c) y 208 LGSS.

85. Art. 213.1.c) LGSS y arts. 25.4 y 47 LISOS.

86. Vid. JUAN PABLO II (1981, pp. 25 y ss. y 46 y ss.) y PONTIFICIO CONSEJO «JUSTICIA Y PAZ» (2005, pp. 139 y ss., y 154). LANARI (2005, pp. 114-115) constata que el término *trabajo digno* lo usan con mayor frecuencia quienes poseen creencias religiosas, como los sindicatos de raíz cristiana.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

grado⁸⁷, y reconoce al trabajador el derecho a un salario justo⁸⁸, que el empresario ha de pagar sin dilación⁸⁹. La doctrina social de la Iglesia ha reafirmado esa exigencia. Aun así, otras concepciones, como el socialismo, postulan también el reconocimiento de la dignidad del hombre en el trabajo. El derecho del trabajo es el producto de diversas ideologías o visiones del mundo⁹⁰.

En el logro de la justicia social, resulta decisiva la lucha de la clase trabajadora por superar los esquemas del derecho privado decimonónico. En los comienzos de la Revolución industrial, prevalecía el individualismo jurídico, que consagró el dogma de la autonomía de la voluntad y la abstención normativa en la regulación de los aspectos contractuales. Las partes de un contrato eran libres para realizar los pactos que tuviesen por conveniente, con el solo límite del respeto a la ley, a la moral y al orden público⁹¹. Premisa de tal regulación era el concepto de igualdad formal ante la ley, y el rechazo explícito de la desigualdad material. Los Códigos civiles que se inspiran en el de Napoleón adoptan, pues, como modelo antropológico, al ser libre, independiente, autónomo, igual ante la ley, que dispone de una propiedad que lo sustenta y es capaz de defender por sí mismo sus intereses en la negociación, conclusión y ejecución del contrato. Los conceptos jurídicos del derecho civil se ajustan a dicho modelo, y buscan la satisfacción de los intereses privados del hombre. Al no tomar en cuenta el poder social y la dependencia que el mismo produce, el derecho civil tenía muy poco que ofrecer al trabajador, cuyo único bien era su fuerza de trabajo.

En nuestro país, la Ley de 6 de diciembre de 1836 y, previamente, en cierta forma, el Decreto de 20 de enero de 1834, establecieron definitivamente la libertad de trabajo. A partir de ese momento, la relación de trabajo se rigió conforme a la libertad contractual de las partes, así en su nacimiento, como en su contenido, desarrollo y extinción. La supresión de la regulación heterónoma, antes llevada a cabo por los gremios, motivó la miseria de la clase obrera. Acuciados por la necesidad y el régimen de libre competencia, los trabajadores se veían obligados a aceptar las condiciones de trabajo que

87. Éx. 20, 8-11; 23, 12; Lev. 23,3; n° 15, 32-36; Dt. 5, 12-15; Heb. 4, 9-10, y Ef. 2, 10. Gen. 2, 1-3 presenta a Dios creando el mundo al ritmo de la semana israelita.

88. Jer. 22, 13; Mal. 3,5; Lc. 10, 7, y Sant. 5, 4.

89. Lev. 19, 13; Dt. 24, 14-15, y Tob. 4, 14.

90. En palabras de HEPPLÉ (1986, p. 47), «el Derecho del Trabajo no es el resultado de la aplicación de una única ideología, sino el producto de diversas ideologías en conflicto, entre las que podríamos destacar como más importantes la ideología del mercado, la de la autodefensa, la de la tutela estatal, la del patriarcado, la del cristianismo social, y la del socialismo».

91. *Vid.*, en nuestro Derecho, el art. 1255 CC.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

el empresario imponía unilateralmente. El trabajador era libre para decidir si se sometía o no a un régimen de explotación y miseria, de jornadas agotadoras, de ambientes de trabajo insalubres, de salarios de mera subsistencia. El trabajador era libre para decidir si pasaba a formar parte de una organización autoritaria, en que el empresario ejercía de hecho, y de forma omnímoda, cual monarca absoluto, un poder normativo, directivo y disciplinario que no le reconocía el ordenamiento jurídico.

Aplicados a una situación de dependencia real, personal y colectiva, como la que el trabajador padece en el sistema de producción capitalista⁹², los esquemas del derecho liberal e individual del trabajo no tenían más valor que el de una justificación ideológica de la desigualdad material que separaba a las partes de la relación laboral. La historia enseña, por ejemplo, que no dejaba de ser una utilización ideológica de la autonomía de la voluntad, destinada a legitimar el poder de hecho que ya ejercía el empresario, la ficción por la que el trabajador aceptaba, mediante un pacto expreso o tácito, el elenco de faltas y sanciones que prevenía unilateralmente el empresario, en el reglamento de taller⁹³. En tales condiciones, el contrato de trabajo no aseguraba una protección adecuada de la persona del trabajador. En este sentido, el derecho del trabajo procede de la incapacidad del derecho civil de obligaciones para aprehender una relación dominada por la idea de subordinación de una persona a otra: mientras que en el contrato civil la voluntad se compromete, en la relación de trabajo la misma se somete; el compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega⁹⁴. Por eso, el fin esencial del derecho del trabajo es asegurar el respeto de la dignidad del trabajador⁹⁵. No existiría un verdadero Estado social sin el respeto de la dignidad de los hombres y mujeres que trabajan.

Con el paso del tiempo, ha evolucionado el alcance de la dignidad en el trabajo. En nuestros días, la expresión condiciones de trabajo dignas, de carácter genérico, engloba distintos derechos del trabajador, como el respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales y libertades públicas, la tutela de la seguridad y salud laboral, el derecho a un salario suficiente, la promoción a través del trabajo y la limitación de la jornada y el derecho a descansos, permisos y vacaciones retribuidas⁹⁶.

92. SINZHEIMER, 1930, pp. 81-82 y 1933, p. 113.

93. GIL, 1994, pp. 47-48.

94. SUPLOT, 1990, p. 487.

95. *Vid.*, al respecto, las consideraciones de SINZHEIMER, 1927, p. 73.

96. *Vid.*, con distintos matices, PONTIFICIO CONSEJO «JUSTICIA Y PAZ» (2005, p. 154), AMNISTÍA INTERNACIONAL (38 y 39) y OG 18, aps. 6 y 7.

3. FUNDAMENTO

En sentido primario, el derecho al trabajo designa un derecho del individuo frente al Estado, dirigido a obtener y a conservar una ocupación remunerada o, en su defecto, una prestación en caso de desempleo⁹⁷. El derecho al trabajo es una manifestación concreta de la libertad del hombre, y se fundamenta en la propia dignidad humana (art. 10.1 CE)⁹⁸. En efecto, el derecho al trabajo contribuye al libre desarrollo de la personalidad y, para la mayoría de los ciudadanos, es una condición inexcusable para obtener los medios de subsistencia, que permiten llevar una vida digna (art. 10.1 CE)⁹⁹. La obtención de un salario suficiente por medio del trabajo permite el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). Si no se garantiza a las personas el acceso a ciertos recursos económicos, no se les permite el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, que se convierten en ilusorios. En suma, el trabajo permite al ser humano vivir con dignidad, desarrollarse como persona e integrarse en la sociedad y, si va acompañado de un salario digno, hace innecesarios otros derechos sociales de prestación, como la garantía de un mínimo vital. Por eso, es la base de los derechos sociales. Es uno de los «puntos neurálgicos» de las sociedades democráticas modernas¹⁰⁰.

Pero, además, el ordenamiento jurídico debe proteger la dignidad en el trabajo. El trabajo debe dignificar al hombre, no degradarlo. El trabajador tiene derecho a un trabajo digno, que respete los derechos fundamentales y libertades públicas del ciudadano y, en particular, el derecho a una remuneración suficiente, a la limitación de la jornada y a descansos, permisos y vacaciones retribuidas, así como a unas condiciones adecuadas de seguridad y salud laboral, a fin que de la prestación de servicios no suponga un menos-

97. *Vid.* MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 187 y 203). Por su parte, SAGARDOY (1983, p. 471) ha caracterizado el derecho al trabajo como un derecho subjetivo público, pleno en su formulación y variable en su contenido, que posee una dimensión primaria, referida al trabajo mismo, y otra secundaria o sustitutiva, referente a la protección por desempleo. En el Derecho francés, LYON-CAEN (1988, p. 205) subraya que nos hallamos ante una obligación alternativa: el Estado debe procurar un trabajo, o asegurar los medios de asistencia a quienes carecen de trabajo. A su vez, BORGETTO (2001, pp. 135 y 144-145) considera que el deber de trabajar es el fundamento teórico del derecho a obtener un empleo o, en su defecto, una renta de sustitución en caso de desempleo.
98. *Vid.*, por todos, GÁLVEZ (2001^a, p. 809), OG 18, ap. 1 y MOLINA (2007, pp. 168 y 177 y ss.).
99. *Vid.* ALARCÓN (1979, pp. 31 y ss.) y MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 190 y ss.) sobre las conexiones del derecho al trabajo con otros preceptos constitucionales y OG 18, ap. 1.
100. ALARCÓN, 1979, pp. 5-6, y BAYLOS, 2005, p. 18.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cabo de la salud o de la integridad física y mental¹⁰¹. De otro modo, el ejercicio del trabajo se torna vejatorio, peligroso o inhumano. Presente en las primeras leyes laborales, e impulsada por distintas corrientes de pensamiento, como la doctrina social de la iglesia o el socialismo, la vieja idea de la dignidad del trabajador ha adquirido una nueva relevancia en los últimos años, en la controversia sobre la eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas en la relación laboral¹⁰², en las propuestas sobre la humanización del trabajo a principios de los años setenta¹⁰³ y en los debates actuales sobre el trabajo decente en la OIT¹⁰⁴ y sobre la calidad del empleo en la Unión Europea¹⁰⁵.

4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

El derecho al trabajo puede concebirse como una garantía de instituto,

101. *Vid.* OG 18, ap. 7; AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2005, pp. 38-39, y PONTIFICIO CONSEJO «JUSTICIA Y PAZ», 2005, p. 154.
102. *Vid.* en GIL, 2003b, pp. 94 y ss. y 230 y ss., un resumen del estado de la cuestión.
103. *Vid.* el resumen de DÄUBLER, 2004, pp. 217-218.
104. En 1999, en la 87ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el Director General de la OIT presentó el informe *Trabajo decente*. Desde entonces, la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo, en condiciones de libertad, seguridad y dignidad humana. La noción de trabajo decente reúne las aspiraciones del trabajador durante su vida laboral. Significa contar con oportunidades de un trabajo que sea productivo y que conlleve un ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para toda la familia, mejores expectativas de desarrollo personal e integración en la sociedad, libertad para expresar las opiniones, organización y participación en las decisiones que afecten a sus vidas, e igualdad de oportunidades y trato para todas las mujeres y hombres. La acción normativa de la OIT debe inscribirse en el objetivo del trabajo decente para todos, lo que supone, en particular: la promoción y cumplimiento de las normas y la realización de los principios y derechos fundamentales en el trabajo; la creación de mayores oportunidades para las mujeres y los hombres, con objeto de que dispongan de un empleo y unos ingresos dignos; la mejora de la cobertura y la eficacia de la protección social para todos y, en fin, el fortalecimiento del tripartismo y del diálogo social. Así, pues, en el concepto de trabajo decente, confluyen los cuatro objetivos estratégicos de la OIT. *Vid.* más detalles en OIT, 1999; 2001, ap. 7, y 2007, así como LANARI, 2005.
105. *Vid.* las Comunicaciones de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. *Políticas sociales y de empleo – Un marco para invertir en la calidad*, de 20 de junio de 2001 [COM (2001) 313 final], y *Mejora de la calidad del empleo: examen de los progresos recientes*, de 26 de noviembre de 2003 [COM (2003) 728 final]. La *Fondation Européenne pour l'Amélioration des Conditions de Vie et de Travail* (2002, p. 7) identifica cuatro aspectos esenciales de la calidad en el empleo: garantizar la seguridad del empleo y de las trayectorias profesionales; mantener y promover la salud y el bienestar; desarrollar las competencias, y permitir la conciliación de la vida laboral y personal.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

una norma de organización, una norma programática, una norma objetiva o un derecho subjetivo¹⁰⁶, o como un derecho objetivo o subjetivo, absoluto o relativo, subsidiario o directo, cuyo sujeto obligado sea el Estado o el empresario, y consistente en realizar cualquier trabajo o sólo un trabajo productivo en la propia profesión¹⁰⁷.

El derecho al trabajo es un derecho fundamental, que comprende una faceta subjetiva y otra objetiva. Es, sobre todo, un derecho de libertad, pero incluye algunas prestaciones constitucionalmente exigidas. Según el sistema económico, el grado de intervención del legislador y las perspectivas ideológicas o de política del derecho, el derecho al trabajo puede resultar más o menos utópico o rico en contenido (4.1). De igual modo, también puede variar el alcance de la dignidad en el trabajo (4.2).

4.1. DERECHO AL TRABAJO

Lejos de suponer una simple formulación de carácter retórico o pedagógico, el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo vincula a todos los poderes públicos, que se hallan comprometidos de modo formal y solemne a la consecución de la efectividad y plenitud de los derechos constitucionales (art. 9.2 CE)¹⁰⁸. El derecho al trabajo es un derecho social de prestación necesitado de una acción estatal activa¹⁰⁹.

Para analizar la vinculación de los poderes públicos, puede ser útil seguir la tipología de obligaciones de los Estados que prevé el derecho internacional, y que han elaborado los órganos de vigilancia de los tratados internacionales y los organismos regionales encargados de hacer cumplir los derechos humanos¹¹⁰. Desde ese punto de vista, la obligación principal de los poderes públicos consiste en velar por la realización progresiva del derecho al trabajo¹¹¹. Al igual que todos los derechos humanos, *el derecho al trabajo impone a los poderes públicos obligaciones de respeto, protección y realización*. Las obligaciones de respeto y protección son de carácter defensivo; la obligación de realizar afecta a la vertiente prestacional del derecho.

106. RATH, 1974, pp. 81 y ss.

107. LOHMANN, 1974, pp. 183 y ss.

108. *Vid.* PALOMEQUE, 1996, p. 16.

109. *Vid.* NOGUEIRA (2009, p. 932), quien sigue a BÖCKENFÖRDE, 1993, pp. 75-76.

110. *Vid.*, p. ej., OG 18, aps. 22 y ss., y AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2005, pp. 40 y ss. *Vid.* también HUFEN (2007, pp. 50 y ss.) acerca de los efectos y las funciones de protección de los derechos fundamentales y ABRAMOVICH y COURTIS (2002, pp. 65 y ss.) y ESCOBAR ROCA (2005, pp. 75 y ss.) sobre la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales.

111. OG 18, ap. 19.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En primer lugar, *los poderes públicos deben respetar el derecho al trabajo*. Deben abstenerse de interferir, directa o indirectamente, en el disfrute del derecho. De carácter inmediato, la obligación incluye el respeto por los esfuerzos que puedan realizar las propias personas para ejercer el derecho. Así, los poderes públicos no deben interferir en la *libertad de trabajo*¹¹². La libertad de trabajo, premisa de la que debe partirse¹¹³, implica que el trabajo es una actividad constitucionalmente libre, y que el Estado no puede impedir a los ciudadanos que trabajen¹¹⁴. La libertad de trabajo incluye cualquier actividad humana de carácter productivo y, por ende, así el trabajo subordinado como el trabajo autónomo¹¹⁵, y permite el pluriempleo y la pluriactividad del trabajador, salvo los casos de concurrencia desleal que afecten a intereses empresariales protegibles, y sin perjuicio de los pactos de plena dedicación que puedan celebrarse entre el empresario y el trabajador¹¹⁶. La libertad de trabajo

-
112. Según Díez-PICAZO (2005, pp. 487-488), en cuanto derecho propiamente dicho, el derecho al trabajo presenta dos facetas principales: la libertad de trabajar y la libertad de elegir una profesión u oficio. Por su parte, RODRÍGUEZ-PINERO (1980, p. 24) considera que la libertad de trabajo y el derecho al trabajo son cosas distintas, pero conexas. En fin, otros autores mantienen una separación más tajante. Así, p. ej., MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 196-197) entiende que la CE diferencia con claridad el derecho al trabajo y la libertad profesional, y que no parecen existir razones que aconsejen la integración conceptual de tales derechos. De igual modo, SASTRE (1996, pp. 87 y ss.) prefiere separar ambas nociones. La STC 192/2003 señala que el derecho al trabajo comprende la libertad de trabajo. También AMNISTÍA INTERNACIONAL (2005, p. 38) considera que el derecho al trabajo abarca, al menos, entre otras cosas, la libertad de elección del empleo.
113. Vid. RODRÍGUEZ-PINERO (1980, p. 24), quien añade que el art. 10.2 CE legitima tal planteamiento.
114. Díez-PICAZO, 2005, p. 487.
115. Vid. Díez-PICAZO (2005, p. 487) y OG 18, ap. 6. Junto a la libertad de empresa, el preámbulo de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, menciona el derecho al trabajo como aplicable a los trabajadores autónomos.
116. Destaca este aspecto la STC 192/2003. El art. 21.1 ET dispone que «no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan». En virtud de lo establecido en el art. 7.4 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y variaciones de datos de trabajadores en la seguridad, que desarrolla el art. 110.2 LGSS, «se entenderá por pluriempleo la situación del trabajador por cuenta ajena que preste sus servicios profesionales a dos o más empresas distintas y en actividades que den lugar a su alta en un mismo Régimen de la Seguridad Social», y «se considerará pluriactividad la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del sistema de la Seguridad Social» (p. ej., el general y el de autónomos). Vid. SASTRE (1996, pp. 192 y ss.) acerca de las limitaciones a la competencia y al pluriempleo.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

supone la *prohibición del trabajo forzoso u obligatorio*¹¹⁷. Con la excepción de los artículos 30 y 31.2 CE, toda prestación de trabajo debe resultar de una decisión libre de quien realiza los servicios. En particular, los poderes públicos deben adoptar medidas efectivas para prohibir toda forma de trabajo forzoso y de explotación económica de los menores de edad. El artículo 1.1 ET exige la libertad o la voluntariedad, como una nota necesaria para la existencia del contrato de trabajo. La voluntariedad a que alude el precepto subraya, de modo gráfico, que la normativa laboral se aplica a todo trabajo prestado libremente. Por eso, el artículo 1.3.b) ET excluye a las prestaciones personales obligatorias del campo de aplicación de esa ley. Pero la libertad no sólo ha de existir al tiempo de la celebración del contrato, sino durante toda la vida de éste. En caso contrario, se admitiría la validez de una servidumbre o esclavitud contractual. Por esa razón, HEGEL advirtió que dar a otro de por vida el uso de las propias capacidades, convierte a la persona en propiedad ajena¹¹⁸. El artículo 1583 del Código Civil acoge esa idea, y declara nulo el arrendamiento de servicios hecho por toda la vida. Limita, pues, temporalmente la cesión del trabajo, para obviar la servidumbre y la esclavitud. Desde un punto de vista contractual, la nota de la libertad se traduce en la *libertad de desistimiento del trabajador*, sólo sometida a la obligación de preaviso y, con carácter excepcional, a la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados¹¹⁹. Por otra parte, la ley protege la libertad de trabajo de quienes no deseen ejercer el derecho de huelga¹²⁰.

117. En el ordenamiento español, el art. 25.2 CE dispone que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad no podrán consistir en trabajos forzados, y el art. 1.1 ET reafirma la libertad como uno de los presupuestos que sustentan el trabajo que se presta en el marco de un contrato de trabajo. Los Convenios n° 29 y 105 de la OIT prohíben el trabajo forzoso u obligatorio. De acuerdo con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, todos los Estados miembros de la Organización, aun cuando no hayan ratificado dichos Convenios, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la misma de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución de la OIT, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. *Vid.* OIT (2005 y 2009a) acerca del trabajo forzoso. Inspirándose en el Convenio n° 29 de la OIT, el CEDH prohíbe el trabajo forzoso u obligatorio de manera general y absoluta (art. 4.2), salvo la reserva del artículo 4.3. *Vid.*, p. ej., las SSTEDH de 23 de noviembre de 1983, *Van der Musselle* contra Bélgica, y 26 de julio de 2005, *Siliadin* contra Francia. AMNISTÍA INTERNACIONAL (2005, p. 39) destaca que «una violación particularmente atroz del derecho a la libre elección del empleo es el trabajo forzoso: trabajo exigido mediante amenaza de algún tipo de castigo, ya sea penal o la pérdida de derechos o privilegios».

118. *Vid.* HEGEL (1821, p. 144).

119. *Vid.* REVET (2007, pp. 758 y ss.) acerca del derecho a cesar en el trabajo.

120. El art. 6.4 del RDley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (RDLRT), dice que «se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quieran sumarse a la huelga». El precepto concuerda con la asunción individual de la deci-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

De igual modo, la libertad de trabajo determina la *prohibición de la jubilación obligatoria* incondicionada del trabajador. La jubilación es un derecho, no una obligación del trabajador. Uno de los requisitos de la jubilación es el cese total o parcial en el trabajo. No es, pues, posible forzar al trabajador a que se jubile¹²¹. Como excepción a esta regla, la Ley 14/2005, de 1 de julio, permite a los convenios colectivos que establezcan cláusulas referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. La ley acaba con la polémica doctrinal que desató la derogación de la disposición adicional décima del ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio. Dos SSTs de 9 de marzo de 2004 (RJ 2004, 841 y 973) declararon que, derogada esa disposición, los convenios colectivos no podían establecer una edad para la jubilación forzosa de los trabajadores. Pero la prohibición afectaba tan sólo a las cláusulas pactadas a partir del año 2001. La nueva ley, cuyo contenido recoge hoy la disposición adicional décima del ET, trata de lograr un equilibrio entre los derechos individuales de los trabajadores y los intereses colectivos derivados de circunstancias concretas relacionadas con el empleo¹²².

sión colectiva de ir a la huelga y con el carácter no vinculante, sino de mera constatación, de la votación sobre la huelga, si se produce (ALONSO OLEA y CASAS [2009, pp. 1290-1291]). La STC 11/1981 cita aprobatoriamente el inciso en su FJ 10, y recalca, en el FJ 15, que no puede existir una «obligación de huelga que contradiría el derecho a la misma» (arts. 1 RDLRT y 28.2 CE) y «la libertad y el derecho al trabajo» (art. 35.1 CE).

121. En su redacción originaria, el ET previó la jubilación forzosa, como una excepción al criterio de la voluntariedad en el acceso a la prestación de Seguridad Social. La redacción originaria del ET contenía una doble autorización, al Gobierno y a los convenios colectivos, para utilizar esta figura, además de la facultad del primero de establecer un límite general a la edad máxima para el trabajo: sesenta y nueve años. La STC 22/1981 declaró inconstitucional este último extremo, entendido como norma que establecía la incapacitación para trabajar a esa edad y, de forma directa e incondicionada, la extinción de la relación laboral. Si bien resolvía sobre la constitucionalidad del límite genérico de sesenta y nueve años como edad máxima para trabajar, la sentencia sentó las bases para considerar los fines y el contexto de una política de empleo como presupuestos para entender objetivamente justificada la limitación del derecho al trabajo, en su vertiente individual, contenida en la autorización al Gobierno o a la negociación colectiva para fijar edades de jubilación obligatoria. Las SSTC 58/1985 y 95/1985 admitieron la constitucionalidad de la fijación de edades de jubilación en la negociación colectiva. Sobre el particular, *vid.* SASTRE (1996, pp. 233 y ss.), GÓMEZ, MELÉNDEZ y SEMPERE (2006) y SAGARDOY y GIL (2007, pp. 1130 y ss.).
122. La nueva DA 10ª ET circunscribe la autorización a la negociación colectiva. Tal y como destaca el CES (2005, p. 2), desaparece la autorización general conferida anteriormente al Gobierno para fijar límites máximos de edad, y, asimismo, la referencia general a la realización de una política de empleo. Así, la figura de la jubilación forzosa se reconduce al ámbito profesional, como instrumento exclusivo de los representantes colectivos para articular estrategias de empleo adaptadas a los sectores y a las empresas. La ley exige requisitos de empleo para entender justificadas y válidas las cláusulas convencionales que establezcan la extinción del contrato, y la

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

Los poderes públicos tampoco deben interferir en la *libertad de elección de la profesión u oficio*¹²³. Tal libertad es un típico derecho de libertad frente al Estado, que se inserta entre los medios que dispone la Constitución para alcanzar el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)¹²⁴. Consiste en decidir libremente aceptar o elegir un trabajo¹²⁵, y significa que nadie puede ser adscrito obligatoriamente a una clase de trabajo, y que no existen tipos de trabajos cerrados o reservados a determinadas personas¹²⁶. Facilitada por la libertad de residencia y circulación (art. 19 CE), y premisa para el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)¹²⁷, la libertad de elección de la profesión u oficio constituye una conquista básica de las revoluciones libera-

consiguiente limitación del derecho individual al trabajo, por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Este condicionamiento de la validez de tales cláusulas se formula ahora de una manera muy precisa. Debe estar acompañado de una mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores, u otros que favorezcan la calidad del empleo. Con todo, en el ánimo de los agentes sociales está también recuperar una herramienta que consideran preferible a otros mecanismos más traumáticos para adaptar las plantillas empresariales a los cambios económicos, organizativos o productivos. No obstante, esta finalidad legítima deberá buscarse, a partir de ahora, conjugándola con la realización de objetivos de empleo dentro de la empresa o del sector. En estos términos, no parecen tan incompatibles las lógicas que animan, por un lado, las estrategias de flexibilización de la edad de jubilación, y la prolongación de la vida activa laboral, y las cláusulas convencionales de jubilación obligatoria por motivos de empleo, ya que queda excluido el carácter incondicionado que éstas habían venido ganando. Quienes negocian los convenios colectivos deben conjugar los diversos intereses en juego, y plantear estrategias coherentes de empleo en los sectores y las empresas, que permitan la adaptación a los cambios, sin afectar a las posibilidades abiertas de jubilación gradual y progresiva. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, ha dado una nueva redacción a la DA 10ª ET. La STJCE de 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05, *Félix Palacios de la Villa y Cortefiel Servicios, SA*, ha juzgado que la regulación española sobre jubilación forzosa no supone una discriminación por razón de edad.

123. En Alemania, el art. 12.1 LFB reconoce una *Berufsfreiheit*, tanto al trabajador como al empresario. *Vid.*, por todos, RIEDEL (1987) y HUFEN (2007, pp. 589 y ss.). En nuestro país, el art. 35.1 CE y el art. 4.2 ET garantizan también el derecho a la libre elección de la profesión u oficio. Según destaca MONTROYA (1980, p. 289, nota 44), el derecho tiene una larga tradición constitucional. La libre elección de la profesión se constitucionaliza primero con relación al acceso a los oficios públicos: *vid.* el art. 141 de la Constitución de Bayona, de 1808; el art. 23 de la Constitución de Cádiz, de 1812; el art. 5 de la Constitución de 1837; el art. 6 de la Constitución de 1856, y el art. 27 de la Constitución de 1869. Más tarde, la libertad se generaliza en el art. 12 de la Constitución de 1876, a cuyo tenor «cada cual es libre de elegir su profesión y de aprenderla como mejor le plazca». El art. 33 de la Constitución de 1931 declara también que «toda persona es libre de elegir profesión».

124. MONTROYA, 1980, p. 289.

125. OG 18, ap. 6.

126. Díez-PICAZO, 2005, pp. 487-488.

127. RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1980, p. 24.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

les, al suponer la negación radical de la sociedad estamental y gremial propia del Antiguo Régimen¹²⁸. Que los gremios no sean constitucionalmente admisibles, no significa que el legislador no pueda regular el ejercicio de los oficios y profesiones, cuando así lo requiera el interés general. Pero el artículo 35.1 CE exige que cualquier ciudadano que reúna las condiciones establecidas en la ley, pueda acceder a la ocupación de que se trate. En suma, el artículo 35.1 CE no garantiza un determinado contenido de cada profesión u oficio, sino la libertad de dedicarse a ellos tal y como estén regulados por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

En segundo lugar, *los poderes públicos deben proteger el derecho al trabajo*. Deben adoptar medidas tales como una regulación legal y recursos jurídicos adecuados, para impedir a terceros que interfieran en el disfrute del derecho al trabajo. Así pues, los poderes públicos deben proteger al trabajador contra los actos de los empresarios y de los sindicatos que supongan una injerencia en el ejercicio del derecho al trabajo. Una manifestación de ese deber de protección es la *prohibición de discriminaciones que condicionen el ingreso o la permanencia en el trabajo*, basadas en circunstancias personales o sociales ajenas a la aptitud para el trabajo. Por muy limitado o condicionado que esté el derecho al trabajo, una consecuencia ineludible del mismo será la negación o restricción de la facultad del empresario de rehusar, por razones extralaborales, la contratación de determinados trabajadores o grupos de trabajadores¹²⁹. La virtualidad antidiscriminatoria del derecho al trabajo despliega sus efectos frente al empresario, y sirve para calificar como ilegales prácticas como las de las listas negras o similares¹³⁰. De igual modo, puede esgrimirse frente a los sindicatos que convengan con los empresarios cláusulas de garantía sindical, como las llamadas *closed shop* o *union shop*, destinadas a condicionar la admisión o la permanencia en el trabajo a la afiliación a un determinado sindicato¹³¹.

128. Sigo, a partir de ahora, a Díez-PICAZO, 2005, pp. 487-488.

129. MARTÍN VALVERDE, 1980, p. 202.

130. *Vid.* MARTÍN VALVERDE, 1980, pp. 202-203. Díez-PICAZO (2005, p. 488) subraya también que, al menos en su vertiente de prohibición de la discriminación laboral, el derecho al trabajo puede desplegar eficacia horizontal y ser vinculante en las relaciones entre particulares.

131. *Vid.* MARTÍN VALVERDE (1980, p. 203) y MONTROYA (1980, p. 288). Según señala OJEDA (1998, pp. 43-44), cabe mencionar los siguientes tipos de cláusulas, impuestas en general a través de la amenaza de despido: taller cerrado (*closed shop*), en que el empresario se obliga a no admitir en la empresa más que a los afiliados al sindicato pactante, y a ningún otro; taller sindicado (*union shop*), en que se obliga a todos los trabajadores a afiliarse al sindicato pactante en un plazo determinado desde la firma del convenio, generalmente de un mes; empleo preferencial (*preferential hiring*), en cuya virtud el empresario debe admitir, de forma prioritaria, a los trabajadores afiliados al sindicato pactante; mediación sindical (*hiring hall*), cuando el empresario debe cubrir las vacantes con los trabajadores que le envíe el sindicato contraparte;

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

Otra manifestación es la *protección contra el despido injustificado*. Tal protección se desprende del derecho al trabajo, como ha reconocido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el contenido normativo del artículo 6 PIDESC. El derecho al trabajo implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo¹³². El Comité aclara que el Convenio n° 158 de la OIT, de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo, establece la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente¹³³. Y hace hincapié en la necesidad de establecer un mecanismo de indemnización en caso de pérdida del empleo¹³⁴. La protección contra el despido injustificado ha hallado un reconocimiento expreso en las normas de la OIT, sobre todo en el Convenio n° 158, y en el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada, de 1996, firmada pero no ratificada por España.

En el derecho interno, la protección contra el despido injustificado deriva del derecho al trabajo y de la cláusula del Estado social (art. 1.1 CE). Según la STC 22/1981, el derecho al trabajo es el apoyo constitucional del principio de estabilidad en el empleo, que se manifiesta en numerosas reglas legales y, entre ellas, las que establecen un régimen de despido causal, entendido como exigencia de justificación suficiente para el despido¹³⁵. La STC 20/1994 indica que el derecho al trabajo incluye la posibilidad de reaccionar frente a la decisión unilateral del despido. A su vez, la STC 192/2003 recuerda que, en el ordenamiento español, rige el principio general de limitación del despido, que se halla sometido a condiciones de fondo y de forma. En el derecho español, el establecimiento de un despido *ad nutum* o sin

mantenimiento de la afiliación (*maintenance of membership*), cláusula complementaria de las anteriores, por la que se vela para que ningún afiliado al sindicato negociador cause baja en éste mientras rija el convenio, y ventajas reservadas, cuando el convenio se aplica, al menos en parte –p. ej., en materia de vacaciones o salarios–, tan sólo a los afiliados al sindicato negociador, quedando por debajo los no afiliados. Según las SSTEDH de 11 de enero de 2006, *Sorensen* contra Dinamarca y *Rasmussen* contra Dinamarca, el respeto de un acuerdo de *closed shop* es contrario a la libertad de asociación que reconoce el art. 11 CEDH.

132. OG 18, ap. 6.

133. OG 18, ap. 11.

134. OG 18, ap. 26.

135. Tal y como señala el Tribunal Constitucional, en el FJ 8 de la Sentencia citada, el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar. Aunque ésta forma parte del mismo, «supone también el derecho a un puesto de trabajo», que, en su aspecto individual, que es el contemplado en el art. 35.1 CE, «se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

causa sería inconstitucional y contrario a las normas internacionales y al derecho de la Unión Europea¹³⁶. Pero no ha de confundirse la causalidad del despido con la estabilidad real de la relación de trabajo¹³⁷. Cabe también una estabilidad obligatoria. De la necesaria existencia de una causa que justifique el despido, no se deduce que la única sanción admisible sea la readmisión obligatoria del trabajador injustamente despedido. La antijuridicidad del despido puede traducirse en la readmisión del trabajador, pero también en una indemnización a favor de éste. En suma, la ausencia de causa puede dar lugar a una indemnización, y el trabajador perderá su empleo. Salvo los supuestos de despido nulo, por discriminación o atentado a los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador, el derecho español no impone la readmisión obligatoria del trabajador despedido. Aunque las indemnizaciones son elevadas, no existe una tutela real del puesto de trabajo. De este modo, mediante el pago de una indemnización, el empresario ve asegurada su libertad de salida del mercado de trabajo. Pese a la opinión de un sector de la doctrina, esto no significa que el despido constituya una hipótesis de desistimiento¹³⁸.

¿Fundamenta el derecho al trabajo otros deberes del empresario en el desarrollo de la relación laboral, como el *derecho a la ocupación efectiva*?¹³⁹ Para algunos autores, la obligación de dar ocupación efectiva, que pesa sobre el empresario, es una excepción al principio contractual de que el acreedor no está obligado a recibir y aceptar la prestación del deudor, y halla su fundamento en la dignidad de la persona y en el derecho del trabajador al libre desarrollo de su personalidad¹⁴⁰. Para otros, la dignidad del trabajador, el derecho al trabajo y el derecho a la promoción a través del trabajo fundamentan el derecho a la ocupación efectiva, que recoge el artículo 4.2.a) del ET¹⁴¹. Así, cabría entender que el derecho al trabajo incluye también el derecho a realizarse personalmente, y que forma parte de su contenido esencial el dere-

136. Vid. GIL (2007, pp. 147 y ss.) y, asimismo, GARCÍA-PERROTE (1997) acerca del despido en la jurisprudencia constitucional. Vid. también BAYLOS y PÉREZ REY, 2009, pp. 51 y ss.

137. Vid. NAPOLI, 1980 y 2002, y, asimismo, SASTRE (1996, pp. 249 y ss.) y VALDÉS (2001, p. 129) acerca de la distinción entre estabilidad real y obligatoria.

138. Vid. GIL (2004a, pp. 72 y ss.; 2007, p. 152, y 2009a, pp. 98 y ss.) y GIL y SAGARDOY, 2007, pp. 18 y ss.

139. En el Derecho alemán, NIKISCH (1961, p. 42, nota 61) precisa que el derecho al trabajo no debe confundirse con el derecho a la ocupación, que la relación jurídico-laboral otorga al trabajador frente al empresario.

140. SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, p. 219.

141. Vid., sobre el particular, MONTOYA (1980, p. 288), SASTRE (1996, pp. 183 y ss.), NOGUEIRA (2009, p. 936) y, asimismo, con análisis de la jurisprudencia, MARTÍNEZ ABASCAL, 2003, pp. 1340-1341.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

cho a la ocupación efectiva¹⁴², pues «el trabajo, para la mujer y el hombre de nuestra época, representa el sector más importante y significativo de su quehacer en la proyección al exterior, hacia los demás e incluso en su aspecto interno es el factor predominante de realización personal»¹⁴³. En suma, podría considerarse que, entre los derechos que concretan el derecho al trabajo en el devenir de la relación laboral, se encuentra el de la ocupación real y efectiva¹⁴⁴ que, consagrado en el artículo 4.2.a) del ET, «viene a ser la concreción jurídica, en el plano de la legalidad ordinaria, del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 CE, formando parte de su contenido esencial»¹⁴⁵. Sin ocupación efectiva, el trabajador no puede prestar sus servicios de modo digno. De hecho, la falta de ocupación efectiva es uno de los indicios posibles de acoso psicológico, y constituye un atentado muy grave a los derechos del trabajador, que legitima la extinción de la relación jurídica, con derecho a percibir la indemnización por despido improcedente y una indemnización adicional por los daños y perjuicios que produzca la lesión de los derechos fundamentales (art. 50 ET).

En fin, también se han invocado el derecho al trabajo y el principio de la buena fe como fundamento de un *deber de adaptación y recolocación a cargo del empresario*, en los supuestos de extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o en los casos de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación del trabajador a los cambios tecnológicos¹⁴⁶.

142. NOGUEIRA, 2009, p. 936.

143. STC 223/1992, FJ 3.

144. NOGUEIRA, *ibidem*.

145. ATC 246/2003, FJ 2. En la misma línea, aunque de modo indirecto, *vid.* el ATC 810/1986.

146. *Vid.* GIL (2003b, pp. 308 y ss., y 2004b) y, en la doctrina francesa, LYON-CAEN (1992a y 1992b), DÉFOSSEZ (1992), DEL SOL (1994), IRIART (1999), VASSEUR-LAMBRY (2000, pp. 11-12) y SUPIOT (2001, pp. 35-36) y, ya antes, LYON-CAEN (1988, pp. 209-210). Algún pronunciamiento judicial ha acogido esta idea (STSJ del País Vasco de 14 de septiembre de 2004 [JUR 2005, 19640], y, de forma indirecta, STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de junio de 2000 [JUR 2001, 1680]). Con todo, aun concibiendo el despido como una última medida, que sólo resulta admisible cuando se han agotado las demás posibilidades, la jurisprudencia mayoritaria estima innecesario que el empresario apure las posibilidades de recolocación en otro puesto de trabajo de la empresa o del grupo de empresas. En efecto, los tribunales han sentado la doctrina de que el art. 52.c) ET no impone al empresario la obligación de «agotar las posibilidades de acomodo del trabajador» en la empresa, ni le obliga, antes de hacer el despido objetivo, a destinar al empleado en «otro puesto vacante de la misma». Así lo han establecido las SSTs de 13 de febrero y 19 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3787 y 5212), 21 de julio de 2003 (RJ 2003, 7165), 7 de junio de 2007 (RJ 2007, 4648) y 16 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 6157) y la STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2004 (AS 2004, 3742). En este sentido, la STS de 13 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3787) declara que las causas organizativas o de producción no deben valorarse en la totalidad de la empresa, sino tan sólo en el centro de trabajo

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Desde ese punto de vista, no basta, por ejemplo, con que exista una causa económica, técnica, organizativa o de producción. Antes de extinguir el contrato de trabajo, la empresa debe ofrecer al trabajador un puesto de trabajo de igual categoría profesional, o incluso de una superior o inferior, para permitir que conserve el puesto de trabajo. Tampoco es suficiente que la causa económica, técnica, organizativa o de producción afecte a un centro de trabajo. El empresario debe ofrecer al trabajador la posibilidad de recolocararlo en otro centro, o en otra de las empresas del grupo. En definitiva, la buena fe obliga a renegociar el contrato de trabajo, para hacer frente a un cambio radical de las circunstancias.

Por último, *los poderes públicos tienen la obligación de realizar el derecho al trabajo*. A tal fin, deben adoptar medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole, encaminadas a la plena efectividad del derecho. Tal obligación ha de llevarse a cabo de forma progresiva, e incluye los deberes de proporcionar, facilitar y promover¹⁴⁷. En definitiva, todo el ordenamiento jurídico laboral debe estar presidido por la necesidad de satisfacer el derecho constitucional al trabajo, y orientado a la normación estructural y a las medidas coyunturales que favorezcan la creación y conservación de los puestos de trabajo¹⁴⁸. En un Estado social de derecho, los poderes públicos deben realizar el derecho al trabajo, y contribuir al logro del pleno empleo. El trabajo y el empleo son bienes con relevancia constitucional. El artículo 40.1 CE señala que, de manera especial, los poderes públicos «realizarán una política orientada al pleno empleo», y el artículo 41 CE considera la protección contra el desempleo como un elemento esencial del régimen público de Seguri-

o unidad productiva en que sea necesaria la amortización del puesto de trabajo. Según el Tribunal Supremo, es equivocada la conclusión de que, cuando se alegan causas organizativas o de producción, han de agotarse todas las posibilidades de acomodo del trabajador, o de su destino a otro puesto de trabajo vacante de la misma empresa. El TS concluye que el art. 52.c) ET no contempla esa posibilidad, ni impone de manera expresa al empresario mantener al trabajador afectado por la medida en la plantilla, utilizando sus servicios en otros centros de trabajo de la misma o distinta localidad. Asimismo, la STS de 30 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 10679) ha juzgado que el art. 52.1.c) ET sólo impone la obligación de «acreditar objetivamente» la necesidad de amortizar el puesto de trabajo; pero no exige, como requisito inexcusable, para su amortización (al contrario de lo que ocurre en el art. 51 ET) que el empresario tenga que presentar, al mismo tiempo, un plan de viabilidad de la empresa, ni, por ende, su ausencia puede determinar, por sí misma, la improcedencia de la extinción acordada. En fin, la STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2006 (AS 2006, 2184) señala que es doctrina reiterada que no existe una obligación empresarial de recolocación, si la amortización del puesto se encuentra justificada y es una medida racional desde el punto de vista de la viabilidad futura de la empresa o de la superación de su situación en el mercado.

147. Vid. OG 18, aps. 26 y ss. y MOLINA, 2007, pp. 185 y ss.

148. ALONSO OLEA, 1990, p. 35.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

dad Social. De este modo, en el marco de sus competencias, el Estado y las Comunidades Autónomas deben llevar a cabo políticas activas y pasivas de empleo¹⁴⁹. Una buena parte de la política activa de empleo es acción de prestación de un servicio público (creación y gestión de los servicios de empleo, y de formación y readaptación profesionales), actividad industrial de la administración (creación directa de puestos de trabajo mediante el ejercicio de la iniciativa económica pública), o acción promocional o de fomento (orientación de contingentes profesionales, estímulos positivos o negativos a la iniciativa económica privada)¹⁵⁰. En este sentido, posee una gran significación la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Los poderes públicos deben mantener un Servicio Público de Empleo eficiente, que sirva para poner en contacto la oferta y la demanda en el mercado de trabajo.

Además de promover un empleo pleno, productivo y libremente elegido, los poderes públicos deben ofrecer prestaciones para sufragar la pérdida o la falta de ganancias debida a la incapacidad de obtener un empleo adecuado¹⁵¹. Las prestaciones deben abonarse por una duración suficiente y, cuando vence el período, el sistema debe otorgar una protección adecuada al trabajador desempleado. Las condiciones exigidas para las prestaciones de desempleo deben ser razonables y proporcionadas, y la prestación no debe suministrarse de forma onerosa o indigna. La supresión, reducción o suspensión de las prestaciones debe ser limitada, sobre la base de motivos razonables y proporcionados, y hallarse contemplada en la legislación nacional¹⁵². De igual modo, debe otorgarse al individuo el derecho a tener acceso a

149. *Vid.* SASTRE (1996, pp. 175 y ss.) acerca de los servicios públicos de empleo y, con detalle, MARTÍNEZ ABASCAL (2003, pp. 1341 y ss.) y, asimismo, DEFENSOR DEL PUEBLO (*Informe 2007*, pp. 476-477 e *Informe 2008*, pp. 704 y ss.) acerca de las quejas sobre la tardanza en el reconocimiento de las prestaciones o subsidios por desempleo, como consecuencia de la escasez de recursos humanos disponibles, y sobre los problemas derivados de la crisis financiera y económica. En menor medida, pueden intervenir también las entidades locales: *vid.* MARTÍNEZ ABASCAL, 2003, p. 1361 y ss.

150. MARTÍN VALVERDE, 1980, p. 201.

151. En este párrafo, recogemos las Observaciones de Comité DESC de 2007, ap. 16.

152. En virtud del Convenio n° 168 de la OIT, tal medida sólo puede adoptarse en determinadas circunstancias: ausencia del territorio del Estado; cuando una autoridad competente determina que el interesado ha contribuido deliberadamente a su propio despido, o ha abandonado el empleo de forma voluntaria, sin un motivo legítimo; si la persona deja de trabajar como consecuencia de un conflicto laboral; cuando el interesado ha intentado obtener o ha obtenido fraudulentamente las indemnizaciones; cuando el interesado haya hecho caso omiso, sin motivo legítimo, de los servicios disponibles en materia de colocación, orientación, formación y readiestramiento o reinserción profesionales en un empleo conveniente; o mientras el interesado cobre otra prestación de mantenimiento de los ingresos prevista por la legislación del Estado, a excepción de una prestación familiar, siempre que la parte de la prestación que se suspende no sobrepase la otra prestación (art. 20).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

recursos administrativos o jurídicos. En fin, las prestaciones por desempleo deben coordinarse con la formación y reconversión profesional y con cualquier otra asistencia que pueda necesitar el desempleado para encontrar trabajo, y deben concebirse de forma que no creen una dependencia o supongan un obstáculo al empleo¹⁵³.

Así pues, los poderes públicos deben asegurar un sistema eficaz de protección por desempleo, tanto en el nivel contributivo como no contributivo. Deben mantener un régimen público de Seguridad Social, que proteja al trabajador ante la situación de necesidad consistente en la pérdida del empleo, mediante el otorgamiento de asistencia y prestaciones suficientes (art. 41 CE). En el derecho español, el legislador ha creado dos niveles de protección contra el desempleo: uno contributivo, vinculado a las cotizaciones previas, y otro asistencial, al que se accede normalmente tras el agotamiento de la prestación contributiva, o en los casos en que el trabajador ha cotizado un período de tiempo determinado, aunque insuficiente para obtener la prestación del nivel contributivo. En el nivel contributivo, la duración y la cuantía de la prestación por desempleo dependen de los períodos de cotización previos. Para acceder a dicha prestación, es menester un largo período de cotización, de trescientos sesenta días. Tienen derecho al subsidio por desempleo, en el nivel no contributivo, una serie de grupos de personas que tienen en común la dificultad más real que presunta para obtener un empleo: así, por ejemplo, los parados de larga duración, los emigrantes retornados, las personas liberadas de prisión sin derecho a la prestación por desempleo, o los mayores de cincuenta y dos años (art. 215 LGSS). Al nivel no contributivo de desempleo se puede acceder por haber cotizado un período de tiempo determinado, aunque insuficiente para acceder al nivel contributivo. De acuerdo con el artículo 215.1.2 LGSS, tienen derecho al subsidio por desempleo los parados que no puedan percibir la prestación contributiva por no haber cubierto el período mínimo de cotización, pero que hayan cotizado por lo menos tres meses, siempre que tengan responsabilidades familiares, o hayan cotizado al menos seis meses, aunque carezcan de responsabilidades familiares. También tienen derecho al subsidio de desempleo los trabajadores que hayan agotado la prestación por desempleo y tengan responsabilidades familiares [art. 215.1.1).a), LGSS] o, aun careciendo de ellas, sean mayores de cuarenta y cinco años de edad en la fecha del agotamiento [art. 215.1.1).b), LGSS]. Así pues, salvo alguna excepción, como la de los liberados de prisión [art. 215.1.1).d), LGSS], la percepción del subsidio por desempleo exige haber trabajado, y no tener derecho a la prestación por desempleo, o haber agotado ésta. En fin, en la prestación por desempleo, el deber

153. OIT, 2001, ap. 7.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

moral de trabajar que prevé el artículo 35.1 CE halla una concreción normativa en la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada a través de la suscripción de un compromiso de actividad [arts. 207.c) y 231 LGSS]. Así pues, el derecho al trabajo obliga a los poderes públicos a establecer políticas activas y pasivas de empleo.

¿Se traduce además el derecho al trabajo en el *derecho a la obtención de un puesto de trabajo*? No parece que el derecho al trabajo atribuya a sus titulares –todos los trabajadores españoles– el derecho a obtener un puesto de trabajo adecuado en la estructura productiva nacional¹⁵⁴. Los poderes públicos no pueden asegurar un empleo a cada trabajador, no sólo porque el sistema económico no genera un número de puestos de trabajo suficiente para todos los demandantes de empleo, sino, sobre todo, porque la creación de nuevos puestos de trabajo y el mantenimiento de los existentes depende de los sujetos privados, en virtud del principio de la libertad de empresa (art. 38 CE). La acción de los poderes públicos no puede determinar, sino tan sólo impulsar o fomentar las decisiones de los empresarios. Por hipótesis, el derecho al trabajo efectivo sólo puede garantizarse en una organización económica en que el propio Estado que proclama el derecho subjetivo sea, al mismo tiempo, el titular de la estructura ocupacional del país o, al menos, esté en condiciones de decidir la creación de empleo en su conjunto y de modo significativo. En un ordenamiento jurídico que reconoce la libertad de empresa, el derecho a obtener un puesto de trabajo no puede formar parte del contenido normativo del derecho al trabajo.

Otra cosa sucede, sin embargo, cuando el artículo 25.2 CE reconoce el derecho a un trabajo remunerado –y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social– a los condenados a penas de prisión que estuvieren cumpliendo las mismas¹⁵⁵. La singularidad de ese reconocimiento no radica

154. *Vid.* ALARCÓN (1979, pp. 20 y ss.), MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 194 y 197 y ss.), MONTOYA (1980, p. 287), PALOMEQUE (1991, pp. 26 y ss. y 1996, p. 15), MARTÍNEZ ABASCAL (2003, pp. 1317 y ss.) y NOGUEIRA (2009, pp. 931, 932 y 935) en la doctrina española; VÉRICEL (2007, p. 180) y REVET (2007, pp. 760 y ss.) en la doctrina francesa y NIKISCH (1961, pp. 43 y ss.) en la doctrina alemana. En opinión de BRAIBANT (2001, p. 134), el derecho al trabajo ofrece un buen ejemplo de derecho que no es ni subjetivo ni justiciable: un desempleado no puede obtener un trabajo invocando el derecho al trabajo ante un tribunal. En otro pasaje, el autor sostiene que los derechos sociales poseen «une "justiciabilité normative" qui permet de défendre devant des instances constitutionnelles ou juridictionnelles l'existence de la mise en oeuvre d'un droit». E indica que «sur ces bases-là, un juge peut très bien construire une théorie équivalente à la reconnaissance d'un droit» (p. 46).

155. Sobre el particular, *vid.* COBO y BOIX (1983, pp. 96 y ss.), SERRANO (1985, pp. 520 y 524 y ss.), PALOMEQUE (1991, pp. 26 y ss. y 1996, pp. 15-16), IBARRECHE (1996, pp. 84 y ss. y 137 y ss.) y MARTÍNEZ ABASCAL, 2003, pp. 1307-1308 y 1330-1331.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tan sólo en la tutela del derecho, si se tiene en cuenta el acceso a los instrumentos de tutela reforzada previstos para los derechos de la sección primera del capítulo segundo del título primero de la CE, sino en el distinto carácter del sujeto obligado a satisfacer el derecho al trabajo. En una economía de mercado, en el caso del derecho al trabajo genérico (art. 35.1 CE), el ofrecimiento de un puesto de trabajo adecuado a un trabajador deriva, de modo directo, de una decisión empresarial de creación de empleo no impuesta formalmente por los poderes públicos. Por el contrario, el sujeto obligado por el ejercicio del derecho al trabajo de los penados internos es la administración penitenciaria y, por tanto, el propio Estado. No se trata, pues, de una proclamación del derecho al trabajo en la Constitución, cuya realización plena depende, en la mayor parte de los casos, de la decisión de un tercero: el empresario. En el supuesto del trabajo de los penados, el cumplimiento y efectividad del derecho que sanciona la ley depende de los propios poderes públicos. De este modo, la obligación de crear la «organización prestacional», en la medida necesaria para proporcionar un puesto de trabajo a todos los internos, es un deber específico de la administración penitenciaria. Pero, desde el punto de vista subjetivo de quien cumple la pena de prisión, es un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se halla condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, «no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata»¹⁵⁶.

Así pues, el derecho al trabajo posee un contenido normativo, aunque no puede entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener o a conservar un empleo¹⁵⁷. Es un derecho individual, que engloba cualesquiera trabajos, ya sean autónomos o dependientes. Incluye el derecho a decidir libremente aceptar o elegir un trabajo, y a no ser obligado, de alguna manera, a ejercer o realizar un trabajo. Además, implica el derecho a no ser privado injustamente del trabajo, y el acceso a un sistema de protección por desempleo. Derivadas del reconocimiento del derecho, surgen obligaciones que los poderes públicos deben cumplir de forma inmediata y no contemplan la progresividad, como sucede con las obligaciones de garantizar la igualdad y la no discriminación en el disfrute del derecho. En definitiva, del derecho al trabajo puede deducirse una protección en el acceso al empleo y frente a la pérdida injustificada e involuntaria del mismo.

El contenido normativo del derecho al trabajo vincula a los poderes públicos, y confiere a los trabajadores derechos e intereses legítimos, que se

156. SSTC 172/1989 y 17/1993.

157. *Vid.* OG 18, aps. 6 y ss. y MOLINA, 2007, pp. 177 y ss.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

traducen, a su vez, en deberes concretos de acción o abstención de los particulares o de los poderes públicos, que crean una barrera protectora del trabajador frente a conductas discriminatorias o arbitrarias, y pueden exigirse ante los jueces y tribunales¹⁵⁸.

4.2. DIGNIDAD EN EL TRABAJO

La ejecución de las obligaciones que derivan del contrato de trabajo no puede traducirse en un atentado a la dignidad del trabajador. A diferencia de lo que sucede con otras relaciones jurídicas, donde la persona del deudor posee una relevancia limitada, el trabajador empeña su vida, su salud y sus energías en la prestación de servicios. Quien trabaja no entrega un objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo: el trabajo es el hombre mismo¹⁵⁹. No puede separarse el trabajo de la persona del trabajador; éste se halla sometido a la dirección de la empresa, que puede disponer no sólo de la prestación laboral, sino también de la persona del deudor del trabajo¹⁶⁰. En suma, el trabajo es el hombre mismo, en su cuerpo y en su espíritu, y no puede constituir el objeto de un contrato de derecho civil¹⁶¹. Por eso, la misión esencial del derecho del trabajo es asegurar el respeto de la dignidad del trabajador¹⁶².

Ante todo, el ordenamiento jurídico ha de garantizar la *seguridad y salud*

-
158. MARTÍN VALVERDE (1980, p. 204) ha escrito que, «si no se puede hablar de un derecho propiamente dicho a la adquisición o conservación de un puesto de trabajo, ello no quiere decir, ni mucho menos, que la fórmula del artículo 35.1 de la Constitución sea jurídicamente inoperante». Para el autor citado, el precepto constitucional es «una fuente generadora de derechos e intereses legítimos singulares de los trabajadores, de alcance más limitado pero más operativo, que se traducen, a su vez, en deberes concretos de acción o abstención de los particulares o de los poderes públicos, exigibles judicialmente en virtud del artículo 24.1 de la Constitución». Entre ellos, cabe mencionar «las exigencias de no discriminación en el empleo, la causalidad del despido individual, y de ser informado por oficinas de colocación de las ofertas de empleo existentes, las cuales se derivarían directamente del reconocimiento del derecho al trabajo en el artículo 35.1, aunque no existiese tutela constitucional sobre tales extremos». Y concluye que «lo que postulan estas proyecciones concretas del derecho al trabajo no es la estabilidad a ultranza en el puesto de trabajo, en contra de los criterios de productividad y rentabilidad propios de una economía de mercado, sino la creación de una barrera protectora del trabajador individual frente a conductas arbitrarias o discriminatorias».
159. SINZHEIMER, 1927, p. 73.
160. Tales son las observaciones de SINZHEIMER (1930, p. 81 y 1933, p. 113), cuando explica la situación de dependencia personal en que se encuentra el trabajador.
161. RIPERT, 1995, p. 275.
162. *Vid.*, al respecto, las consideraciones de SINZHEIMER (1927, p. 73) y, asimismo, de ARANY TÓTH (2008) y, en general, de GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA (2001) y PACHECO (2007) acerca de la dignidad del trabajador en la relación laboral.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

laboral del trabajador. Siendo la seguridad física un principio fundamental del Estado de derecho, el derecho civil se reveló incapaz de garantizarla en la empresa, porque carecía de conceptos adecuados para hacer frente a una situación en que los individuos pierden el dominio de sus cuerpos y se transforman en una mera fuente de energía, que forma parte de una organización concebida por otro¹⁶³. Como primer cometido, el derecho del trabajo ha tenido que suplir esa carencia del derecho de obligaciones, y hacer posible el principio de seguridad de las personas en el interior de la empresa. No es preciso resaltar la amplitud de las disposiciones dictadas con este fin¹⁶⁴. Puede pensarse, en primer lugar, en las normas que aseguran una protección técnica de los trabajadores, como las relativas a la seguridad e higiene en el trabajo, a la medicina en el trabajo y a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Pero el alcance de la idea de la seguridad física es, en realidad, infinitamente más vasto, y se extiende a todas las reglas que conciernen a la salud (por ejemplo, las relativas a la limitación y ordenación del tiempo de trabajo, o a la enfermedad), la reproducción (protección de la maternidad), la vejez (discriminaciones por razón de edad o jubilaciones), el sustento del cuerpo (problemas del mínimo y de la continuidad de los medios de subsistencia, que han dominado el régimen jurídico de los salarios)¹⁶⁵, o su intimidad (reglas relativas a los registros, al test de alcohol, o la jurisprudencia sobre las normas de indumentaria en la empresa)¹⁶⁶.

La idea de la seguridad física se halla, pues, en el centro mismo del derecho del trabajo¹⁶⁷. Aparece en el origen histórico de todos los derechos del trabajo europeos, y constituye la parte irreductible del derecho impuesto por el Estado, aun en los sistemas jurídicos más decididamente abstencionistas. Se encuentra, por lo demás, en el corazón de la construcción del derecho social de la Unión Europea, como demuestra la importante normativa dictada en este terreno, en particular la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. Es, en suma, una idea central, aunque no siempre se tenga en cuenta en ciertos debates, como los relativos a la distribución del tiempo de trabajo.

En España, el legislador ha concretado el principio de protección de la

163. SUPIOT, 1990, p. 487. En este sentido, MENGER (1898, p. 378) ironiza sobre el «diligente padre de familia»: «Si un obrero a su servicio, o bien un inquilino que le ha arrendado una habitación malsana, pierde la salud, o sus fuerzas, le consuela diciendo que ha cumplido con toda exactitud sus obligaciones contractuales».

164. Recogemos el parecer de SUPIOT, 1990, p. 487.

165. SAINT-JOURS (1989) y VALLE (2002).

166. *Vid.*, al respecto, TEYSSIE (1988), KUHNMUNCH (1988), SAVATIER (1990) y GIL (2005).

167. Seguimos a SUPIOT, 1990, p. 487.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

seguridad y salud laboral en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL)¹⁶⁸. La LPRL abandona el nombre genérico de seguridad e higiene en el trabajo, tradicional en nuestras leyes a partir de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, y usual en algunas normas internacionales, como el artículo 7 PIDESC o el artículo 3 CSE. Prefiere la expresión, más moderna, de seguridad y salud de los trabajadores. Acoge así una terminología acuñada en la normativa de la Unión Europea y en algunas normas de la OIT, como el Convenio n° 155, y que habían aceptado ya, en el derecho español, la LGS de 1986 y la Ley de Infracciones y Sanciones de 1988. Quizá el cambio no sea tan sólo de índole terminológica. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que, si bien el artículo 40.2 CE encomienda a los poderes públicos que velen por la seguridad e higiene en el trabajo, el artículo 43 CE reconoce a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud. De este modo, la protección de la seguridad y salud de los trabajadores puede analizarse desde dos perspectivas: una, más tradicional y limitada, que se centra en la seguridad y salubridad de los centros de trabajo, y otra, más moderna y amplia, que pone el acento en la protección integral de la salud de los trabajadores, la prevención de los riesgos, la mejora del medio ambiente de trabajo y la adaptación del trabajo a la persona del trabajador, con miras a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos de los mismos en la salud¹⁶⁹. En la exposición de motivos de la LPRL, el legislador invoca el artículo 40.2 CE, y declara que ese mandato constitucional «conlleva la necesidad de desarrollar una política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados del trabajo». Aun así, una lectura atenta de la norma sugiere que el centro de gravedad se sitúa ahora en la protección de la dignidad y la salud del trabajador. Basta pensar, por ejemplo, en el derecho del trabajador a no ser empleado en puestos de trabajo en que, por sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, pueda poner en peligro su vida o salud o la de sus compañeros u otras personas relacionadas con la empresa¹⁷⁰. Sea como fuere, hemos de recordar que la LPRL desarrolla en el derecho español la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, al tiempo que incorpora disposiciones de otras normas de la Unión Europea, como las Directivas 92/85/

168. Acerca de la seguridad y salud laboral, *vid.* GONZÁLEZ ORTEGA (1979 y 2006), RODRÍGUEZ-PIÑERO (1980, pp. 21-22), ECHEVARRÍA (1983, pp. 68 y ss.), GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO (1996), GONZÁLEZ SÁNCHEZ (1997, pp. 245 y ss.), MOLINA NAVARRETE (2002) y MATÍA (2009, pp. 1034 y ss.).

169. Art. 6 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989.

170. Art. 25 LPRL.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

CEE, 94/33/CEE y 91/383/CEE, sobre protección de la maternidad, de los jóvenes en el trabajo y de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal.

Asimismo, el ordenamiento jurídico ha de proteger los *derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*. Debe garantizar al trabajador el ejercicio de derechos tales como el de la libertad ideológica (art. 16.1 CE), la intimidad personal (art. 18 CE) y el de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1.a) ET]. En un Estado social y democrático de derecho, como el que instaura la CE, no puede admitirse un menoscabo irracional de los derechos inherentes a la dignidad humana por la circunstancia de prestar servicios de forma dependiente. Como subraya en Francia el informe Auroux, de septiembre de 1981, el ciudadano ha de ser libre dentro y fuera de la empresa. Así pues, un Estado de derecho ha de velar para que se cumpla el principio que justifica la existencia del contrato de trabajo como contrato de cambio: la separación entre la prestación de servicios y la persona del trabajador.

En España, el enriquecimiento progresivo de la relación laboral, para tener en cuenta los derechos fundamentales del trabajador, no se produjo por medio del ET de 1980. La doctrina ha aludido a la «insuficiente dimensión constitucional» de tal norma¹⁷¹. Si dejamos a un lado los títulos II y III del ET, que regulan la participación de los trabajadores en la empresa y la negociación colectiva, dicha ley sólo desarrolla dos de los derechos fundamentales que garantiza la CE: el de discriminación [arts. 4.2.c) y 17.1 ET] y el respeto a la intimidad y dignidad [arts. 4.2.e), 18 y 20.3 ET]. La discriminación puede producirse tanto en el acceso al trabajo, como en las condiciones de trabajo. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ha supuesto un avance importante en la lucha contra la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral. Aun cuando no ofrece reparos el régimen legal de protección contra las discriminaciones, los artículos 18 y 20 ET obedecen más a la idea de respaldar o fundamentar los poderes del empresario, que a la de garantizar el desarrollo y la efectividad del derecho a la intimidad y a la dignidad personal¹⁷². En definitiva, aunque el ET es una norma de desarrollo de la CE que inequívocamente democratiza las relaciones de trabajo, no pretende garantizar los derechos de libertad personal de los trabajadores para permitir su ejercicio efectivo en la empresa¹⁷³. El ET es un pequeño código del trabajo, una ley tradicional sobre el contrato de trabajo. Dictado en un momento de crisis económica,

171. CASAS, BAYLOS y ESCUDERO, 1990, pp. 44 y ss.

172. VALDÉS, 1992, p. 36.

173. CASAS, BAYLOS y ESCUDERO, 1990, p. 45.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

el ET no busca tanto la limitación o reducción de los poderes empresariales, cuanto la racionalización de los mismos¹⁷⁴. Así las cosas, surge el problema de saber si los derechos fundamentales limitan no sólo la actividad del Estado, sino también el comportamiento de los particulares¹⁷⁵.

El artículo 35.1 CE y el artículo 4.2.b) ET recogen también el *derecho a la promoción a través del trabajo*¹⁷⁶. En el plano internacional, el artículo 7.c) PIDESC menciona el derecho a la «igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad». De manera no exhaustiva, han desarrollado tal derecho los artículos 23, 24 y 25 ET. Aunque el artículo 23 ET lleva por título «promoción y formación profesional», el precepto está más relacionado con la jornada. Más bien, el

174. RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1990, p. 101.

175. Para un sector importante de la doctrina en Alemania y Suiza, los derechos fundamentales carecen de eficacia directa (*unmittelbare Drittwirkung*) en las relaciones de derecho privado. Según esta concepción, los derechos fundamentales no son, por sí solos, instrumentos adecuados para resolver los conflictos en el derecho privado. En las relaciones interindividuales, todas las partes pueden fundarse, a menudo, en un derecho fundamental para justificar su punto de vista. Es, pues, necesaria la intervención de la ley, que concreta, limita, coordina y da vida a los derechos fundamentales. Ahora bien, los derechos fundamentales son deberes de protección de carácter objetivo, e influyen necesariamente en el derecho privado. La Constitución produce un efecto de irradiación en todo el ordenamiento jurídico, y obliga a los órganos judiciales a interpretar las normas del derecho privado de acuerdo con los principios constitucionales. De forma indirecta (*mittelbare Drittwirkung*), y en especial a través de las cláusulas generales de las buenas costumbres y la buena fe (parágrafos 138 y 242 BGB), los jueces pueden imponer a los particulares el respeto de los derechos fundamentales, ya sea en el ámbito contractual o extracontractual. En Suiza, el artículo 35 de la Constitución federal de 18 de abril de 1999 ha acogido la tesis de la eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales. Pues bien: la CE no establece, de modo expreso, la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales. Aun así, la jurisprudencia constitucional ha mantenido que los derechos fundamentales no sólo afectan a las relaciones entre el Estado y el ciudadano, sino que pueden aplicarse también en las relaciones de coordinación, nacidas entre los particulares: *vid.*, entre otras, las SSTC 18/1984, 88/1985, 177/1988, 129/1989, 4/1996, 106/1996, 204/1997, 197/1998, 80/2001, 20/2002, 126/2003, 196/2004, 181/2006, 125/2007 y 56/2008. Parece admitir así la tesis de la eficacia horizontal directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Acerca de la *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales, *vid.* ALEXY, 1986, pp. 506 y ss.; MÜNCH, 1997; AUER, MALINVERNI y HOTTELLER, 2000, pp. 59 y ss.; y HUFEN, 2007, pp. 99 y ss. Sobre la aplicación por el Tribunal Constitucional de la doctrina de la *Drittwirkung*, GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, 1986; DE OTTO, 1988; MEDINA, 1996, pp. 79 y ss. y 93 y ss.; BILBAO, 1997; y NARNAJO, 2000, p. 186; y, en la doctrina laboralista, SAGARDOY, 2005. *Vid.* LARENZ (1979, pp. 337 y ss.) acerca del criterio de la interpretación conforme a la Constitución.

176. *Vid.* MONTOYA (1980, pp. 289-290), SAGARDOY (1983, pp. 472-473), ALONSO OLEA (1990, p. 36), GARCÍA MURCIA (2003) y NOGUEIRA (2009, pp. 940 y ss.).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

derecho a la promoción a través del trabajo se canaliza a través del artículo 24 ET, que trata de los ascensos, y del artículo 25 ET, sobre la promoción económica. Así pues, el derecho a la promoción en el trabajo es una creación estatutaria, pues no deriva directamente del contrato de prestación de servicios¹⁷⁷.

En nuestro Derecho, el principio de equivalencia de las prestaciones en los contratos sinalagmáticos asume un significado distinto en el contrato de trabajo, en virtud del reconocimiento constitucional del *derecho a un salario suficiente*¹⁷⁸. El artículo 35.1 CE obliga a tener en cuenta puntos de vista sociales a la hora de determinar el carácter justo del salario: todos los españoles tienen derecho «a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia». La ley ha concretado el principio de la suficiencia del salario, al remitir al Gobierno la fijación de un salario mínimo interprofesional (art. 27.1 CE) y al configurar éste como inembargable (art. 27.2 ET). Asimismo, la ley concreta el principio de la suficiencia del salario al prever, en los privilegios del crédito salarial: un período de tiempo a que alcanza el privilegio, una cuantía protegida que se vincula al salario mínimo interprofesional y un plazo para ejercitar los derechos de preferencia¹⁷⁹. Por lo demás, con el reconocimiento de la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga, el ordenamiento jurídico crea los presupuestos para una discusión del salario por las partes negociadoras de igual fuerza, y deja a estas últimas la concreción última del principio de la suficiencia del salario¹⁸⁰.

Por su parte, en virtud de lo establecido en el artículo 40.2 CE, los poderes públicos deben fomentar una política que garantice la *formación y readaptación profesionales*. La Constitución no reconoce esos derechos, de forma di-

177. SAGARDOY (1983, p. 473) y SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, p. 219.

178. Vid. RODRÍGUEZ-PINERO (1980, pp. 27 y ss.), MONTOYA (1980, pp. 290-291), SAGARDOY (1983, pp. 475-476), ALONSO OLEA (1990, pp. 36-37), GARCÍA MURCIA (2002) y VALLE (2002) y, en el Derecho italiano, MENGONI, 1990, p. 14.

179. Vid. el art. 32 ET.

180. LARENZ, 1985, p. 85. En nuestro Derecho, la STC 31/1984 señala que «puede decirse que el sistema normal de fijación del mínimo salarial y, en general, del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios, mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva». Ahora bien, «un Estado social y democrático de Derecho, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad [...] y en que se encomienda a los poderes públicos el promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), ha de complementar aquel sistema de determinación del mínimo salarial estableciendo desde los poderes a los que compete la gobernación unos techos (suelos) salariales mínimos que, respondiendo a aquellos valores de justicia e igualdad, den efectividad al [...] mandato constitucional contenido en el artículo 35.1 (CE)».

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

recta, a los trabajadores¹⁸¹. Los poderes públicos no están compelidos a garantizar directamente, sino tan sólo a patrocinar una política que fomente la formación y readaptación profesionales¹⁸². La realización de las orientaciones constitucionales requiere un desarrollo legislativo. Los poderes públicos no están sujetos a especiales condicionantes, sino que gozan de una gran libertad de decisión en torno a las formas concretas para llevar a cabo tal promoción, que pueden consistir tanto en medidas de fomento como en prestaciones directas. La normativa sobre la formación y readaptación profesionales forma parte del bloque de la legislación laboral, porque halla su razón de ser en la relación con el ejercicio del derecho al trabajo¹⁸³.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2 CE, los poderes públicos deben garantizar el descanso necesario, mediante la *limitación de la jornada laboral* y las *vacaciones periódicas retribuidas*¹⁸⁴. Varios motivos justifican la limitación del tiempo de trabajo a través de normas heterónomas, aprobadas por los poderes públicos, y por medio de la negociación colectiva¹⁸⁵. En primer lugar, el ordenamiento del tiempo de trabajo tiene como primera finalidad impedir que las personas se enajenen o alienen. En la *Filosofía del Derecho*, HEGEL observó que, «por la enajenación de *todo* mi tiempo concreto mediante el trabajo y de la totalidad de mi producción, convertiría en propiedad de otro a lo sustancial de aquéllos, mi actividad y realidad *universales*, mi personalidad»¹⁸⁶. Dicha idea se plasma, por ejemplo, en el artículo 1583 CC, a cuyo tenor «el arrendamiento de servicios hecho por toda la vida es nulo». En segundo lugar, y sin desvincularnos de lo anterior, el ordenamiento se ocupa del tiempo de trabajo porque es necesario para preservar bienes dignos de protección, como la seguridad e higiene (art. 40.2 CE) y la salud del trabajador (art. 43 CE). Las jornadas excesivas ponen en peligro la integridad de las personas. Además, modernamente se comprueba que el trabajo realizado en ciertos momentos, como durante la noche, puede afectar seriamente al bienestar físico de los ciudadanos, por lo que hay que formular garantías para que ello no suceda, o suceda en el menor grado posible. En tercer lugar, el ordenamiento se ocupa de reducir el tiempo de trabajo porque el trabajo es un bien escaso¹⁸⁷. Dicho de otro modo, dado

181. *Vid.*, por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1980, p. 21.

182. Seguimos a GÁLVEZ, 2001b, pp. 862-863.

183. *Vid.* las SSTC 95/2002, 190/2002 y 230/2003, sobre las competencias en materia de formación profesional ocupacional. Las dos primeras sentencias ubican la formación profesional ocupacional dentro del ámbito laboral.

184. *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO (1980, p. 22), ECHEVARRÍA (1996, pp. 92 y ss.) y LÓPEZ BALAGUER (2003, pp. 413 y ss.).

185. SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, pp. 239-240.

186. *Vid.* HEGEL, 1821, p. 141.

187. ALONSO OLEA, 1983.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que su oferta es rígida, y no hay trabajo para todos los que lo solicitan, parece que debe procederse a su reparto mediante ciertas técnicas. Una de ellas consiste en controlar la dedicación de las personas a actividades remuneradas, a través de medidas como la imposición de topes legales a la jornada o el encarecimiento y fijación del número máximo de las horas extraordinarias. La discusión sobre la mayor o menor utilidad de dichas técnicas forma parte del debate sobre el reparto del trabajo, en el que se cuestiona la vigencia de principios básicos que regulaban, hasta ahora, nuestra convivencia, como el de la libertad de la persona de ofrecer sus servicios, que comienza a criticarse desde una ética social que sustituye a la individual, y para la que quien trabaja mucho, puede que no cumpla con las exigencias de la solidaridad.

Por otra parte, en la regulación del descanso semanal, observamos la protección de un doble interés: el del trabajador a gozar de un tiempo de asueto para recuperar las fuerzas empeñadas durante la actividad de la semana y, por otro lado, el de la sociedad, que para organizar su funcionamiento reclama que las personas dispongan, con una cierta regularidad y permanencia, de un período adecuado de tiempo libre para reunirse, realizar actividades comunes y participar en iniciativas y manifestaciones colectivas¹⁸⁸. El hecho de que un tramo del descanso, de día y medio de duración, coincida con el domingo no debe interpretarse como una especie de imposición religiosa¹⁸⁹. Sin perjuicio de la relevancia que los creyentes católicos pueden y deben dar a tal día, y sin perjuicio de que el Estado español haya firmado un Acuerdo con la Santa Sede, en 1979, en que se reconoce el domingo como día festivo, viene aceptándose de forma generalizada que, para nuestro ordenamiento laboral, es éste el día en que por tradición secular se descansa en nuestro país, sentimiento cuya certeza se comprobaría, sin duda, si intentaran introducirse cambios¹⁹⁰. A su vez, la regulación de las

188. GIL (1991) y SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, pp. 255-256.

189. SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, p. 257.

190. En la STC 19/1985 se lee que «el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el domingo como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición». La Sentencia añade que la preferencia del ET «por el domingo lo es por ser éste el día tradicional y generalizado del descanso». Por lo demás, en este punto, el legislador español no hace más que inspirarse en los arts. 2.3 del Convenio n° 14 y 6.3 del Convenio n° 106 de la OIT. La primera de las disposiciones señala que el descanso coincidirá «con los días consagrados por la tradición o las costumbres del país». De todos modos, como también declara la STC 19/1985, el descanso en domingo es una «regla general», de carácter dispositivo, «pues cabe que por convenio colectivo o contrato de trabajo se pacte una regulación distinta». En fin, la determinación del día del descanso es «indiferente para el legislador». En consecuencia, es posible pactar que caiga en un momento distinto de la jornada dominical, para dar satisfacción así a ciertos sentimientos religiosos, como los que recogen las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, reguladoras de las relaciones del Estado con la Fed-

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

fiestas retribuidas y no recuperables satisface, tan sólo, el interés social¹⁹¹. El ordenamiento jurídico se ocupa de ellas porque, con independencia de que sirven para que los trabajadores gocen de un reposo, algunos acontecimientos hay que celebrarlos conjuntamente, por todos los ciudadanos, a los que tiene que concederse tiempo libre para tal fin. Esto explica que haya que cambiar al lunes las fiestas que coincidan con el domingo, el día habitual de descanso durante la semana; orden que, por cierto, ofrece un argumento más a favor de la progresiva laicización del otrora sagrado séptimo día. En fin, el derecho a las vacaciones anuales retribuidas protege tanto el interés individual al descanso, como el familiar o colectivo a disponer de un tiempo común para la convivencia y el esparcimiento. La promesa de las vacaciones periódicas retribuidas, que se encuentra en el artículo 40.2 CE, la ha desarrollado el artículo 38 ET, que debe complementarse con lo dispuesto en los Convenios n° 101, 132 y 146 de la OIT y con la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre.

5. SUJETOS

5.1. TITULARES

Al reconocer el derecho al trabajo a todos los españoles, el constituyente ha buscado establecer, de forma consciente e intencionada, una limitación subjetiva en la titularidad del derecho, al menos en su vertiente constitucional, a favor exclusivamente de los nacionales¹⁹². Así pues, no cabe entender,

ración de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, o incluso para seguir con el proceso productivo cuando sea razonable que la empresa continúe la actividad durante el fin de semana.

191. SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, p. 258.

192. *Vid.* CRUZ VILLALÓN, 2006, p. 538. También MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 190-191) escribe que la «delimitación de titularidad por razón de nacionalidad quiere decir, en primer lugar, que el esfuerzo de la sociedad española» para satisfacer el derecho al trabajo «no se extiende a todos los residentes potenciales, lo cual puede servir de soporte constitucional para una legislación restrictiva del empleo de los extranjeros como la que funciona en la generalidad de los países». El autor añade que, «si se mira con más detenimiento, la mencionada atribución de titularidad significa también que el derecho al trabajo no puede entenderse satisfecho mediante la facilitación de la emigración exterior; y más aún: que la propia situación emigratoria es constitucionalmente indeseable. Dicha interpretación encuentra una confirmación expresa en el artículo 42 de la Constitución, que obliga al Estado a orientar su política hacia el retorno de los trabajadores españoles en el extranjero». *Vid.* NOGUEIRA (2009, pp. 932-933) para un análisis de la jurisprudencia constitucional y ESCOBAR ROCA (2005, pp. 71 y ss.) acerca de los extranjeros como titulares de los derechos humanos.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

como en otras ocasiones, que se trata de una mera fórmula lingüística: el derecho al trabajo es uno de los derechos de cuyo goce automático han estado excluidos, tradicionalmente, los *extranjeros*¹⁹³. Más aún, una de las principales consecuencias prácticas de la distinción entre los nacionales y los extranjeros es, hoy en día, la distinta posición en que se hallan con relación al derecho al trabajo¹⁹⁴. Por tanto, el legislador goza de libertad para regular el acceso de los extranjeros al trabajo como estime más conveniente¹⁹⁵. En este sentido, y según la STC 107/1984, la diferencia de trato entre los trabajadores españoles y extranjeros en el acceso al empleo no resulta contraria al derecho al trabajo, pues no hay un tratado o una ley que establezca la igualdad de trato entre los nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo, como sí existe, por el contrario, para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales, una vez producida la contratación¹⁹⁶.

De forma implícita, el Tribunal Constitucional considera que, al situarse en el artículo 35.1 CE, el derecho al trabajo es un derecho cívico vinculado a la ciudadanía, y no un derecho humano que deba reconocerse a toda persona, por el hecho de serlo¹⁹⁷. Para algún autor, el argumento resulta muy discutible a la luz de la normativa internacional, al resultar pacífico, en nuestros días, el carácter de derecho humano que otorgan al derecho al trabajo ciertas normas internacionales de carácter básico y alcance general y, en particular, el artículo 6.1 PIDESC y el artículo 11.1.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979¹⁹⁸. Aun así, los poderes públicos han decidido otorgar una preferencia a los españoles frente a los extranjeros en la distribución del trabajo como bien escaso. En este sentido, la realización de una actividad lucrativa, por cuenta propia o ajena, exige la obtención de la correspondiente autorización para trabajar, salvo que concurra una de las excepciones que prevé la ley, en virtud de lo dispuesto en los artículos 36 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y las normas reglamentarias de desarrollo¹⁹⁹. Con todo, por aplicación del derecho de la Unión Europea, los nacionales

193. Díez-PICAZO, 2005, p. 486.

194. Díez-PICAZO, *ibidem*.

195. Díez-PICAZO, *ibidem*.

196. Vid. SASTRE (1996, pp. 120 y ss.) para un análisis de la Sentencia.

197. MARTÍNEZ ABASCAL, 2003, p. 1311.

198. Vid. MARTÍNEZ ABASCAL, El art. 11.1.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer reconoce «el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano».

199. Vid. los arts. 62 y ss. del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

de los Estados miembros de la Unión Europea gozan de una libertad de circulación y establecimiento y, en consecuencia, de un derecho al trabajo en igualdad de condiciones con respecto a los españoles²⁰⁰.

Como ciertos titulares tienen dificultades específicas en el ejercicio del derecho al trabajo, el ordenamiento jurídico establece reglas de protección particulares. Así, tradicionalmente, las *mujeres* han sufrido discriminaciones en el acceso al empleo, en el salario y en las condiciones de trabajo e incluso en la extinción del contrato. Las normas internacionales y de la Unión Europea, la CE y las demás normas de derecho interno establecen la igualdad de trato entre el hombre y la mujer, obligan a pagar un salario igual por un trabajo de igual valor y prohíben la discriminación por razón de sexo²⁰¹. En la lucha contra la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, posee una gran importancia la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Los *menores* y los *jóvenes* disponen de una regulación especial o más protectora, en lo que hace, por ejemplo, a la edad de ingreso al trabajo, a la jornada, descansos, trabajo nocturno o normas de fomento de empleo y contratos formativos²⁰². Así, la prohibición de la admisión al trabajo de los meno-

-
200. *Vid.* los arts. 45 y ss. TFUE y el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en la redacción dada por el RD 1161/2009, de 10 de julio, por la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 1 de junio de 2010 (RJ 2010, 5470) y por el Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre.
 201. *Vid.* los arts. 14 y 35.1 CE y los arts. 17, apartados 1, 4 y 5, y 28 ET y, en el Derecho de la Unión Europea, los arts. 8, 153.1.i) y 157 TFUE y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
 202. *Vid.* los arts. 6, 7, 11, 34.3, 37.1 ET y el RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el art. 11 ET en materia de contratos formativos. *Vid.*, también, en el Derecho francés, BORGETTO, 2001, p. 143. En este sentido, el art. 32 de la Convención sobre los Derechos del niño, de 1989, dispone, en su primer párrafo, que «los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social». Y añade, en el párrafo segundo, que «los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo». Las normas de la OIT prohíben también el trabajo infantil: *vid.* los Convenios n° 138 sobre la edad mínima de admisión al trabajo, de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

res de dieciséis años halla su fundamento constitucional en la protección de la seguridad y salud y del derecho a la educación²⁰³.

Otro grupo con problemas de ejercicio del derecho al trabajo y de permanencia en el mercado laboral es el de los *trabajadores de edad avanzada*²⁰⁴. Hasta ahora, los poderes públicos han tratado de favorecer la contratación de los trabajadores mayores. Para un trabajador de edad avanzada, son posibles varias modalidades de contrato de trabajo, unas para él y otras para los trabajadores que los sustituyen, en caso de jubilación total o parcial: el contrato para el fomento de la contratación indefinida y el contrato de relevo. El Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, de 9 abril de 2001, optó por una política favorable al mantenimiento de los trabajadores de edad avanzada en el mercado de trabajo. El acuerdo lo desarrolló la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. A su vez, bajo el título «Medidas en torno a la edad de jubilación y a la prolongación de la vida laboral», el apartado IV del Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, incluye diversas actuaciones dirigidas a incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral, de acuerdo con las orientaciones de la Unión Europea y otros organismos internacionales, sin olvidar la mejora de las garantías de los trabajadores de más edad expulsados prematura-

-
- 1973, y nº 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999, y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo [art. 2.c)].
203. Gozan de capacidad para celebrar un contrato de trabajo, y para obligarse en virtud del mismo, «quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código civil» [art. 7.a) ET], esto es, los mayores de dieciocho años (arts. 315 CC y 12 CE). Asimismo, tienen capacidad plena «los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores» [art. 7.b) ET]. En fin, vivan o no de forma independiente, disponen de capacidad plena los mayores de dieciséis años emancipados por matrimonio, por concesión de quienes ejercen la patria potestad, o por concesión judicial (art. 314, párrafos 2 a 4, CC). Y ello porque «la emancipación habilita al menor para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor» (art. 323 CC). También el pupilo al que el juez haya concedido el beneficio de la mayor edad, de acuerdo con el art. 321 CC. Tienen limitada la capacidad de obrar por razón de la edad los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho no emancipados ni de derecho ni tácitamente. El art. 7.b) ET indica que dichos menores pueden celebrar un contrato de trabajo «con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo». En fin, de la redacción del art. 7.1 ET se desprende, a contrario, que son incapaces los menores de dieciséis años. Por eso, el art. 6.1 ET prohíbe «la admisión al trabajo de los menores de dieciséis años». *Vid.* un resumen de estas situaciones en SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, pp. 175 y ss.
204. *Vid.* SÁNCHEZ-URÁN (2001), SAGARDOY y GIL (2007, pp. 1122 y ss.), ESTÉVEZ (2008), CAMAS (2009) y SEMPÉRÉ y QUINTANILLA (2009) acerca de los trabajadores de edad avanzada en los ámbitos del derecho del trabajo y de la Seguridad Social.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

mente del mercado laboral. Asimismo, modifica la jubilación parcial, con objeto de adecuar esta figura a las características y requerimientos de los procesos productivos en que se enmarca la misma. Desarrollan tales previsiones los artículos 3 y 4 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social²⁰⁵. En fin, tras la firma del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, el Gobierno ha aprobado, en el Consejo de Ministros de 28 de enero de 2011, el Anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social²⁰⁶. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, del mismo nombre, publicada en el BOE de 2 de agosto de 2011, prevé el retraso de la edad ordinaria de jubilación y la ampliación del período de cómputo para el cálculo de la pensión, con el objetivo de asegurar la viabilidad futura del sistema.

De igual modo, las *personas con discapacidad* poseen una regulación especial²⁰⁷. Es incuestionable la necesidad de que existan políticas sociolaborales específicas a favor de las personas discapacitadas, debido, entre otras razones, a la falta de oportunidades laborales, la existencia de prejuicios sociales contra los discapacitados, las deficiencias en materia de formación o la falta de eficacia de las instituciones privadas en la inserción sociolaboral²⁰⁸. Así, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, establece como finalidad de la política de empleo de los trabajadores con discapacidad su integración en el sistema ordinario de trabajo o, de no ser esto posible, su incorporación bien a un centro especial de empleo, bien a un centro ocupacional (arts. 3, 37.1 y 41). De este modo, la legislación diferencia tres ámbitos complementarios para el empleo de las personas con discapacidad. Junto a las normas que regulan la contratación de discapacitados por empresas ordinarias, a través de una relación laboral de régimen común, cuando lo posibilita el grado de discapacidad, se ordenan las medidas que introducen en el derecho positivo un relación especial de trabajo para la prestación de servicios por parte de los discapacitados, con fuertes limitacio-

205. Vid. FERRANDO (2007) acerca del acuerdo y su desarrollo normativo y el Capítulo III de SEMPERE (2008) sobre la reforma de la jubilación.

206. Vid. <http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/280111-enlacepensiones.htm>. El Acuerdo Social y Económico lo firmaron en La Moncloa, el 2 de febrero de 2011, el Gobierno, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y los sindicatos UGT y CC OO. Vid. los comentarios de CAVAS (2011) y GIL (2011). El Proyecto de Ley del mismo nombre se publicó el 1 de abril de 2011: cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, nº 120-1, 1 de abril de 2011.

207. Vid. MONEREO y MOLINA (2002c) acerca del derecho a la protección de las personas con discapacidad y ALBA y MORENO (2004) sobre las personas con discapacidad en el mercado de trabajo.

208. ALBA y MORENO, 2004, p. 169.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nes, en los denominados centros especiales de empleo. Y aún quedan regulados otros llamados centros ocupacionales, para acoger en ellos –más con fines educativos y formativos destinados a la integración social, que con fines productivos encaminados a la integración laboral– a quienes, por su situación, no pueden llevar a cabo una actividad laboral en sentido estricto, por poco exigente que sea ésta.

La intervención de los poderes públicos, para fomentar el acceso al empleo de las personas con discapacidad, respeta las exigencias del principio de igualdad ante la ley. Para garantizar la igualdad de oportunidades y la no discriminación, el artículo 17.3 ET y los artículos 2 y 26 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, habilitan al Gobierno a otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades para acceder al empleo, como es el caso de las personas con discapacidad. De forma específica, el artículo 38.4 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, prevé esta posibilidad.

Así pues, según el grado de protección, cabe distinguir dos grandes modalidades de acceso al empleo de las personas con discapacidad: el empleo ordinario y el empleo protegido²⁰⁹.

Las medidas de integración en el mercado de trabajo ordinario consisten en el establecimiento de cuotas de reserva o medidas alternativas y en el fomento del empleo de las personas con discapacidad.

Entre las medidas de acción positiva, dirigidas a potenciar el acceso al empleo ordinario de las personas con discapacidad, la cuota de reserva de puestos de trabajo es la que presenta un mayor acogimiento y desarrollo en otros países²¹⁰. Como España se constituye en un Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE), el legislador ha optado por obligar a los empresarios a contratar a un cierto porcentaje de personas discapacitadas, dadas las dificultades con que tropiezan para encontrar un empleo. El artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, en la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, obliga a las empresas públicas y privadas que empleen cincuenta o más trabajadores a contar, al menos, con un 2 % de trabajadores con discapacidad en su plantilla²¹¹. Parece claro que tal restricción a la liber-

209. *Vid.*, por todos, CES (2004, pp. 110 y ss.), LALOMA (2007) y GRAU (2008, pp. 251 y ss.).

210. CES, 2004, pp. 111 y ss.

211. El precepto lo han modificado, sucesivamente, la DA 39ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre; la DA 11ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, y la DA 17ª de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. La reserva de puestos de trabajo, que no es contraria al principio de igualdad y no discriminación, ni al derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, exige, en todo caso, que las personas discapacitadas superen las pruebas selectivas pertinentes y acrediten, en su mo-

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

tad de contratación se halla justificada en la protección de otros derechos constitucionales, y no resulta desproporcionada con relación a la finalidad perseguida. La contratación obligatoria de un porcentaje de trabajadores discapacitados constituye una medida de protección del empleo, que puede fundamentarse en el artículo 49 CE y que no restringe desproporcionadamente la libertad de empresa. En la práctica, la obligación se ha incumplido de modo sistemático en las empresas privadas, por la falta de mecanismos de control y reacción eficaces para impedir o dificultar su vulneración²¹². En el ámbito de la Administración General del Estado, la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre el empleo público de discapacitados, reconoce el «lamentable incumplimiento» de la Ley de la Función Pública en esta materia y reserva, en las ofertas de empleo público, un cupo no inferior al 5 % de las vacantes para las personas con discapacidad que la Ley 26/2011, de 1 de agosto, ha elevado al 7%²¹³. En la misma línea, algunas Comunidades Autó-

mento, el indicado grado de minusvalía y la compatibilidad con las tareas y funciones correspondientes, «según se determine reglamentariamente» (STC 269/1994). Además, la cuota de reserva no genera derecho de prioridad en caso de despido colectivo (STS de 4 de febrero de 2002 [RJ 2004, 10168]). En la doctrina, *vid.* MARTÍN VALVERDE (1980, p. 201) acerca de la posibilidad de reservar determinados puestos de trabajo de las empresas a trabajadores pertenecientes a grupos con dificultades de colocación, como medio de la política de empleo que afecta directamente a la vida de la relación de trabajo. En general, *vid.* SASTRE (1996, pp. 170 y ss.) sobre las contrataciones obligatorias de trabajadores.

212. La observación es recurrente en la doctrina: *vid.*, por todos, VILLA, FOLGUERA y MORENO (2000, p. 266), FUNDACIÓN PREVENT (2006) y LIDÓN (2008, p. 37). Aun así, LIDÓN (p. 38) señala que, en la actualidad, no hay datos relativos al grado de cumplimiento de la cuota o de las medidas alternativas. De igual modo, LAMARCA (2009, p. 36) ha advertido que nos encontramos con el problema de la falta de datos y de la ausencia de criterios similares o complementarios en su explotación, que permitan establecer comparaciones y análisis conjuntos. Por eso, sigue resultando difícil conocer qué empresas cumplen con el cupo de reserva y cuáles no.
213. En concreto, la DA 19ª de la Ley 30/1984, tras la redacción dada por la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, preveía un porcentaje del 5%. El art. 59 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del empleado público, en la redacción dada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, establece que, en las ofertas de empleo público, se reservará un cupo no inferior al 5 % de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 %, de modo que, progresivamente, se alcance el 2 % de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de minusvalía y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente. El desarrollo de esta medida se encuentra en el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. Además de prever la reserva del 5 % de las vacantes en las convocatorias e ingreso libre, se establece la posibilidad de hacer convocatorias independientes para su cobertura (art. 4), y se extiende la obligación de reserva a las convocatorias de personal temporal (art. 6), y a los procesos

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nomas, como Castilla-La Mancha, Cataluña y Navarra, han situado el porcentaje de reserva de empleo público en un 5 % de las vacantes.

Si originariamente la Ley 13/1982, de 7 de abril, preveía esta obligación con carácter absoluto, fruto de la modificación operada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medias Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en la actualidad es posible la exoneración total o parcial de la reserva de puestos de trabajo, en las empresas públicas o privadas, cuando se aplique alguna de las medidas alternativas legalmente previstas, y siempre que esta circunstancia esté fundada bien en acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal o, en su defecto, de ámbito inferior, o bien, en ausencia de éstos, en una opción voluntaria del empresario debidamente comunicada a la autoridad laboral²¹⁴. En todo caso, se exige la concurrencia de alguno de los siguientes supuestos: la imposibilidad de los servicios públicos de empleo competentes, o de las agencias de colocación, de atender la oferta de empleo presentada por la empresa, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación o puesto solicitado, o por no estar éstos en las condiciones de trabajo ofrecidas en la oferta; la acreditación por la empresa de la concurrencia de circunstancias de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven una especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa. Las medidas alternativas que pueden aplicar las empresas son: la realización de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o con un autónomo discapacitado, para el suministro de bienes necesarios en el normal desarrollo de la empresa, o para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa; la realización de donaciones y acciones de patrocinio de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y creación de empleo de las personas discapacitadas, a favor de fundaciones o asociaciones de utilidad pública que tengan aquellas

de promoción interna (art. 5). También prevé la incorporación de criterios para adaptar tiempos adicionales en la realización de las pruebas selectivas en función de las especiales dificultades que presenten los aspirantes discapacitados, con el fin de asegurar su participación en igualdad de condiciones que el resto de participantes. Esta previsión la ha desarrollado la Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, de aplicación a los procedimientos de acceso al empleo público del personal de la Administración Civil del Estado, personal civil al servicio de la Administración Militar y personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social y sus organismos autónomos, y subsidiariamente al resto del sector público. *Vid.* RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2008.

214. Las medidas estaban inicialmente previstas en el RD 27/2000, de 14 de enero, pero las ha reglamentado de nuevo el RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, que deroga el anterior, excepto en su DA 2ª.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

actividades como objeto social, o la constitución de un enclave laboral en los términos del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero.

Por lo que se refiere al fomento del empleo de las personas con discapacidad, el ordenamiento jurídico prevé un conjunto de incentivos, entre los que se encuentra la reducción de los costes laborales²¹⁵. Los beneficios están vinculados al tipo de contrato, y no a la situación de discapacidad. Hay facilidades económicas para los contratos de duración determinada y de carácter indefinido. También hay ayudas al trabajo autónomo y deducciones fiscales. Así, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, regula un contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad. El ordenamiento jurídico prevé también facilidades económicas para los contratos de duración indefinida. Además, la Orden de 5 de junio de 2007 contempla los programas de promoción de empleo autónomo de las personas desempleadas en general, entre las que se encuentran las que padecen una discapacidad. En fin, para fomentar el empleo de discapacitados, la normativa reguladora del impuesto de sociedades prevé una deducción fiscal a favor de las empresas que los contraten. Por otra parte, el programa de fomento de empleo con apoyo para la integración de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo es una medida específica, dirigida a personas que, dentro del conjunto de las personas con discapacidad, presentan una discapacidad más severa y, por tanto, una mayor dificultad para acceder al mercado laboral²¹⁶.

Las empresas ordinarias pueden obligarse con trabajadores discapacitados mediante contratos formativos (DA 2ª ET). Los contratos especiales de empleo también pueden concertar contratos para la formación y el aprendizaje. Tales contratos se registrarán por la regulación ordinaria general, pero se fomenta su empleo mediante bonificaciones y subvenciones. Al igual que sucede con los contratos de duración determinada, esas ayudas son compatibles con las subvenciones que concede el Servicio Público de Empleo por la adaptación del puesto de trabajo, dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar siniestros laborales y por la eliminación de barreras u obstáculos que impiden o dificultan el trabajo de los discapacitados (DA 2ª del RD 1451/1983, añadida por el RD 170/2004, de 30 de enero).

Por lo que mira al empleo protegido, entre las medidas de apoyo a los minusválidos previstas en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se encontraba la creación de centros especiales de empleo²¹⁷. Tales centros tienen como ob-

215. *Vid.* ALBA y MORENO, 2004, pp. 75 y ss.

216. *Vid.* el RD 870/2007, de 2 de julio.

217. Los centros especiales de empleo se hallan reglamentados en el RD 2273/1985, de 4 de diciembre, modificado por el RD 427/1999, de 12 de marzo.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

jeto social el fomento del empleo de discapacitados, pero no se les exige que carezcan de fines lucrativos. Como contrapartida, y para propiciar su viabilidad económica, dichos centros reciben ayudas y subvenciones. La legislación prevé una relación laboral especial de los discapacitados que trabajan en los centros especiales de empleo²¹⁸. Puede acceder al centro especial de empleo la persona que tenga reconocida una discapacidad en grado igual o superior al 33 % y, como consecuencia, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje, en relación con trabajadores de la misma cualificación o categoría profesional. Quedan excluidos de esa normativa los discapacitados que trabajen en empresas ordinarias y quienes, no siendo discapacitados, trabajen en los centros especiales de empleo. También quienes, por tener una mayor discapacidad, estén acogidos en centros ocupacionales²¹⁹. En la actualidad, hay unos 1.600 centros especiales de empleo, que dan ocupación a unos 47.000 trabajadores con discapacidad²²⁰.

Cabe señalar, por último, que las personas discapacitadas que prestan servicios laborales en el marco de un contrato de trabajo ordinario se rigen por el régimen jurídico común, establecido en el ET, pero con las singularidades precisas para garantizar una adecuada protección en el trabajo, en materias tales como el derecho a la no discriminación, la seguridad y salud laboral, las condiciones de trabajo o el mantenimiento en el empleo. Para el logro de la igualdad de oportunidades, el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE y el artículo 37 bis de la Ley 13/1982, de 7 de abril, obligan al empresario a llevar a cabo ajustes razonables y a prevenir y compensar las consecuencias de la discapacidad²²¹. El principio del ajuste razonable se conecta

218. La posibilidad, prevista en el originario art. 2.1.g) ET, de que por ley puedan declararse nuevas relaciones especiales de trabajo, adicionales a las listadas en el propio art. 2.1, se utilizó por la Ley 13/1982, de 7 de abril, cuyo art. 41.1 dispone que los minusválidos incapacitados para realizar un trabajo «en las condiciones habituales» deberán ser ocupados en centros especiales de empleo, siendo la suya una «relación laboral de carácter especial», que debía regular el Gobierno (DA 6ª, hoy suprimida). Tal regulación la ha llevado a cabo el RD 1368/1985, de 17 de julio. El actual art. 2.1.g) ET considera directamente relación laboral especial la de los minusválidos en centros especiales de empleo. *Vid.* GARRIDO, 2000.

219. Tales centros los regula el RD 2274/1985, de 4 de diciembre.

220. *Vid.* LIDÓN (2008, p. 39) y, en general, ALBA y MORENO (2004, pp. 105 y ss.) y LALOMA (2007).

221. El art. 37 bis de la Ley 13/1982, de 7 de abril, dispone: «1) Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad. 2) Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Para determinar

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

con el más general de diseño para todos, que recoge el artículo 2.d) de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, y que se define como la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan utilizarlos todas las personas, en la mayor extensión posible.

5.2. OBLIGADOS

Ante todo, el derecho al trabajo obliga a los poderes públicos, que deben respetar, proteger y realizar el derecho. Corresponde a los mismos adoptar políticas activas y pasivas de empleo que fomenten la creación de empleo y protejan al trabajador en los casos de pérdida involuntaria del empleo. En esa tarea, pueden ejercer competencias tanto el Estado como las Comunidades Autónomas y, de forma más limitada, las entidades locales. En ocasiones, los poderes públicos actúan como empleadores, en cuyo caso han de respetar las disposiciones legales y reglamentarias sobre el empleo público y, en especial, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Un supuesto particular lo ofrece la administración penitenciaria, cuando emplea al condenado a pena de prisión.

El derecho al trabajo vincula también al poder judicial. En virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución, los jueces y tribunales han de tener en cuenta el derecho al trabajo al aplicar las normas de derecho privado y, en particular, las cláusulas generales, como la buena fe, y los conceptos jurídicos indeterminados²²². La interpretación de acuerdo con el derecho al trabajo puede servir, por ejemplo, para analizar la licitud de las restricciones al ejercicio del derecho al trabajo, establecidas por las partes de la relación laboral, de acuerdo con la autonomía de la voluntad.

si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa». *Vid.* también el art. 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. La Ley 26/2011, de 1 de agosto, desarrollada por el RD 1276/2011, de 16 de septiembre, adapta la normativa española a la Convención, y autoriza al Gobierno a elaborar y aprobar, en el plazo de un año a contar desde su entrada en vigor el 3 de agosto de 2011, la refundición de los siguientes textos legales: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (DF 2ª de la Ley 26/2011).

222. *Vid.* RIEDEL (1987, p. 145) en el Derecho alemán.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En general, en una economía de mercado, el ofrecimiento de un puesto de trabajo adecuado a un trabajador deriva, de modo directo, de una decisión empresarial de creación de empleo no impuesta formalmente por los poderes públicos²²³. Así pues, el empresario es el sujeto obligado a respetar el contenido normativo del derecho al trabajo²²⁴. Como los poderes del empresario hallan su fundamento en la libertad de empresa (art. 38 CE), el derecho al trabajo puede colisionar con la libertad de contratación del empresario y con el reconocimiento de la facultad de despedir. Los poderes públicos han de velar por el equilibrio entre el derecho al trabajo y la libertad de empresa y, en lo que aquí interesa, por que el empresario no restrinja, de forma injustificada, los derechos e intereses legítimos que derivan del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo.

Los sindicatos también pueden interferir y condicionar el ejercicio del derecho al trabajo. Así, por ejemplo, las cláusulas de sindicación forzosa, como las denominadas *unión shop* o *closed shop*, típicas del derecho anglosajón, condicionan el empleo a la pertenencia o afiliación al sindicato firmante del convenio colectivo, y vulneran, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 CE)²²⁵. De igual modo, la negociación colectiva puede fijar edades para la jubilación forzosa del trabajador, o establecer preferencias en el empleo o compromisos del empresario de no llevar a cabo despidos o de recolocar a trabajadores despedidos.

6. INTERVENCIONES Y LÍMITES

Conviene señalar que la reserva de ley no impide que el convenio colectivo, en cuanto norma de origen profesional, regule aspectos concernientes al ejercicio del derecho al trabajo en las relaciones laborales. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 37.1 CE reconoce el derecho a la negociación colectiva, y el convenio colectivo estatutario tiene naturaleza normativa y eficacia *erga omnes*. Por eso, el convenio colectivo podrá desarrollar y aun restringir el derecho al trabajo y los demás derechos laborales, siempre que la limitación se halle justificada y respete el principio de proporcionalidad.

223. Vid. MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 194 y 197 y ss.), MONTOYA (1980, p. 287) y PALOMEQUE (1996, pp. 15-16).

224. En opinión de SAGARDOY (1983, p. 471), «ese derecho al trabajo, que es un derecho subjetivo público, se puede y debe ejercitar –aunque no sea en un sentido estrictamente *procesal*– no sólo frente a los Poderes Públicos, sino también frente a los privados o particulares». Y añade: «En concreto frente a los empresarios y sus organizaciones y frente a los propios trabajadores y sus sindicatos».

225. Vid. MARTÍN VALVERDE (1980, p. 203), MONTOYA (1980, p. 288) y OJEDA (1998, pp. 43-44).

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

Pues bien, el derecho al trabajo y los demás derechos laborales han de desarrollarse en el marco que establece la Constitución, la cual reconoce también otros derechos fundamentales. Aunque el fin esencial del derecho del trabajo consiste en proteger la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, el contenido de las normas laborales también está condicionado por la garantía constitucional de los derechos de propiedad (art. 33 CE) y de libertad de empresa (art. 38 CE)²²⁶. En la medida en que derechos constitucionalmente reconocidos al trabajador, como el derecho al trabajo o a la promoción profesional, pueden colisionar con el principio de la libertad de empresa, el legislador ha de llevar a cabo una concordancia práctica entre los distintos intereses. La conciliación entre los derechos de los trabajadores y de los empresarios corresponde, pues, esencialmente al legislador o a la negociación colectiva. Pero el Tribunal Constitucional puede llevar a cabo un control de constitucionalidad de las leyes que desarrollen o restrinjan la libertad de empresa, para enjuiciar la conformidad de las normas laborales con el orden económico que reconoce y protege la Constitución. Tal circunstancia puede suscitar delicados problemas de equilibrio entre las competencias del poder legislativo y del Tribunal Constitucional²²⁷, y hacer que el derecho del trabajo se sitúe bajo la vigilancia constitucional del derecho del mercado, cuyo primer pilar lo constituye la libertad de empresa²²⁸.

En todos los ordenamientos jurídicos de las economías de mercado, el ingreso al trabajo se lleva a cabo a través de la libre contratación. El empresario tiene libertad para encomendar las tareas de la empresa a quien quiera, y el trabajador tiene libertad para ofrecer sus servicios a cualquier empresario. En la libertad de empresa, debe entenderse comprendida la libre contratación de la mano de obra. Así, puede decirse que el derecho del trabajo opera una drástica reducción de la autonomía de la voluntad en su función de reglamentación y determinación del contenido de la relación laboral, pero respeta la plenitud de tal autonomía en su dimensión constitutiva de las relaciones jurídicas; o, lo que es lo mismo, el empresario puede contratar

226. Así, ALARCÓN (1992, p. 11) ha podido escribir que, «aunque pueda parecer paradójico, el primer precepto que hay que citar para analizar la presencia del Derecho del Trabajo en la CE no es otro que el artículo 38, cuyo primer inciso "reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado", condición necesaria –aunque, ciertamente, no suficiente– para la propia existencia del Derecho del Trabajo».

227. *Vid.*, en este sentido, la decisión del *Conseil constitutionnel* francés de 12 de enero de 2002, que ha anulado el art. 107 de la Ley de modernización social, de 17 de enero de 2002, por restringir desproporcionadamente el derecho a la libertad de empresa al regular el despido por causa económica. *Vid.* el comentario crítico de LYON-CAEN, 2002.

228. *Vid.* LYON-CAEN, 2002, p. 259.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

libremente a los trabajadores, pero no puede determinar libremente el contenido del contrato²²⁹. De este modo, las excepciones a la libertad de contratación son restricciones a un derecho de los ciudadanos: la libertad de empresa. Y, por eso, el orden constitucional exige que vengan plenamente justificadas, y que respeten el principio de proporcionalidad²³⁰.

Por otro lado, no puede deducirse de la libertad de empresa ni una libérrima libertad contractual, ni un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la necesaria concordancia práctica que ha de establecerse entre los artículos 38 y 35.1 CE y, sobre todo, habida cuenta de la existencia de un Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE). Ahora bien, tampoco del derecho al trabajo y del carácter social del Estado puede deducirse la legitimidad constitucional de una regulación del despido que contraríe, y no tome en consideración, el principio de la libertad de empresa²³¹. De este modo, el legislador ha de llevar a cabo una concordancia práctica entre los derechos del trabajador y del empresario, para que la protección contra el despido no se traduzca en una restricción irrazonable de la libertad de empresa²³². Según las opciones de política legislativa, el régimen jurídico del despido puede variar: las causas de despido pueden configurarse de forma más amplia o estricta; los requisitos procedimentales y formales pueden ser más o menos rigurosos; las indemnizaciones pueden ser más o menos elevadas²³³; pueden existir o no salarios de tramitación²³⁴. La Constitución sólo

229. Hemos seguido la exposición de SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, p. 191.

230. Vid. SAGARDOY, VALLE y GIL, *ibidem*, y LÓPEZ GUERRA y OTROS, 2002, p. 438.

231. En este párrafo, he recogido el criterio de RODRÍGUEZ-PINERO, 1997, p. 6.

232. Vid. RODRÍGUEZ-PINERO (1997, p. 6) y SAGARDOY y GIL (2003, pp. 374 y ss.).

233. Con todo, los tribunales franceses han cuestionado la licitud de las cláusulas convencionales o contractuales que regulan la indemnización de despido, y que tienen por efecto privar al empresario de su derecho a despedir: *vid.* PÉLISSIER, SUPLOT y JEAMMAUD (2008, p. 674 y nota 3), quienes citan *Douai*, 18 de diciembre de 1992, *RJS* 5/93, n° 568, acerca de una indemnización de tres años de salario, y debida incluso en caso de falta muy grave del trabajador.

234. No parece que pueda mantenerse la inconstitucionalidad de la regulación material de los salarios de tramitación que estableció el RDley 5/2002, de 24 de mayo, y que luego modificó la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. En efecto, es difícil ver en el régimen jurídico del RDley una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), una lesión del derecho al trabajo (art. 35.1 CE) o una infracción del principio de reserva de ley, al regular el Gobierno por Decretoley una materia reservada en exclusiva al Parlamento. La STSJ de Aragón de 21 de noviembre de 2002 ha descartado la inconstitucionalidad de la regulación material de los salarios de tramitación: *vid.* *Actualidad Laboral*, suplemento n° 7, 10 al 16 de febrero de 2003, pp. 617 y ss., con un comentario de BORRAJO, 2003. La STC 68/2007 declara inconstitucional y nulo el RDley 5/2002, por vulneración del art. 86.1 CE. La sentencia no enjuicia la constitucionalidad del régimen jurídico de los salarios de tramitación, al haber derogado la Ley 45/2002 los aspectos cuya licitud

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

veda las regulaciones que desconozcan de forma palmaria la libertad de empresa o el derecho al trabajo. Por su parte, en algunos casos, el derecho de la Unión Europea exige que la indemnización sea suficiente²³⁵. En ocasiones, la negociación colectiva también puede contribuir a perfilar el alcance del poder empresarial de despido. Y, así, puede resultar legítimo que el empresario renuncie a la extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, durante el período de vigencia de un convenio colectivo, y a cambio de otras concesiones por parte de los trabajadores.

Aclarado esto, ¿hasta dónde puede llegar el control del Tribunal Constitucional, en caso de recurso por vulneración de la libertad de empresa? El problema se ha planteado en Francia. En una decisión polémica, de 12 de febrero de 2002, el *Conseil constitutionnel* ha anulado el artículo 107 de la Ley de modernización social, de 17 de enero de 2002, por restringir desproporcionadamente el derecho a la libertad de empresa al regular el despido por causa económica²³⁶. El *Conseil constitutionnel* señala que el precepto mencionado refleja una colisión de derechos fundamentales, protegidos por la Constitución: la libertad de empresa, por un lado, y el derecho al trabajo, por otro. Tal colisión obliga a una conciliación, que ha de realizar el legislador. En virtud de una exigencia constitucional, el legislador puede restringir otro derecho fundamental. Pero la actividad del legislador tiene límites. De las limitaciones no puede resultar un atentado desproporcionado o manifiesta-

cuestionaban los recursos (FJ 4). Por su parte, y aunque con una argumentación a veces discutible, la STC 84/2008 rechaza que constituya una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a la tutela judicial efectiva una regulación legal de los salarios de tramitación que otorga el derecho a percibirlo cuando el empresario opta por la readmisión del trabajador cuyo despido se declara improcedente, pero no cuando opta por abonar la indemnización. *Vid.* GIL (2003, 2009a, p. 113 y 2009b, pp. 413-414, nota 46) sobre la cuestión y, general, GOERLICH (2005, pp. 235-236 y 240-241) sobre la libertad de que dispone el legislador para determinar los límites frente al despido, en particular el basado en motivos personales.

235. Según recuerda LEFEBVRE (2007, p. 220), de acuerdo con el principio de suficiencia indemnizatoria, determinadas Directivas de la Unión Europea sobre discriminación exigen que el procedimiento judicial o administrativo que adopten los Estados, y que ha de estar disponible para los afectados de forma efectiva, garantice la reparación íntegra de los daños, sin topes preestablecidos, en términos que, además, sean disuasorios ante estas prácticas, para evitar que sea lucrativa la actuación discriminatoria: *vid.* el art. 15 de la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, de aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; el art. 17 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y el art. 25 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

236. *Vid.* el comentario crítico de LYON-CAEN, 2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mente excesivo a la libertad de empresa con respecto a la finalidad perseguida. Pues bien: por vez primera, en nombre del respeto a la libertad de empresa, el *Conseil constitutionnel* ha condenado una disposición que regula una pieza central del derecho del trabajo: el despido. El *Conseil constitutionnel* tiene en cuenta tres coerciones a la libertad de empresa: la limitación de las posibilidades de despedir por causa económica a tan sólo tres posibilidades, que no incluyen el cese de actividad de la empresa; la limitación de los despidos económicos por reorganización al caso en que ésta sea «indispensable para el mantenimiento de la actividad de la empresa» y, en tercer lugar, el que las dificultades económicas no sólo deban ser serias, sino también no haber «podido superarse por cualquier otro medio». Para el *Conseil constitutionnel*, el efecto acumulado de esas tres coerciones constituye un atentado desproporcionado a la libertad de empresa: el artículo 107 de la Ley de modernización social sólo permitía a la empresa despedir si estaba en juego su pervivencia. La decisión del *Conseil constitutionnel* francés ilustra, pues, que el control de proporcionalidad puede hacer inviables ciertas opciones de política legislativa, encaminadas a restringir el despido, y plantea delicados problemas de equilibrio entre los órganos constitucionales²³⁷.

En fin, la libre elección de la profesión u oficio no puede concebirse en términos absolutos, sino condicionada a la capacitación del trabajador y a las circunstancias del mercado²³⁸. La ley enmarca el derecho a la libre elección de la profesión u oficio, y exige la posesión de un título o una cualificación profesional, o el cumplimiento de ciertas exigencias, como la colegiación obligatoria. Un buen ejemplo lo ofrece el ejercicio de la profesión de abogado. Como destaca la exposición de motivos de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, la regulación del régimen de acceso a la profesión de abogado es una exigencia derivada de los artículos 17.3 y 24 CE, en la medida en que estos profesionales son colaboradores fundamentales en la impartición de la justicia, y la calidad del servicio que prestan redundando directamente en la tutela judicial efectiva que la CE reconoce a los ciudadanos. La exposición de motivos añade que la experiencia del derecho comparado muestra que la actuación ante los tribunales de justicia y las demás actividades de asistencia jurídica requieren la acreditación previa de una capacidad profesional que va más allá de la obtención de una titulación universitaria, lo cual justifica la regulación de dos títulos profesionales complementarios al título universitario en derecho: los de abogado y procurador. Así pues, en tales casos, la

237. *Vid.* LYON-CAEN (2002) acerca de los riesgos de un control intenso de la actividad del legislador por parte del *Conseil Constitutionnel*.

238. MONTROYA, 1980, p. 289.

limitación del derecho se fundamenta en la necesidad de garantizar la calidad del servicio y de proteger los derechos de los consumidores y usuarios. Por otro lado, como sanción penal, el individuo puede ver restringido el derecho a elegir libremente la profesión u oficio. El artículo 39.b) y concordantes del Código Penal contempla la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en esa ley. El artículo 45 CP dispone que la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha de concretarse de forma expresa y motivada en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena.

7. GARANTÍAS

Ante todo, los derechos al trabajo y a unas condiciones de trabajo dignas gozan de las garantías que establece el artículo 53 CE²³⁹.

Por su parte, el derecho al trabajo de los penados, que reconoce el artículo 25.2 CE, se encuadra en la sección primera del capítulo segundo del título I, sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por eso, no sólo goza de las garantías del derecho general al trabajo, sino también de la tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE). Además, ha de regularse por medio de una ley orgánica (art. 81.1 CE).

Los derechos que recogen los artículos 40 y 41 CE son principios rectores de la política social y económica, que se encuentran en el capítulo III del título I de la norma fundamental. En virtud de lo establecido en el artículo 53.3 CE, el reconocimiento, el respeto y la protección de tales principios informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y sólo podrán alegarse ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Quien considere vulnerado los derechos al trabajo o a unas condiciones de trabajo dignas, puede deducir las oportunas pretensiones ante los jueces y tribunales de la jurisdicción social. Asimismo, tales derechos se hallan protegidos por las normas penales y administrativas. Así, el CP castiga el acoso sexual²⁴⁰ y moral²⁴¹ y ciertos delitos contra los derechos de los trabajadores, como la imposición de condiciones de trabajo contrarias a las leyes, las graves

239. Vid. DÍEZ-PICAZO (1996) y JIMÉNEZ CAMPO (1996 y 1999, pp. 121 y ss.) acerca de las garantías de los derechos fundamentales.

240. Art. 184.

241. Art. 173.2.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

discriminaciones o la infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales²⁴². De igual modo, la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, recoge distintas infracciones graves en materia de relaciones laborales, entre las que se encuentran, por ejemplo, la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo, o el establecimiento de condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo. Asimismo, tipifica como infracciones muy graves, por ejemplo, la transgresión de las normas sobre trabajo de los menores, las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones, y el acoso sexual o el acoso discriminatorio²⁴³. El artículo 40 LISOS establece la cuantía de las sanciones. Y así, en los casos de sanción muy grave, en su grado máximo, la Administración laboral puede imponer una multa de 100.006 a 187.515 euros.

En el plano contractual, el ordenamiento jurídico protege también los derechos al trabajo y a unas condiciones de trabajo dignas. En los casos de incumplimiento, y de acuerdo con los principios generales en materia de obligaciones y contratos, el trabajador puede exigir el cumplimiento en sus propios términos de las obligaciones impuestas por las normas legales o convencionales de carácter heterónomo, o acordadas por las partes en el ejerci-

242. El art. 311.1 CP castiga con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. A su vez, el art. 314 CP castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado. Por su parte, el art. 316 CP castiga con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a los que, con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física. Y el art. 317 CP aclara que, cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, se castigará con la pena inferior en grado.

243. *Vid.* los arts. 7 y 8 LISOS.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

cio de la autonomía de la voluntad. Además, el trabajador puede exigir una indemnización por los daños y perjuicios que haya causado el incumplimiento. Los artículos 182.1 c) y 183 LJS prevén, de forma expresa, la indemnización en los supuestos de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador. En tercer lugar, el trabajador puede solicitar al juez la extinción del contrato de trabajo. El artículo 50 ET considera como una justa causa para que el trabajador pueda solicitar al juez la extinción del contrato de trabajo cualquier incumplimiento grave de las obligaciones por parte del empresario. En tal supuesto, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones por despido improcedente: cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades (art. 56.1 ET).

Una de las novedades de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres consiste en la compatibilidad de la indemnización por extinción del contrato con una indemnización adicional por daños y perjuicios. Desde un punto de vista práctico, había planteado problemas la compatibilidad de la indemnización de daños y perjuicios con las indemnizaciones por despido, en casos tales como los de acoso psicológico al trabajador. Tradicionalmente, las indemnizaciones por despido o por resolución judicial del contrato a instancias del trabajador se han considerado como incompatibles con un nuevo resarcimiento, basado en las normas de derecho civil²⁴⁴. Las SSTs de 11 de marzo (RJ 2004, 3401) y 25 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 1058) reiteraron tal incompatibilidad en supuestos de acoso psicológico. Como tal solución no resulta satisfactoria si se produce un atentado a un derecho fundamental del trabajador, la jurisdicción social ha acabado por admitir la compatibilidad entre las indemnizaciones por extinción de la relación jurídica y por daños y perjuicios, si concurre un acoso psicológico²⁴⁵. La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ha codificado esa doctrina, que protege de forma intensa la seguridad en el empleo, en los supuestos de discriminación o de lesión de los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador.

Así, el nuevo párrafo segundo del artículo 26.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) permite reclamar, en el mismo proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los artículos 182.1 e) y 183 LJS. En su nueva redacción, el artículo 183 JRS dispone que, cuando la sentencia declare la existencia de la vulneración del

244. SSTs de 22 de enero de 1990 (RJ 1990, 183), 5 de febrero de 1996 (RJ 1996, 849), 3 de abril de 1997 (RJ 1997, 3047) y 31 de mayo de 2006 (RJ 2006, 6133).

245. STS de 17 de mayo de 2006 (RJ 2006, 7176).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

derecho, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda al trabajador por haber sufrido la discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. La indemnización será compatible, en su caso, con la que pueda corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal, no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social; mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.

En los casos de falta de justificación del despido, el ordenamiento jurídico distingue entre la improcedencia y la nulidad del despido. El artículo 55.5 ET reserva la calificación del despido nulo a aquel que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la ley, o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, han precisado algunas causas de discriminación, como las relativas al embarazo o a las víctimas de la violencia de género. Pues bien, el despido nulo tendrá, como efecto, la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir (art. 55.6 ET). En este sentido, los artículos 113, 282, 283 y 284 LJS aseguran la reintegración obligatoria del trabajador cuyo despido se califique como nulo.

Por otro lado, el despido es improcedente si no queda acreditado el incumplimiento grave y culpable que alega el empresario, o no se respetan los requisitos de forma que establece el artículo 55.1 ET (art. 55.4 ET). El empresario debe optar entre readmitir al trabajador o indemnizarlo con una cantidad de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades (art. 56.1 ET). En ambos casos,

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

habrá de abonar los salarios de tramitación, desde la fecha en que se produjo el despido hasta la notificación de la sentencia que lo declare improcedente. Tal y como dispone el artículo 56.3 ET, «en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera». La opción entre ambas corresponde al trabajador, cuando se trata de un representante legal de los trabajadores o delegado sindical; cuando la opción, expresa o presunta, sea a favor de la readmisión, ésta será obligatoria (art. 56.4 ET).

De forma indirecta, las últimas reformas laborales han liberado al empresario de parte de las indemnizaciones por despido. En la redacción que le ha dado la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, el artículo 56.2 ET permite la exoneración del pago de los salarios de tramitación si el empresario reconoce la improcedencia desde la fecha del despido hasta la de la conciliación²⁴⁶. En concreto, y según el precepto citado, en el supuesto de que la opción entre la readmisión o la indemnización corresponda al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconozca la improcedencia del mismo y ofrezca la indemnización legalmente prevista, depositándola en el juzgado de lo social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste. Cuando el trabajador acepte la indemnización, o cuando no la acepte y el despido se declare improcedente, los salarios de tramitación quedarán limitados a los devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito. Pero la ley 45/2002 añadió un nuevo caso de exoneración del pago de los salarios de tramitación. En su virtud, el empresario queda liberado por completo de la obligación de pagar estos salarios si reconoce la improcedencia y deposita, en el juzgado de lo social, y en el plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, la indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades. Aunque la ley lo contempla como una excepción, se convertirá, en la práctica, en la regla general. En definitiva, la nueva redacción del artículo 56.2 ET parece ofrecer al empresario un mecanismo para abaratar el coste del despido, limitando y aun suprimiendo la cuantía de los salarios de tramitación. El ofrecimiento es un acto unilateral y espontáneo del empresario, que no precisa de aceptación por parte del trabajador para que se produzca el efecto legal. El hecho de que el depósito se haya configurado como judicial, puede sobrecargar los juzgados de lo social²⁴⁷.

De entre todas las novedades de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre,

246. *Vid.* GIL, 2003a.

247. *Vid.* GIL (2003a, pp. 14-15) y los autores que cita.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, las de mayor contundencia afectan al régimen jurídico y al coste del despido. En principio, la ley no modifica la cuantía de las indemnizaciones por despido. La indemnización por despido colectivo y objetivo sigue siendo de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades [arts. 51.8 y 53.1.b) ET]. En los supuestos de despido disciplinario improcedente, si opta por la indemnización, el empresario ha de abonar cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades (art. 56.1 ET). En fin, si el contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida se extingue por razones objetivas, y el despido resulta improcedente, el empresario debe pagar treinta y tres días de salario por año de servicio, con un máximo de veinticuatro mensualidades (DA 1ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio). Ahora bien, de forma indirecta, la reforma abarata el coste del despido.

En primer término, se restringen las posibilidades de control judicial de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y, por tanto, será más viable que el empresario pague veinte días por año de servicio, en vez de treinta y tres o cuarenta y cinco [arts. 51.1 y 52.c) ET]. La reforma altera el centro de gravedad de la regulación del despido. Busca así acabar con la anomalía de que cerca del ochenta por ciento de los despidos sean disciplinarios, debido a que el empresario prefiere pagar una indemnización superior, para evitar un proceso laboral largo y lleno de incertidumbre. A partir de ahora, el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción restará parte del protagonismo al despido disciplinario, que ha venido ofreciendo, en nuestro derecho, el régimen común de protección en la materia. Al dilatarse el ámbito del despido colectivo y objetivo, se contrae el del despido disciplinario. Un mayor número de extinciones del contrato se saldará con una indemnización menor a la del despido disciplinario improcedente.

En segundo lugar, la ley aspira a reducir de forma indirecta el coste del despido objetivo improcedente, al generalizar el recurso al contrato para el fomento de la contratación indefinida, con una indemnización por despido objetivo improcedente inferior a la de despido disciplinario improcedente (DA 1ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio). La Ley rebaja a un mes, con respecto a los tres que establecía el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, el requisito de estar inscrito ininterrumpidamente como demandante de empleo. El contrato podrá concertarse con mujeres desempleadas para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con un menor índice de empleo femenino, tal y como preveía el Real Decreto-ley y, además, con mujeres en los dos años inmediatamente posteriores a la fecha del parto o de la adopción

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

o acogimiento de menores; desempleadas que se incorporen al mercado de trabajo tras un período de inactividad laboral de cinco años y víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos. La Ley da también un nuevo plazo para transformar los contratos de duración determinada, incluidos los contratos formativos, que ha vuelto a ampliar el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto. En suma, los trabajadores con un contrato para el fomento de la contratación indefinida percibirán una indemnización inferior a la del despido disciplinario improcedente, cuando el contrato se extinga por causas objetivas y el despido se declare improcedente. Tras la entrada en vigor de la norma, el contrato por tiempo indefinido ordinario queda relegado a los ya vigentes y a los fichajes entre empresas. Como ya he indicado, la reforma no modifica la indemnización por despido de los trabajadores con un contrato de duración indefinida.

Además, respetando las cuantías establecidas para los distintos supuestos de extinción, la ley reduce las cantidades que deben abonar los empresarios en caso de despido colectivo u objetivo. De forma transitoria, el Fondo de Garantía Salarial se hará cargo del pago de ocho días de indemnización, en los despidos individuales o colectivos (DT 3^a de la Ley 35/2010). Antes de la reforma, el Fondo de Garantía Salarial sólo abonaba el 40 % del coste del despido colectivo u objetivo procedente, si la empresa tenía menos de veinticinco trabajadores (art. 33.8 ET). El preámbulo de la ley recalca que, de este modo, se preserva el compromiso del Gobierno de mantener los derechos de los trabajadores y aliviar a las empresas de una parte de los costes extintivos. Y añade que la medida no supone una asunción por el Estado de una parte de los mismos, ya que se instrumenta a través de un organismo público que se nutre exclusivamente de cotizaciones empresariales. El Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, ha modificado la DT 3^a de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

Es significativa la socialización del riesgo que supone la participación coyuntural y transitoria del Fondo de Garantía Salarial en el pago de una parte de las indemnizaciones, hasta que se adapte a nuestro derecho el denominado modelo austriaco, mediante la creación de un fondo de capitalización individual, mantenido a lo largo de toda la vida laboral (DA 10^a de la Ley 35/2010). En este sentido, y previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, el Gobierno disponía del plazo máximo de un año, a partir del 18 de junio de 2010, para aprobar un proyecto de ley en la materia. En la redacción dada por el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, la disposición adicional 10^a de la Ley 35/2010 preceptúa ahora que, teniendo presente la situación de la economía y del empleo y su previsible evolución, así como el informe elaborado por el grupo de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

expertos constituido según lo dispuesto en el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones de 2 de febrero de 2011, el Gobierno desarrollará durante el primer semestre de 2013 un proceso de negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre, la conveniencia y oportunidad de aprobar un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un fondo de capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar. El fondo de capitalización se financiará con las aportaciones empresariales, y podrá hacerse efectivo en caso de despido, para reducir una parte de la indemnización a cargo del empresario, de movilidad geográfica o para el desarrollo de actividades de formación. La parte que no se emplee se percibirá en la jubilación. En el marco del indicado proceso de negociación, y en función de sus resultados, se abordará igualmente la vigencia de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

En suma, el juego conjunto de los preceptos examinados produce un abaratamiento de los costes de despido. El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y por faltas de asistencias al trabajo resulta más fácil, se generaliza el contrato para el fomento de la contratación indefinida, y el Fondo de Garantía Salarial se hace cargo de una parte de la indemnización, hasta que se constituya el fondo individual de capitalización. La reforma no altera la cuantía de las indemnizaciones, pero pretende animar al empresario a que contrate por tiempo indefinido, a cambio de reducir, en la práctica, el coste del despido. Llama la atención el hecho de que, como en ocasiones anteriores, la reforma haya optado por vías indirectas para aliviar a las empresas de parte de los costes del despido. Tal circunstancia demuestra que, aun hoy, la indemnización por despido constituye un tabú, y que resulta difícil enjuiciarla sin prejuicios y con realismo²⁴⁸. Pero la reforma laboral que se anuncia de nuevo afectará, de forma directa o indirecta, a las indemnizaciones por despido.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Para millones de seres humanos de todo el mundo, sigue siendo un objetivo lejano el disfrute pleno del derecho a un trabajo libremente escogido o aceptado²⁴⁹. El trabajo forzado, el desempleo de larga duración, la

248. GIL, 2009b.

249. *Vid.* OG 18, ap. 4. El Comité reconoce la existencia de obstáculos estructurales y de otra naturaleza resultantes de factores internacionales y otros factores ajenos a la voluntad de los Estados que obstaculizan la plena aplicación del art. 6 en gran número de Estados Partes en el PIDESC.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

prestación de servicios en la economía sumergida, los contratos de duración ínfima, el salario insuficiente, los riesgos para la seguridad y salud laboral, la falta de protección adecuada contra el despido injustificado, menoscaban el derecho al trabajo, atentan contra la dignidad del ser humano e impiden el libre desarrollo de la personalidad y la realización de otros derechos fundamentales.

En la actualidad, el impacto de la crisis económica y financiera se ha hecho sentir con fuerza en los países desarrollados, como España. Las implicaciones inmediatas de la crisis se manifiestan en menores tasas de crecimiento en todos los países y recesión en algunos de ellos, con un aumento de las tasas de desempleo, menores oportunidades de empleo y un aumento de las situaciones de inserción laboral precaria. España tiene la tasa de paro más alta de la OCDE y de la Unión Europea²⁵⁰. Las organizaciones internacionales y los gobiernos tratan de paliar los efectos demoledores de la crisis. Así pues, uno de los mayores retos con que se enfrentan los Estados consiste en el logro de la justicia social para una globalización equitativa²⁵¹ y de una recuperación productiva centrada en la inversión, el empleo y la protección social²⁵².

El desarrollo del derecho al trabajo y la consecución del pleno empleo constituyen un objetivo primordial del Estado social. Aunque no atribuye a sus titulares el derecho absoluto e incondicionado a obtener o a conservar un empleo, el derecho al trabajo posee un contenido normativo, que vincula a los poderes públicos y confiere a los trabajadores derechos e intereses legítimos, que se traducen, a su vez, en deberes concretos de acción o abstención de los particulares o de los poderes públicos, que suponen una barrera protectora del trabajador frente a conductas discriminatorias o arbitrarias, y que pueden exigirse ante los jueces y tribunales. Mediante las políticas activas y pasivas de empleo y la lucha contra la exclusión social, los poderes públicos pueden contribuir al logro de una igualdad real de los individuos en la sociedad. Asimismo, el derecho al trabajo otorga una protección contra el despido injustificado o la jubilación obligatoria. Cada avance en la realización del derecho a un trabajo digno supone un paso importante en la consecución de la justicia social.

250. La tasa de desempleo es del 22,9 %, en noviembre de 2011, según EUROSTAT.

251. En este sentido, *vid.* la Declaración de ese mismo nombre de la OIT, 2008.

252. Sobre el particular, *vid.* el Pacto Mundial para el Empleo, aprobado por la OIT, 2009b.