



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



Grado en: **Relaciones Laborales**  
Facultad de Derecho  
Universidad de La Laguna  
Curso 2017/18  
Convocatoria: julio

**EL DERECHO AL TRABAJO Y SU RELACIÓN CON LOS  
PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y  
ECONÓMICA**

The Right to Employment and its relation to Governing  
Principles of Economic and Social Policy

Realizado por el alumno/a: **D<sup>a</sup> Jenifer Torres Rodríguez.**

Tutorizado por el Profesor/a: **D. José Miguel Ruano León.**

Departamento: **Derecho Constitucional,  
Ciencia Política y Filosofía  
del Derecho.**

Área de conocimiento: **Derecho Constitucional.**

## ABSTRACT

The present end-of-degree work analyzes the right to work established in article 35 of the Spanish Constitution and its relation to the rights established in Chapter III, Title I, "On the guiding principles of social and economic policy".

For its study, we will begin by recalling the European and Spanish backgrounds that influenced its recognition and location within the constitutional text.

Later, we will distinguish the different meanings that are included in the precept and that come to shape the right to work from a broad perspective.

In addition, we will observe some relevant aspects of the rules that come to develop the precepts of study, and certain topics especially considered.

Next, we will analyze its connection with the fundamental rights included in Article 28 CE on unionization and strikes, which are essential tools for the effectiveness of the right to work. As we deepen the development of research, we will deepen the link between the right to work and those included in the guiding principles, stopping us for a greater concretion of those rights, in which the effectiveness of the right to work is decisive for their development own, such as the public Social Security system (Article 41 CE) and the right to health protection (Article 43 CE).

Finally, we will examine its recognition in the Third Generation Autonomy Statutes, to try to answer the question of: Is a constitutional reform necessary to update the positioning and protection of the right to work and some guiding principles?

**RESUMEN**

El presente trabajo de fin de grado analiza el derecho al trabajo recogido en el artículo 35 de la Constitución española y su relación con los derechos recogidos en el Capítulo III, del Título I, “De los Principios rectores de la política social y económica”.

Para su estudio, comenzaremos recordando los antecedentes europeos y españoles que influyeron en su reconocimiento y localización dentro del texto constitucional.

Posteriormente, distinguiremos las distintas acepciones que se recogen dentro del precepto y que vienen a conformar el derecho al trabajo desde una perspectiva amplia.

Asimismo, observaremos algunos aspectos relevantes de las normas que vienen a desarrollar los preceptos de estudio, y determinados sujetos especialmente considerados.

A continuación, analizaremos su conexión con los derechos fundamentales comprendidos dentro del artículo 28 CE sobre sindicación y huelga, que se constituyen como herramientas esenciales para la efectividad del derecho al trabajo. A medida que nos adentramos en el desarrollo de la investigación, profundizaremos en la vinculación del derecho al trabajo con los recogidos en los principios rectores, deteniéndonos para una mayor concreción en aquellos derechos, en los que la efectividad del derecho al trabajo es determinante para su propio desarrollo, como el régimen público de la Seguridad Social (art. 41 CE) y el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE).

Para finalizar, examinaremos su reconocimiento en los Estatutos de Autonomía de tercera generación, para tratar de dar respuesta a la pregunta de: ¿Es necesaria una reforma constitucional que actualice el posicionamiento y protección del derecho al trabajo y algunos principios rectores?

## Índice:

<b>1. Los Derechos Sociales en la Evolución del Estado de Derecho.....</b>	<b>1</b>
<i>Contribución de la Constitución española de 1931 al Estado social.....</i>	<i>5</i>
<b>2. El derecho del trabajo en la Constitución española.....</b>	<b>9</b>
2.1. <i>El Derecho del Trabajo: derecho y deber .....</i>	<i>9</i>
<i>Contenido y manifestaciones del derecho al trabajo. ....</i>	<i>10</i>
2.1.1. <i>El Derecho a la libre elección de profesión y oficio.....</i>	<i>11</i>
2.1.2. <i>La promoción a través del trabajo. ....</i>	<i>14</i>
2.1.3. <i>Remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de sus familias.</i> .....	<i>15</i>
2.1.4. <i>No discriminación por razón de sexo y otras amparadas en el art. 14 CE. ....</i>	<i>16</i>
<i>Discriminación en razón de la edad. ....</i>	<i>18</i>
2.2. <i>El art. 35.2 C.E.: La Ley del Estatuto de los Trabajadores .....</i>	<i>19</i>
2.3 <i>Ámbitos excluidos de la relación laboral del Estatuto de los Trabajadores.....</i>	<i>20</i>
<b>3. El derecho del trabajo en su relación con el derecho de libre sindicación, el     derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva .....</b>	<b>22</b>
<i>El derecho a sindicarse libremente .....</i>	<i>23</i>
<i>El derecho a la huelga.....</i>	<i>25</i>
<i>El Cierre Patronal .....</i>	<i>27</i>
<b>4. Derecho del Trabajo y Régimen Público de la Seguridad Social .....</b>	<b>30</b>
4.1. <i>El artículo 41 de la Constitución española .....</i>	<i>30</i>
4.2. <i>Modalidades del Sistema de Seguridad .....</i>	<i>33</i>

<i>Modalidad contributiva</i> .....	33
<i>Modalidad no contributiva</i> .....	34
<b>4.3. Prestaciones de la Seguridad Social</b> .....	<b>35</b>
<i>Desempleo</i> .....	36
<i>Jubilación</i> .....	39
<i>La repercusión del Pacto de Toledo en las pensiones/ Régimen de Seguridad Social</i> . 41	
<b>5. El derecho a la Salud, Art. 43 CE</b> .....	<b>44</b>
<b>6. Actualización de derechos en los estatutos de autonomía</b> .....	<b>47</b>
<i>Influencia de los principios rectores en la actualización de los estatutos de autonomía de Cataluña y Andalucía</i> .....	48
<i>Relevancia en el caso de Canarias</i> .....	50
<b>7. Conclusiones</b> .....	<b>53</b>

## 1. Los Derechos Sociales en la Evolución del Estado de Derecho.

A efectos de consideraciones posteriores para el presente trabajo, partiremos del concepto de Estado desarrollado a partir del siglo XVIII-XIX con el Estado de Derecho, cuyo inicio fijaremos, con el comienzo de la época contemporánea surgida tras la Revolución Francesa de 1789.

El Estado contemporáneo está constituido por tres elementos principales: poder, pueblo y territorio; que se encuentran interrelacionados para componer el Estado como una organización política, que vincula a todos los miembros que se encuentran en un territorio.

El poder del Estado es un poder legítimo, que surge de disposiciones del aparato estatal al que nadie puede objetar, ejerciendo su poder de forma exclusiva, y que se constituyen como una organización en la que sus componentes son los individuos que la integran en un espacio concreto<sup>1</sup>.

El profesor Gumersindo Trujillo definía el Estado como: “*grupo social de base territorial fija, ordenado establemente entorno a un poder propio que no depende de ningún poder superior*”. En tal definición, podemos identificar: primero, el pueblo (grupo social); segundo, el territorio (base territorial fija); y, tercero, el poder (poder propio que no depende de ningún poder superior).

Como primera fase del Estado de Derecho, encontramos el **Estado Liberal**. El liberalismo surge en Inglaterra durante los siglos XVII y XVIII. Sus ideas principales se basaban en administrar la justicia y garantizar la seguridad, con una intromisión mínima en la vida del individuo, con el fin de conseguir su principal objetivo, la libertad del individuo.

El individuo era percibido como un ser racional con plena capacidad de analizar su situación y de actuar de forma coherentes con sus necesidades. El liberalismo clásico, entiende que los individuos no solo son dueños de sí mismos, también de su trabajo, pudiendo intercambiar bienes propios por otros que no pueda adquirir mediante el

---

<sup>1</sup> López, L. (1994). *Introducción al Derecho Constitucional*. (Págs. 31-40). Valencia: Tirant lo Blanch.

mismo. Es decir, el liberalismo permite el libre mercado, basado en la ley de la oferta y la demanda, permitiendo un intercambio libre de recursos.

Dos de los autores más representativos del liberalismo fueron Montesquieu y Locke. Este último, partía de la idea de que el individuo tiene tres derechos elementales irrenunciables: la vida, la libertad y la propiedad; y el Estado debe limitarse a protegerlos. Algunos autores lo denominan <<Estado mínimo>>. Incluso llegando a considerarse, que la acción del gobierno debe de estar limitada o controlada, impidiendo así, que explote su poder sobre los individuos.

Para tal fin, es necesario que los poderes públicos deban de estar sometidos a la Ley, impidiendo el abuso de poder y la corrupción, mediante una división de poderes dirigida a impedir que el poder recaiga sobre los mismos sujetos. Como decía Montesquieu, la función de la sumisión al Estado de Derecho, se caracteriza por realizarse a través de la separación de poderes: ejecutivo, legislativo y judicial.

El concepto técnico de **Estado de Derecho** surge en Alemania de autores como Kant y Heller. Este modelo está administrado por unas leyes, y no por la autoridad de un gobernante. Es decir, el poder está limitado por el ordenamiento jurídico. En él se determinan unos derechos y garantías a los ciudadanos. Se caracteriza por la existencia de normas escritas, que permiten la fijación de un marco normativo que puede ser transmitido entre distintas generaciones. Es por ello, que algunos autores creen redundante hablar de Estado de Derecho, porque todo Estado es Estado de Derecho.

Desde una perspectiva más enfocada con los derechos, en esta primera etapa del Estado de Derecho tenían mayor significación las libertades civiles, como: el derecho al voto, la libertad de expresión, el ya mencionado derecho de propiedad, y la libertad de asociación.

Otro concepto que se introduce en el Estado Liberal es el de <<Estado gendarme o policivo>>, haciendo referencia a la actuación estatal en defensa de los derechos económicos de libertad económica.

Como consecuencia de la revolución industrial, durante la primera parte del S.XX, los pilares del Estado Liberal, comenzaron a quebrar ante las nuevas necesidades y derechos que requería la sociedad europea.

La **Constitución alemana de Weimar**, 1919, fue el primer ordenamiento que estableció grandes disposiciones vinculadas a los derechos sociales de carácter asistencial, destacando los referidos al derecho a la seguridad social y la salud.

La social democracia alemana, con los derechos sociales asistenciales, influyó en el desarrollo de los sistemas de seguridad social de otros estados modernos.

El desarrollo industrial y el crecimiento poblacional, así como la aparición del proletariado, conjuntamente, con las asociaciones sindicales y partidos políticos que velaban por los derechos de estos, influyeron en la implantación del sistema de seguridad social. Se consiguió, así, una protección para los menos favorecidos y para los trabajadores.

Se crean las cajas de enfermedades, en las que los empresarios estaban obligados a proteger a los empleados de las contingencias derivadas del trabajo. También, se añaden responsabilidades públicas al Estado de carácter solidario.

La Constitución dirigida a contrarrestar la recesión que surgió tras la primera guerra mundial se articulaba en 57 artículos relacionados con derechos fundamentales, y en disposiciones de derechos sociales, aunque estas últimas no se concretaban, se planteaba de forma difusa y sin desarrollo práctico.<sup>2</sup>

Más tarde, con el Crack de 1929, el Estado tuvo que comenzar a intervenir para contrarrestar los desequilibrios del libre mercado, ya que estos generaban a su vez, desequilibrios sociales, y la consiguiente intensificación de la lucha de clases. Por estas razones, unidas a las consecuencias de la segunda guerra mundial y al desarrollo de los sistemas totalitarios, se dice que el Estado de Derecho surge como una huida de los dos sistemas que imperaban. De esta forma surge la segunda fase del Estado de Derecho, el **Estado Social**.

La política económica de Keynes contribuyó a superar la crisis global, a través de métodos democráticos, sin eliminar el sistema capitalista. Con la búsqueda del pleno empleo, la capacidad adquisitiva de la clase obrera aumentaría, y, con ella, la producción y la oferta de empleo. Ello se conseguía con políticas económicas de intervención estatal, que nada tenían que ver con la propiedad de los medios que

---

<sup>2</sup> López Oliva, J. (2010). *La Constitución de Weimar y los Derechos Sociales. La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales a la seguridad social en salud*. Prolegómenos - Derechos y Valores. Vol.13 (Nº26) pp. 233-243

defendía el marxismo. Medidas de intervención social estatales, que se han ido incrementando en su ámbito objetivo y subjetivo. También económicas, como medidas subsidiarias, con el fin de corregir los desajustes del sistema. Es aquí cuando, el Estado de Derecho comienza a asociarse ya al Estado de Bienestar o Estado Social.

Mientras que el Estado Liberal se configuraba como un estado vigilante, arbitro ante los conflictos sociales, pero conciliador ante las coyunturas derivadas del mercado productivo. El Estado, en su fase de Estado Social, se convertía en un buen padre de familia obligado a intervenir de forma diligente para velar por los derechos y garantías de sus ciudadanos.

García Pelayo hablaba del Estado Social como un “*intento de adaptación del Estado tradicional a la sociedad industrial y postindustrial*”<sup>3</sup>, y Lorenz Von Stein, considerado pionero de la noción de Estado social, venía a decir que comenzaba una época de revoluciones y reformas sociales dejando atrás las reformas políticas.

El Estado Social suele identificarse con el **Estado del Bienestar**, implicando derechos como educación, igualdad social, redistribución de la riqueza, pensiones y seguridad social, que se desarrollarán por la previa implantación de un sistema tributario justo y progresivo. El análisis de estos derechos, junto con el derecho del trabajo, constituyen el eje sobre el que posteriormente recaerá el peso del presente trabajo.

Sin embargo, con el nacional-socialismo alemán de Hitler, se llega a la destrucción no sólo de los derechos sociales, sino también de los derechos civiles fundamentales, desde el ejercicio de la legalidad.

Por este motivo en las constituciones sucesivas, tras la II Guerra Mundial, han utilizado un sistema de valores fundamentales para el ordenamiento jurídico, que limite cualquier intento de reforma dirigida a extinguir el Estado constitucional.

La **Ley Fundamental de Bonn**, 1949, surgió en un momento en el que Alemania se encontraba golpeada por la escasez y la pobreza, derivadas de la división en la que el país quedó tras las II Guerra Mundial. Ante la necesidad de buscar una

---

<sup>3</sup>Sánchez. R. (2005). *El Estado Constitucional y su Sistema de Fuentes*. (Pág.131). Valencia: Tirant lo Blanch.

solución rápida, se creó, en principio, una Ley de carácter transitorio, que terminó conformando la Constitución alemana.<sup>4</sup>

Con el fin de velar por la Constitución se establecen límites en la reforma de ésta. Mediante la Ley Fundamental de Bonn, no podían ser modificados los preceptos referidos a los valores fundamentales y la estructura estatal. Así se impedía, que se repitieran acciones como las realizadas por Hitler en la Constitución de Weimar, eliminar el Estado de Derecho a través de sus propios instrumentos.

La Ley Fundamental, da valor jurídico a lo que antes era solo la expresión de “Social” hasta constituirlo como derecho positivo.<sup>5</sup> Como dijo W. Wesfers, “el ciudadano es miembro de la comunidad y tiene derecho a un plazo digno y económicamente seguros por ella”.

Del art 20.1(“Estado Federal, Democrático y Social”), en relación con el art. 20.3 por el que se sometía al poder legislativo ante el orden constitucional, no sólo se entiende la forma en que se organiza el Estado, en cuanto a estructura y legalidad. También, establecen un deber implícito de actuación en favor de la justicia social.<sup>6</sup>

### ***Contribución de la Constitución española de 1931 al Estado social.***

Dentro de nuestro territorio, el antecedente español de la **Constitución de 1931**, ha sido el más relevante para nuestra Constitución de 1978.

Esta norma suprema proponía dejar atrás el Estado tradicional, y comenzar una nueva composición estatal.

Estaba integrada por 125 artículos distribuida en nueve Títulos. Abreviaba en sus preceptos las garantías individuales, la referencia a instituciones internacionales, la organización nacional, la separación de poderes, y el sistema tributario como mecanismo dirigido a dotar de medios al Estado.

---

<sup>4</sup><https://app.vlex.com/#ES.open/vid/71244825>

<sup>5</sup> Weferes, W. (1957). *La idea del Estado social en la ley fundamental de Bonn*. Revista de estudios políticos, nº 95, págs. 71-74.

<sup>6</sup>Sánchez. R. (2005). *El Estado Constitucional y su Sistema de Fuentes*. (Pág.132). Valencia: Tirant lo Blanch.

Se concretaba un sistema unicameral, pero con la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales, que velaba por los derechos de los ciudadanos mediante un juicio de amparo.

En la misma se asientan las bases de un estado descentralizado, con el artículo que establecía “*un Estado integral, compatible con la autonomía de los municipios y de las regiones*”.

Con la Constitución de 1931<sup>7</sup>, se pretendía conseguir un reparto de la riqueza y una equiparación social. La crisis global de finales de los años 20, afectaba a la clase obrera y campesina que se encontraban a punto de estallar. Ello suponía una ralentización del progreso social.

En ella, se recogen derechos de carácter individual como: el principio de no retroactividad y el principio de legalidad (art. 28), la libertad de circulación y la inviolabilidad del domicilio (art. 31), y libertad de asociación y sindicación (art.39).

En cuanto a los derechos de carácter social, se enunciaban, entre otros: “*Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y las leyes (...)*” (art.44); “*El servicio de la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada. La enseñanza primaria será gratuita y obligatoria (...) La enseñanza será laica, hará del trabajo el eje de su actividad metodológica y se inspirará en ideales de solidaridad humana (...)*” (art. 48).

Con mayor relación con el derecho del trabajo, encontramos el artículo 46: “*El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el 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*

---

<sup>7</sup> [http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons\\_1931.pdf](http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf)

*obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”.*

También el artículo 47. *“La República protegerá al campesino y a este fin legislará, entre otras materias, sobre el patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos, crédito agrícola, indemnización por pérdida de las cosechas, cooperativas de producción y consumo, cajas de previsión, escuelas prácticas de agricultura y granjas de experimentación agropecuarias, obras para riego y vías rurales de comunicación”.*

A pesar de su gran valor constitucional, esta Constitución tuvo poco recorrido, pues el estallido de la Guerra Civil española mermó su desarrollo real.<sup>8</sup>

Estas constituciones han tenido una clara influencia en la Constitución española de 1978, cuyo art 1.1 recoge que: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, justicia, la igualdad y el pluralismo político”.* También, en la estructura de su articulado, destaca la composición del *Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”* (arts. 10-55):

- *Cap. I. “De los españoles y los extranjeros”* (arts. 11-13)
- *Cap. II. “Derechos y Libertades”* (arts.14-38)
  - *Sección 1ª. “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”* (arts. 15-29)
  - *Sección 2ª. “De los derechos y deberes de los ciudadanos”* (arts. 30-38).
- *Cap. III. “De los principios rectores de la política social y económica”* (arts. 39-52)
- *Cap. IV. “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”* (arts.53-54)
- *Cap. V. “De la suspensión de los derechos y libertades”* (art.55)

A lo largo de este trabajo, centraré mi investigación en el **art. 35 CE**, en su relación con el resto de **derechos laborales y asistenciales** conexos.

Este derecho se suscita en la *Sección 2ª del Cap. II del Título I*, que recoge: **“De los derechos y deberes de los ciudadanos”**. En este caso, nos encontramos ante una

---

<sup>8</sup>Villabona, M.P. (1983). *La Constitución mexicana de 1917 y la española de 1931*. Revista de estudios políticos, N° 31-32 (ejemplar dedicado a: La Segunda República Española), págs. 199-207.

expresión de derechos y deberes con menor protección jurídica y menor amparo que los recogidos en la *Sección 1ª, del Cap. I.* en materia laboral, como el art. 28 sobre libre sindicación y derecho de huelga.

Sin embargo, tienen mayor protección que los recogidos en el *Cap. III, “De los principios rectores de la política social y económica”*, que carecen de protección directa; y, como viene a establecer el art. 53.3CE su reconocimiento, respeto y protección inspiraran el desarrollo normativo, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

La actualización de esos principios como auténticos derechos, dado su desarrollo legal, constituye un referente en el desarrollo del presente trabajo.

## 2. El derecho del trabajo en la Constitución española.

Como característica del constitucionalismo social, la Constitución española de 1978, despliega un amplio desarrollo normativo laboral, con preceptos que actúan de forma directa e indirectamente sobre el derecho al trabajo (art. 35 CE), fruto de los antecedentes normativos ya mencionados en el capítulo anterior. La configuración de estos preceptos, en conjunto con el resto del ordenamiento jurídico de carácter laboral, han llevado a que se hable de una <<Constitución Laboral>> o <<Constitución del Trabajo>>, que estará continuamente relacionada con una <<Constitución Económica>> que surge del reconocimiento de derechos y libertades de naturaleza económica.

### 2.1. El Derecho del Trabajo: *derecho y deber*.

El artículo 35 de la Constitución española, en su apartado primero, establece: *“Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*. El apartado segundo alude a que: *“La Ley regulará un estatuto de los trabajadores”*.

De un primer análisis del art 35.1CE, podemos observar el doble carácter del precepto, constituyéndose, por un lado, como *“deber”*, y por otro, como *“derecho”*. La primera consideración, la de *“deber”*, más que una obligación real para el ciudadano constituye una obligación moral. Clara evidencia de esto es que, el ordenamiento jurídico español carece de norma alguna que sancione su incumplimiento.<sup>9</sup>

Tal consideración, es un evidente antecedente del artículo 46 de la Constitución Republicana 1931, ya mencionado en el primer punto de este trabajo, que influye en el art.35 CE y en el preámbulo de la Constitución española, con la declaración de intenciones de: *“Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”*.

---

<sup>9</sup> Balaguer. F. *et al.* (2017). *Manual de Derecho Constitucional*. (Pág. 493). Madrid: Tecnos.

El <<*deber de trabajar*>>, se entiende ligado a los requisitos establecidos por la profesión que se haya escogido de forma libre, introduciéndose así en la segunda acepción del derecho al trabajo: “*libre elección de profesión u oficio*”. Por tanto, resulta difícilmente posible entender el deber de trabajar de forma aislada o inconexa del derecho al trabajo. Pues no sería razonable establecer otro tipo de obligaciones, cuando la realidad social es que existen altos niveles de <<*paro*>>, es decir, existen ciudadanos que queriendo trabajar o ejercer su derecho al trabajo, no pueden realizarlo por los defectos de la relación oferta - demanda en el mercado laboral.

### ***Contenido y manifestaciones del derecho al trabajo.***

El concepto del derecho al trabajo es mucho más amplio que su precedente, como establece la STC 22/1981, de 2 de julio, en su FJ8: “*el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución*”.

En la misma, se puntualiza como aspecto individual, “*el derecho 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 sin causa justa*”. De esta forma, se generan unos límites al derecho al trabajo para los trabajadores, pero también unas obligaciones para los empleadores, que se derivarán de las obligaciones jurídicas que se establecen al legislador y a los poderes públicos, más relacionadas con la perspectiva colectiva.

Esta perspectiva colectiva, según el STC: “*implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo políticas de empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma*”.

Luis López Guerra, catedrático de derecho constitucional, considera que los derechos sociales “*necesitan de condiciones materiales previas: si el individuo no dispone de unos medios básicos que garanticen un mínimo vital, pocas serán las <<esferas propias>> que puedan protegerse de injerencias exteriores*”.<sup>10</sup> El derecho del trabajo viene a aportar parte de esos medios básicos, no sólo mediante una

---

<sup>10</sup> López, L. (1994). *Introducción al Derecho Constitucional*. (Págs. 108). Valencia: Tirant lo Blanch.

remuneración suficiente para los trabajadores y sus familias; también, a través del desarrollo normativo, dirigido a que los trabajadores presten sus servicios en situaciones de seguridad e higiene en el trabajo que derivan de las obligaciones encomendadas a los poderes públicos del artículo 40 CE.

### **2.1.1. El Derecho a la libre elección de profesión y oficio.**

Este derecho, se considera un derecho en consonancia con el art. 10.1 CE, orientado al fin del “*libre desarrollo de la personalidad*”.

En cuanto la protección del derecho a la libre elección de profesión y oficio, desde una perspectiva internacional, el artículo 23.1 de la **Declaración de Derechos Humanos**, establece el derecho de toda persona a la “*libre elección de su trabajo*”. En el mismo sentido el art. 6.1 del **Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales** de 18 de diciembre de 1966 recoge: “*el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado*”.

No obstante, el derecho reconocido en el artículo 35 CE, está estrechamente ligado al artículo 36 CE, sobre el reconocimiento y regulación de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas, que se constituye como un límite del primero. Existen profesiones tituladas con determinadas limitaciones con el fin de preservar el interés público.<sup>11</sup> Así, puede entenderse, que se presenta el primer límite a la libre elección de profesión y oficio. Al exigirse la incorporación previa a un colegio profesional para ejercer el derecho legítimo a una profesión específica, que, por su especial relevancia social, es necesaria para ejercerla en condiciones más seguras y eficaces para el ciudadano.

Sobre este asunto se ha pronunciado la STC 89/1989, de 11 de mayo, que establecía en su FJ8: “*La colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35CE) (...) Pudo el legislador establecerla lícitamente, en razón a los intereses públicos vinculados al ejercicio de determinadas profesiones (...)*”. Es decir, el tribunal viene a considerar, que no obstaculiza el derecho a libre elección de

---

<sup>11</sup> Balaguer, F. (2015). *Introducción al Derecho Constitucional*. (Pág. 543 y 544). Madrid: Tecnos.

profesión, la obligación a la colegiación. Ciertamente, para el profesional puede constituir un límite u obstáculo, pero tal justificación está en la necesidad de regular de forma más restrictiva ciertas actividades, en pro del interés social.

El ejercicio de estas profesiones colegiadas requiere titulación suficiente y esto podemos relacionarlo con el artículo 27 CE. Este precepto constituye un impulso en el desempeño profesional, como veremos más adelante. También se encuentran límites en su desarrollo efectivo, pues existen límites establecidos en los sistemas de ingresos de los centros educativos de formación profesional y universitarios. Los mismos estarán determinados por sus propias capacidades organizativas y de gestión, y por límites estatales y autonómicos establecidos para cada profesión u oficio, en atención al interés general del órgano público competente.

Así, el art. 2 de la *Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales*, que ha sido modificada en diversas ocasiones para garantizar su adecuación a la Constitución<sup>12</sup> y a los principios de libre competencia que rigen en la Unión Europea y en España, señala:

*“1. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizan el ejercicio de las profesiones colegiadas de conformidad con lo dispuesto en las leyes.*

*El ejercicio de las profesiones colegiadas se realizará en régimen de libre competencia y estará sujeto, en cuanto a la oferta de servicios y fijación de su remuneración, a la Ley sobre Defensa de la Competencia y a la Ley sobre Competencia Desleal. Los demás aspectos del ejercicio profesional continuarán rigiéndose por la legislación general y específica sobre la ordenación sustantiva propia de cada profesión aplicable.(...) ”.*

La colegiación se convierte pues en un requisito imprescindible para el ejercicio de determinadas profesiones, si bien se han flexibilizado los criterios en pro de libre competencia y del libre ejercicio de la profesión en todo el territorio español. Así el art. 3 de la ley referida señala:

---

<sup>12</sup> Véase también la Ley canaria 10/1990, de 23 de mayo, de Colegios Profesionales.

*“1. Quien ostente la **titulación requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente** tendrá derecho a ser admitido en el Colegio Profesional que corresponda.*

*2. Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal. La cuota de inscripción o colegiación no podrá superar en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la inscripción. Los Colegios dispondrán los medios necesarios para que los solicitantes puedan tramitar su colegiación por vía telemática, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de esta Ley.*

*3. Cuando una profesión se organice por colegios territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio español. A estos efectos, cuando en una profesión sólo existan colegios profesionales en algunas Comunidades Autónomas, los profesionales se regirán por la legislación del lugar donde tengan establecido su domicilio profesional único o principal, lo que bastará para ejercer en todo el territorio español.*

*(...)*

*4. En el caso de desplazamiento temporal de un profesional de otro Estado miembro de la Unión Europea, se estará a lo dispuesto en la normativa vigente en aplicación del Derecho comunitario relativa al reconocimiento de cualificaciones.”*

Para ejemplificarlo de algún modo, supongamos que quisiéramos ejercer la medicina en España, para lo que es necesario obtener el grado universitario previamente.

Una vez finalizados nuestros estudios, nos encontraríamos ante una colegiación obligatoria en la totalidad del territorio español, tras la reiteración de la jurisprudencia (SSTC: 3/2013; 46/2013; 50/2013; 63/2013; 89/2013; 123/2013; 201/1013; 150/2014; 229/2015; y 69/2017).

En el caso concreto de los médicos, en el **RD 1018/1980, de 19 de mayo, por el que se aprueba los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos**; que en el art. 36.1 viene a establecer, que para todo Médico que trate de ejercer en el territorio de una provincia, es obligatoria la

previa inscripción en el Colegios respectivo de residencia o en el que ejerza la mayor parte de su actividad.

### **2.1.2. La promoción a través del trabajo.**

La promoción a través del trabajo utiliza una serie de mecanismos para su consecución, siguiendo la línea establecida por el artículo 40, que en su primer apartado persigue el progreso social y económico, además de una distribución de la renta más equitativa dentro de una economía estable con políticas orientadas al pleno empleo. Y, en su apartado segundo, establece: *“Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesional (...)”*.

Dotar a los trabajadores de este derecho contribuye también, a la consecución de los **valores superiores** del ordenamiento jurídico, promulgados por el artículo 1.1 CE: **la libertad, la justicia y la igualdad**. Dirigidos, a su vez, a la promoción por parte de los poderes públicos, de la **libertad e igualdad** de los individuos y de los grupos de forma real y efectiva como propugna el art 9.2 CE.

De este modo podemos entender, que los poderes públicos, elaborarán leyes y políticas dirigidas a la promoción laboral y social de los trabajadores de forma general. Concretándose en mayor medida, por medio de la negociación colectiva y el contrato de trabajo, en la promoción en el seno de las empresas y de la carrera profesional.

También, la relación de este derecho con el derecho a la educación del art 27 CE, especialmente con el apartado segundo y quinto, favorecen el desarrollo de la promoción en el trabajo y a través de éste. Ejemplo de ello, es la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, que en su exposición de motivos erige el artículo 27 para alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad humana, ostentado en la formación profesional una vertiente de significación individual y social creciente, y que de forma conjunta con el artículo 40, se erigen como: *“instrumentos ambos de esencial importancia para hacer realidad el derecho al trabajo, la libre elección de profesión u oficio o la promoción a través del trabajo (...) La cualificación profesional que proporciona esta formación sirve tanto a los fines de la elevación del nivel y calidad de vida de las personas como a los de la cohesión social y económica y del fomento del empleo”*.

### **2.1.3 Remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de sus familias.**

La Constitución de 1978 utiliza el término <<**remuneración suficiente**>>, deja atrás el concepto utilizado por la Constitución española de 1931, <<**salario mínimo**>> (art. 46), y otros establecidos en la normativa internacional. El legislador creyó conveniente no utilizar ninguno de ellos, unos, porque pertenecían a épocas anteriores al Estado liberal, o podían generar reclamaciones salariales mayores que la asumibles por las arcas públicas; otros, como el <<**salario mínimo**>>, para evitar que se puedan confundirse o interpretarse como el <<**salario mínimo interprofesional**>>, pues un salario o remuneración suficiente introduce la garantía de valores que no recoge el salario mínimo<sup>13</sup>.

Estamos, por tanto, ante un derecho difícil de delimitar por sí mismo, porque nos encontramos ante la incertidumbre de qué se considera por <<**retribución suficiente**>>. Máxime, cuando nos encontramos en una sociedad cambiante, cada vez más global y compleja, con unas <<**necesidades**>> que han evolucionado mucho más de las que el constituyente del 78 pudo imaginar.

Este derecho, desde un plano general, se fundamenta en una obligación ante los poderes públicos, como ya hemos ido desarrollando a lo largo de este punto del trabajo, pero además, desde un plano más concreto, como una obligación exigible ante las patronales o empresario individual, que se exigirán mediante la **negociación colectiva** (art. 37 CE) o el **contrato de trabajo**. Desde esta última idea de obligación empresarial como correlativo derecho ante la prestación del trabajo por cuenta ajena, surge la dogmática de que sólo hay retribución si hay trabajo.

En cuanto a las normas estatales, acotarán la regulación básica de la obligación retributiva, la fijación de la retribución mínima suficiente, la ordenación de las garantías del salario y las prestaciones dirigidas a cubrir la falta del mismo.<sup>14</sup>

La falta de concreción del derecho a la “*remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de sus familias*”, lleva a que el mismo se encuentre estrechamente regulado con el derecho a la no discriminación por razón de sexo o igualdad de sexo, que veremos a continuación.

---

<sup>13</sup> Del Valle, J. (2002). *La Protección legal de la suficiencia del salario*. (Págs. 17-19). Madrid: Dykinson.

<sup>14</sup> Palomeque, M. (2010). *Derecho del Trabajo*. (Pág. 683). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

#### 2.1.4 No discriminación por razón de sexo y otras amparadas en el art. 14 CE.

Esta acepción del art. 35.1 está directamente ligada al **derecho de igualdad** recogido en el artículo 14 CE, que declara: “*los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. Confiriéndole así, la posibilidad de solicitar la tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento preferente y sumario, que en materia laboral se encuentra regulado en la **Ley 36/ 2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social** (arts. 177 a 184); pudiendo llegar a plantearse –en caso de desestimación– un recurso de amparo ante el TC, conforme a lo establecido al artículo 53.3 CE y la LOTC.

Por otra parte, podría incluso plantearse un **recurso de inconstitucionalidad**, de acuerdo con el artículo, 161.1 a), cuando una norma legal de carácter laboral introdujera, discriminación de este tipo.

Cabe destacar, que la STC 34/1984, de 9 de marzo, en su FJ2 establece que, si bien en la relación entre particulares, por si solo no supone la exclusión de aplicación del principio de igualdad. Sí va a originar una matización importante en la aplicación de dicho principio con efectos determinantes, ya que la dirección de la empresa no está vinculada por un principio absoluto de igualdad de trato.

El mismo fundamento jurídico aclara: “*la legislación laboral, desarrollando y aplicando el art. 14 de la Constitución, ha establecido en el art. 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores y en el 17 de igual norma la prohibición de discriminación entre trabajadores por una serie de factores que cita, pero según general opinión, no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto.*”

Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la no discriminación por razón de sexo. En los últimos años, sobre circunstancias o condiciones inherentes a la condición de mujer, como: **el embarazo y la maternidad**; y es que en cuanto nos referimos a la **discriminación sexual** hay que entenderla en sentido **directo e indirecto**.

La STC 173/1994, en su FJ2, decía al respecto: “*La discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentre su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de*

*condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres”.*

Si bien es cierto que el precepto ha postergado otras causas de discriminación enumeradas en el art. 14, mucho más a aquellas que actualmente se consideran necesarias de una especial protección como **la discapacidad**, y que en el contexto social en el que se desarrolló nuestra Constitución, no tenían tanta relevancia, aunque el constituyente, previendo futuras consideraciones, estableció la coletilla de: “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

No obstante, mucho no ha de sorprendernos que el constituyente creyera conveniente destacar una especial protección entre sexos, cuando aún hoy, ha sido necesario un incremento de la normativa en este sentido. Por ejemplo, fruto de las **Directivas comunitarias: 2002/73CE**, de reforma de la *Directiva 76/207/CEE* (relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y las condiciones de trabajo), y la *Directiva 2004/113/CE* (sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios su suministro); como transposición al ordenamiento jurídico español, surge la **Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres**, su objetivo es hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre <<mulieres y hombres>>.

A pesar de que el art. 35.1 CE no haga referencia alguna a otros tipos de discriminación más allá de la sexual, como expresé anteriormente, hay que entender que va en relación con el art. 14, y que este debe de entenderse en un sentido amplio. Con el desarrollo de las relaciones laborales, y la incorporación al mercado laboral de grupos especialmente sensibles por sus capacidades personales, ha sido necesario que la normativa laboral haya ido desarrollando normativa específica que regule estas relaciones laborales, y que el TC se haya pronunciado sobre la regulación y la concurrencia de vulneración de derechos individuales en este sentido.

En lo referente a otro tipo de discriminaciones, ya la STC 173/1994, mencionada anteriormente, en su FJ3, iba más allá de la discriminación sexual, pronunciándose respecto al concepto de <<discriminación>>, como: “*La conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para el sujeto que la sufre, que*

*ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia en él de un factor cuya virtual justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, por su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1CE)”.*

### ***Discriminación en razón de la edad.***

Para un análisis de la discriminación en razón de la edad hay que tener en cuenta que, en España la <<edad mínima>> para trabajar, con carácter general, es de 16 años. Ello viene determinado en el artículo 6 ET, sobre “*Trabajo de los menores*”, que difunde: “*Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años*”. Por lo que corresponde al establecimiento de una <<edad máxima>> para trabajar, tal aplicación ha generado mayor discusión. Por ello, ha sido necesario un mayor desarrollo normativo y pronunciamiento del alto tribunal. Si bien, genéricamente, la concreción de una edad máxima irá delimitado por la *Disposición transitoria séptima*, sobre aplicación de la edad de jubilación y de los años de cotización, de la ***Ley General de la Seguridad Social de 2015, aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre***, que dispone una serie de edades de jubilación en función de los años cotizados que discurren desde 2013 a 2027.

En el caso de la discriminación fundada en la edad mínima del trabajador, la STC 31/1984, de 7 de marzo, FJ11, viene a esclarecer que el uso de la edad sin ningún otro criterio adicional, dirigido a fijar juicios de desigualdades salariales, vulneraría el artículo 14 CE, siempre y cuando las diferencias se produzcan entre trabajos a los que se les atribuye igual valor. Es decir, que una discriminación salarial entre trabajos considerados de distinto valor, no podrán ser considerados como inconstitucionales.

STC 22/1981, mencionada con anterioridad, explica en su FJ5 que, si no cabe duda de que algunas actividades exigen unas condiciones físicas o intelectuales que pueden mermar por el tiempo, presumiéndose que entorno a una edad en las que resulte patente, puede establecerse de esa forma una extinción laboral. No obstante, el Tribunal especifica: “*Pero, dadas las distintas aptitudes requeridas en las diversas actividades laborales, lo que ya no es razonable es presumir esa aptitud con carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores cualquiera que sea el sector económico en que se hallen integrados y el tipo de actividad que dentro de él desarrollen*”. De esta forma, por un lado, se establecen un límite al deber-derecho del trabajo, pero con la

previa consideración de otros factores como la salud y las condiciones específicas de la actividad laboral, pueden resultar criterios destinados a modular las leyes, convenios colectivo o contratos. con el fin de fijar una edad máxima.

## **2.2. El art. 35.2 C.E.: La Ley del Estatuto de los Trabajadores**

El mandato del art 35.2, se desarrolla en la *Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre*, que en su primera redacción fue la Ley 8/1980. Este Estatuto, aborda las relaciones de trabajo desde la perspectiva del <<trabajador por cuenta ajena>>, cuyo ámbito subjetivo, viene definido por el artículo 1.1 que especifica: “*Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”.

Nos centraremos en su regulación respecto al contrato que sustenta la relación laboral, el salario y los derechos asociados a esa relación.

Así, el artículo 8.1 establece que: “*El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel*”.

Sobre el concepto de salario el artículo 26.1 considera <<salario>>: “*(...) la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo*”. Y, en su apartado 3 se concreta que: “*mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario (...) fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que tal efecto se pacte*”.

Y por último el artículo 27 ET, sobre salario mínimo interprofesional (SMI), señala: “*El Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y*

*asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta: a) El índice de precios de consumo. b) La productividad media nacional alcanzada. c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional. d) La coyuntura económica general.”. En este sentido tanto el SMI y el IPREM son parámetros legales para la determinación de salarios, cuyo título habilitante los ostenta el Estado, derivado de los preceptos 35.1 y 131CE, sobre potestad de planificación económica.<sup>15</sup>*

En el artículo 4, derechos laborales, en su apartado primero establece una serie de derechos básicos. El apartado *a)* contempla el “*Trabajo y libre elección de profesión y oficio*”, además de otros como, libre sindicación, negociación colectiva o el derecho a huelga, que analizaremos posteriormente en otros puntos de este trabajo.

El apartado segundo, establece otra serie de derechos dependientes de la relación laboral, del que destacaremos: *b)* “*A la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como el desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad*”; y, “*c)* *A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate*”.

### **2.3 Ámbitos excluidos de la relación laboral del Estatuto de los Trabajadores.**

El artículo 1.3 ET establece una serie de exclusiones del ámbito regulador de la misma ley, que a pesar de ello siguen regulando relaciones de trabajo en el sentido del art. 35CE, como son entre otros: la actividad de personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma; y también, los funcionarios públicos que se rigen por normas legales y reglamentarias.

---

<sup>15</sup>Palomeque, M. (2010). *Derecho del Trabajo*. (pág.684). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

En cuanto a la primera exclusión mencionada, se encuentra entre otros los trabajadores autónomos, regulado en la *Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo autónomo*, cuyo Preámbulo aclara que las referencias constitucionales del artículo 35 “no tienen porque circunscribirse al trabajo por cuenta ajena, pues es la propia Constitución así lo determina cuando se emplea el término <<españoles>> en el artículo 35 o el de <<ciudadanos>> en el artículo 41, o cuando encomienda a los poderes públicos la ejecución de determinadas políticas, artículo 40, sin precisar que sus destinatarios deban ser exclusivamente los trabajadores por cuenta ajena”. Por tanto, la falta de dependencia y de salario no implican que no se considere que ejerce un trabajo.

En referencia a la exclusión de los funcionarios públicos, el *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, evita la referencia a los empleados públicos como trabajadores. En el mismo, sólo se establece el contrato de trabajo para el “personal laboral”, pues en el resto de los casos, la relación se establece por “nombramiento”.

### 3. El derecho del trabajo en su relación con el derecho de libre sindicación, el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva.

Para un verdadero progreso del derecho al trabajo es necesario dotarlo de herramientas que los trabajadores puedan utilizar para garantizarlo. Mediante el contenido esencial del derecho de libertad sindical, junto con el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva los trabajadores obtienen un arma con la que defender sus intereses. Estos derechos se encuentran regulados en los artículos 28 y 37 de la Constitución española, conformándose los de libre sindicación y de huelga como fundamentales, por estar incluidos en la Sección 1ª del capítulo 2º del Título I de la Constitución.

Dentro del *Título Preliminar* de la Constitución y, por tanto, como una expresión orgánica del Estado Social y Democrático de Derecho, el artículo 7 CE dispone: “*Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos*”.

Consagra así el papel de las organizaciones sindicales y empresariales como organizaciones básicas o agentes sociales, cuyo objetivo fundamental irá encaminado a la defensa y promoción de los intereses económicos, sociales y políticos.

Su localización, surge de la importancia de reconocer el derecho a constituirse como tales, a unas instituciones que habían estado prohibidas durante el franquismo, no es casual que el constituyente les otorgara esa situación en la estructura constitucional, pues habían colaborado durante el proceso de la transición española.<sup>16</sup>

El sindicato surge como contraposición a las asociaciones de empresarios, con el fin de equilibrar la regulación normativa laboral, que, mediante la negociación colectiva, como veremos con posterioridad, podrán contrarrestar el poder empresarial en la creación de los convenios colectivos.

Vinculado a este precepto constitucional encontramos el artículo 28 CE, estableciéndole indirectamente criterios, límites y formas para su composición. Como

---

<sup>16</sup> Balaguer. F. (2017). *Manual de Derecho Constitucional*. (Pág. 334). Madrid: Tecnos.

hemos dicho, este precepto formula el derecho a la libertad sindical y el derecho de huelga como “derechos fundamentales”, al encuadrar el precepto en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I.

### ***El derecho a sindicarse libremente.***

El artículo 28. 1: *“Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”.*

Aunque el derecho que sobresale en el desarrollo es el “*derecho a sindicarse libremente*”, también se contempla el <<derecho a la no sindicación>>, cuando el inciso final recoge: *“Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”*. Esto se produce para dejar atrás la obligación franquista de unos sindicatos de Derecho Público y de carácter mixto entre trabajadores y empresarios. Y es que este tipo de sindicatos típicos de sistemas autoritarios conexos a la actividad estatal y tendentes a su voluntad política, no tienen que ver con los sindicatos privados, de carácter democráticos y pluralistas.<sup>17</sup> De esta forma, con el derecho a la no sindicación, también se cumple, de mejor manera, con la literalidad de “sindicarse libremente”.

Esta parte del artículo 28, decreta el reconocimiento, desarrollo y protección del derecho mediante ley, que por el lugar que ocupa el precepto y de acuerdo con el artículo 81 CE, adoptará forma de Ley Orgánica, con el cumplimiento de las exigencias en su aprobación y modificación que de tal consideración se desprenden.

Por esta razón se elaboró la ***Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical, de 2 de agosto (LOLS)***, que en su “*Exposición de Motivos*” justifica su origen en el artículo 28, y a su vez, en el artículo 7; en consonancia con ellos, especifica: *“En nuestro ordenamiento constitucional, la facultad de actuar en tutela y en defensa de los intereses colectivos de los trabajadores se atribuye a los propios sujetos protagonistas*

---

<sup>17</sup>Montoya. A. (2017). *Derecho del Trabajo*. (Pág.119). Madrid: Tecnos.

*del conflicto, como expresión de su posición de libertad y eligiendo, en ejercicio su propia autonomía, los medios más congruentes a dicho fin”.*

La misma exposición, conecta su creación con el artículo 9.2 CE, por la correspondencia a los poderes públicos de promover las condiciones para una libertad e igualdad de individuos y grupos, de forma real y efectiva, a fin de facilitar la participación en la vida de la sociedad en todos sus contextos.

Por otro lado, se introduce la posibilidad de limitar el derecho desde el mismo, a aquellas entidades destinadas a la defensa nacional, dirigiendo de esta manera, su encaje y formación hacia las asociaciones. Si bien este desarrollo en consonancia con el artículo 103.3 CE que recoge: “*La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos (...) las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación*”; de ambos preceptos podemos entender que con carácter general no se prohíbe la sindicación de los funcionarios públicos, pero si se establecerán peculiaridades a su derecho. Sin embargo, en este sentido, el EBEP, en su artículo 15 sobre “*Derechos individuales ejercidos colectivamente*”, no recoge ninguna peculiaridad al respecto. Es el artículo 127 CE el que genera una “prohibición” literal con respecto a la sindicación de Jueces, Magistrados y Fiscales, que en el mismo sentido se recoge en LOLS (art. 1.4).

En cuanto a la posibilidad de creación de confederaciones y organizaciones internacionales sindicales, la norma suprema, simplemente se limita a recoger una realidad consolidada por el Derecho Internacional y por los movimientos sociales y sindicales.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> *Las organizaciones internacionales eran una realidad ya por el siglo XIX, como, por ejemplo: la Asociación Internacional de Trabajadores, con K. Marx como precursor. Pero su mayor auge se produce durante el siglo XX, con la Federación Sindical Internacional, 1913; o, la creación de la Organización Internacional de Trabajadores, 1919. También, fue una época de amplio desarrollo normativo internacional, como en 1948, la Declaración Universal de Derechos humanos, en los que se consagran derechos sindicales básicos; o, los Convenio de la Organización Internacional del Trabajo nº 87 y 97 (1948 y 1949), sobre libertad sindical y sobre derecho de sindicación y contratación colectiva.*

### ***El derecho a la huelga.***

El artículo 28.2: “*Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*”.

Aunque el derecho de huelga tenía una regulación preconstitucional en el **RD 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo**, el mismo tenía contradicciones con el artículo 28 CE que limitaban y reducían la efectividad del derecho de huelga; pero hoy en día el ordenamiento jurídico carece de Ley Orgánica que regule este derecho, y, por tanto, el RD ha continuado vigente en aquellos puntos en los que no existe contradicción.

Ante la necesidad de precisar y clarificar aquellos puntos de conflicto el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse, encontrando en la STC 11/1981, de 8 de abril, el pronunciamiento más relevante.

El FJ5 aclara que no por ser el RD anterior a la Constitución, se considera que sea inconstitucional, pudiendo perfectamente regular el art. 28, aun cuando el mismo determine que sea una ley, y por su posición y conforme al art. 81CE, ley orgánica. Pudiendo desarrollar este derecho, en aquello que no vulnere la Constitución y mientras no se apruebe nueva regulación por Ley Orgánica.

El Tribunal aclara en el FJ7, que “***el derecho de huelga ha de colocarse en directa relación con el artículo 53 de la Constitución, que permite que se regule el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I -entre los que se encuentra el que nos ocupa-, siempre que en tal regulación legal se respete y no rebase el contenido esencial***”. El Tribunal resalta que “***la regulación de dicho Real Decreto es claramente restrictiva en relación con la regulación de la Constitución; y que la concepción del derecho de huelga que tuvo el autor del Real Decreto-Ley no coinciden en la Constitución***”. A pesar de ello recuerda que “***la Constitución lo que hace es reconocer el derecho de huelga, consagrarlo como tal derecho, otorgarle rango constitucional y atribuirle las necesarias garantías. Corresponde por ello, al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas***

*que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y límites genéricos del art. 53*". Por tanto, puede entenderse que la falta de LO que desarrolle este derecho se debe a una falta de voluntad política.

El FJ9 destaca el carácter subjetivo y fundamental que el artículo 28.2 CE le atribuye al derecho de huelga al emplear: "*se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses*", introducción similar a la establecida en los derechos de reunión (art. 21) y asociación (art. 22).

Sin embargo, desde mi opinión, el interés de este fundamento está de mayor forma en la siguiente explicación: "*La libertad de huelga significa el levantamiento de las específicas prohibiciones, pero significa también que, **en un sistema de libertad de huelga el Estado permanece neutral** y deja las consecuencias del fenómeno a la aplicación de las reglas del ordenamiento jurídico sobre infracciones contractuales en general y sobre la infracción del contrato de trabajo en particular*". Es decir, que desde un aspecto general el Estado no debe intervenir en los conflictos laborales, dejando que las partes resuelvan los conflictos mediante la negociación colectiva, o en su defecto que sean los órganos judiciales o extrajudiciales laborales los que resuelvan tales controversias.

No obstante, no podemos olvidar que los poderes públicos deben velar por que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos de forma real y efectiva, facilitando su participación en la vida política, económica, cultural y social; y por ello, aparece la consideración en el art. 28.2 de "*garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad*", también contemplado en el artículo 37 CE. Así, los poderes públicos pueden poner límites a los huelguistas en los casos especiales de mantenimiento de **servicios esenciales de la comunidad**. Ya lo deja claro el FJ 25 cuando puntualiza que el personal sometido a relaciones laborales ligado por ellas a una empresa o administración públicas ostenta derecho de huelga. Pero el mismo en función de los servicios que preste puede quedar limitado para la designación de servicios mínimos. La administración o empresa competentes del servicio esencial, debe justificar el concreto nombramiento de los trabajadores designados.

Sin embargo, de forma genérica, el mismo FJ9 se pronuncia respecto el derecho de los trabajadores a colocar el trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limita la libertad del empresario, pues durante ese periodo, no podrá contratar trabajadores

externos para llevar a cabo la actividad productiva de los huelguistas, ni tampoco realizar un cierre de empresa de forma arbitraria.

Otro de los fundamentos jurídicos más relevantes es el FJ10, en el mismo se define el contenido esencial del <<**derecho de huelga**>>, que no era especificado en el art. 28. El Tribunal define: “*el contenido esencial del **derecho de huelga** consiste en una cesación del trabajo, en cualquiera de las manifestaciones o modalidades que puede revestir*”, que se dispone en el mismo sentido que el art. 7 del Real Decreto Ley, que en su primer apartado difunde: “*el ejercicio del derecho de huelga habrá de realizarse, precisamente, mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectados y sin ocupación por los mismos del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias*”.

Los magistrados del alto tribunal aclaran que tal cesación del trabajo no excluye que el legislador al regular el derecho pueda entender la existencia de algunas particularidades que puedan resultar abusivas.

Ante la posibilidad de la práctica abusiva del derecho de huelga, el apartado segundo del artículo 7, recoge una serie de limitaciones como las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos para interrumpir procesos productivos, las de celo o reglamento, y otro tipo de alteraciones colectivas diferentes a la huelga que se generen en régimen de trabajo.

### ***El Cierre Patronal***

Al igual que ocurre con el derecho de huelga de los trabajadores, el reconocimiento del empresario para poder adoptar medidas ante una situación de conflicto colectivo que le otorga el artículo 37.2 CE, viene desarrollado en el ***Real Decreto Ley 17/1977***.

El art.12 establece como condición para el ejercicio de este derecho empresarial, que debe producirse durante periodos de huelga u otra modalidad de irregularidad colectiva en el trabajo. Siempre que de esa situación se pueda derivar un “*notorio peligro de violencia para las personas o de daños graves para las cosas*”. También, en caso de ocupación ilegal del centro de trabajo o dependencias, aun cuando sin haberse producido exista riesgo de que se produzca efectivamente. Y, por último, cuando la

inasistencia del personal o las irregularidades en el ejercicio del trabajo, ocasionen graves dificultades en la normalidad del desarrollo productivo.

El art.13, regula la actuación empresarial ante el cierre empresarial, considerando necesario la previa comunicación a la autoridad laboral, en término de doce horas. Limitándose el cierre al tiempo indispensable que permita reanudar la actividad.

El art. 14 hace referencia a los casos en los que el empresario no lleve a cabo la reapertura por propia iniciativa o a solicitud de los trabajadores. Debiéndolo hacer en todo caso cuando se produzca a instancias de la Autoridad laboral, y pudiendo ser sancionados conforme al artículo treinta y tres de la **Ley 16/1976, de 8 abril, de Relaciones Laborales**. Además, debiendo proceder al abono de los salarios devengados de los trabajadores durante el cierre ilegal.

De lo anterior, puede entenderse, por tanto, que el derecho empresarial de cierre patronal surge como respuesta a al derecho de huelga, cuando el mismo derecho se constituye como abusivo. Debiendo cumplir más condiciones que la realización de una huelga por parte de los trabajadores, que estarán relacionadas con la actitud de los mismos en la gestión y desarrollo de la huelga.

No obstante, ante la falta de proporcionalidad y de sacrificios mutuos por empresarios y huelguistas, el mayor perjudicado, siempre será el trabajador que queriendo ejercer su derecho al trabajo lo ve limitado. Primero, por los trabajadores huelguistas, que mediante medidas abusivas del derecho de huelga podrían imposibilitar el desarrollo de su derecho; y después, por el cierre patronal que, aun cuando se produzca como garantía a su propia integridad física, llevan aparejada la ausencia de salario.

Con respecto al cierre patronal la STC 11/1981, viene a diferenciar el <<cierre patronal>> del <<lock-out>> y de la <<huelga>>. Respecto al cierre patronal el tribunal especifica: *“Su práctica sólo reviste dignificación colectiva por la pluralidad de trabajadores afectados. En el cierre no hay reivindicación, sino defensa”*.

Sobre la huelga aclara que: *“es un <<contrapeso>>, que tiene por objeto permitir que las personas en estado de dependencia salarial establezcan una nueva*

*relación de fuerzas en sentido más favorable para ellas. Tiende a restablecer el equilibrio entre partes de fuerza económica desigual”.*

En cuanto al lock-out, entiende que: *“es una dosis de poder que se otorga a una persona que tenía poder ya desde antes”, “en ocasiones, (...) es una retorsión, que se utiliza como sanción de la huelga después de que ésta ha acabado”.* Por este motivo, el tribunal considera que el lock-out en nuestro ordenamiento jurídico es *“inadmisible, porque la utilización de un derecho constitucional no puede nunca ser objeto de sanción”.*

Considerándose en el mismo FJ22 que *“De esta suerte se puede llegar a la conclusión de que no es contrario a nuestra Constitución el poder de cierre patronal como poder de policía para asegurar la integridad de personas y de bienes, siempre que exista una decidida voluntad de apertura del establecimiento una vez desaparecido el riesgo y que es contrario a la Constitución todo tipo de cierre que vacíe de contenido o impida el derecho de huelga”.* Por este motivo el tribunal, ante la consideración de si el art.12 del Real Decreto tenía vicios de inconstitucionalidad, entendió que el mismo se desarrollaba de acuerdo con la Constitución.

#### 4. Derecho del Trabajo y Régimen Público de la Seguridad Social.

##### 4.1. El artículo 41 de la Constitución española.

El artículo 41 de la Constitución se dispone de la siguiente forma: “*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente, en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”.

Este artículo, situado dentro del *Capítulo III del Título Primero* de la Constitución se enmarca como uno de los llamados “*De los principios rectores de la política social y económica*”. En su emplazamiento en el capítulo, prosigue al art.39, sobre la protección de la familia, y al art. 40, que, por su especial importancia y relación con el resto de los preceptos constitucionales, ya ido siendo desarrollado a lo largo de este trabajo.

Como principio rector hay que precisar que el art. 53.3 de la Constitución española prevé: “*El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”. No obstante, como veremos, la propia evolución del Estado social y democrático de Derecho, ha ido configurando estos principios como auténticos derechos subjetivos de desarrollo legal.

Como primera expresión del art. 41CE, encontramos que “*los poderes públicos mantendrán un régimen público de la Seguridad Social para todos los ciudadanos*”. Así, se genera una **obligación** para los poderes públicos dirigida a la consecución de las voluntades promulgadas de un orden económico y social justo, al igual que asegurar una digna calidad de vida. De esta forma, se dotan los propios poderes públicos de herramientas y mecanismos con los que alcanzar las bases del art. 9.2 orientadas a la igualdad entre individuos de forma real y efectiva.

El contexto de actuación de este mandato a los poderes públicos, debemos entenderlo dentro de la distribución de competencia que realiza la propia Constitución a los poderes públicos estatales y autonómicos. El artículo 149.1 CE, establece que: “*el*

*Estado tiene competencias exclusivas sobre las siguientes materias (...)*”, haciendo referencia en la 17ª al régimen de Seguridad Social, donde se recoge que el Estado tendrá competencia exclusiva en cuanto a la legislación básica y el régimen económico del sistema, mientras que las CCAA podrán asumir la ejecución de los servicios.

También, en esta parte del artículo 41, se introduce en esta disposición, la imposición de un régimen público de seguridad social. De tal modo, que se limita al gobierno la privatización de manera esencial del régimen público de Seguridad Social, dejando cabida, a la privatización de servicios no esenciales. Por ello se dice que la Constitución renuncia a un sistema específico o único, decantándose por un sistema abierto.<sup>19</sup>

La STC 37/1994, de 10 de febrero, en su FJ 4, determina la garantía institucional del sistema de Seguridad Social, al imponer que las peculiaridades del estado social actual, lleva aparejado el carácter público del sistema. La sentencia puntualiza al respecto: *“Ahora bien este rasgo debe apreciarse en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto, sin distorsionar la evaluación, centrándola en aspectos concretos (...); sin cerrar interpretación de ciertos conceptos de relevancia constitucional, ni tampoco haciéndoles encajar indebidamente en los moldes que un determinado momento proporciona la ley ordinaria (...). Lo que verdaderamente ha de ser tutelado por imperativo constitucional es que se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la Institución Seguridad Social a la que pertenecen”*.

De este pronunciamiento del TC, entendemos que se establecen unos límites constitucionales en el que debe discurrir el Sistema de Seguridad Social español. Estos límites están determinados, desde mi opinión, por el art. 1.1 CE en el que se constituye el Estado español en un Estado social, y desde el que se propugna como valores superiores la libertad y la igualdad. De la consideración de *“Estado social”* se desprende el propio derecho a la Seguridad Social y el carácter asistencial del sistema. El valor de *“libertad”* se recoge en el establecimiento de sistemas complementarios y de privatización al que el ciudadano puede decidir libremente acudir. El de *“igualdad”*, irá a determinar el principio de universalidad del sistema, que veremos a posteriori.

Por otro lado, cuando el legislador introduce que dicho régimen se mantendrá *“para todos los ciudadanos”*, el término <<ciudadanos>>, implica que el sistema debe

---

<sup>19</sup> Gorelli, J. (2017). *Lecciones de Seguridad Social*. (Pág. 29). Madrid: Tecnos.

proteger a todos y no sólo a los trabajadores o aquellos que hayan realizado unas cotizaciones mínimas. De ahí que se hable de <<universalidad>> del sistema.

Esta universalidad, se configura como uno de los principios del *Texto Refundido Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el RD Legislativo 8/20015, de 30 de octubre*, que de forma conjunta a los principios de unidad, solidaridad e igualdad, viene a delimitar el desarrollo del Sistema. Si bien el artículo 1 TRLGSS, sobre el derecho de los españoles a la Seguridad Social dispone que lo “establecido en el artículo 41 de la Constitución, se ajustará a lo dispuesto en la presente ley”.

El artículo 2.1 TRLGSS, sobre “Principios y fines de la seguridad social”, además de precisar que el sistema se fundamenta en los principios ya mencionados, decide las modalidades por las que se configurará la acción protectora del sistema, modalidades: **contributiva y no contributiva**.

Estas clases de gestión del sistema están claramente familiarizadas con la exigencia del artículo 41 de: “que garantice la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”. La suficiencia a la que se hace mención es el <<mínimo exigible>> por el *Convenio 102 de la OIT, de 28 de junio de 1952, sobre la seguridad social*, que se constituye como norma mínima en esta materia.

El apartado segundo del artículo 2, consagra que el Estado, por medio de la Seguridad Social, y atendiendo a los criterios de inclusión en las modalidades contributivas y no contributivas, garantizará una protección adecuada frente a las contingencias tasadamente recogidas, pero es que el mismo apartado va más allá cuando recoge la protección de los familiares o asimilados a cargo de los beneficiarios. De esta forma se cumple con el objetivo de universalidad del sistema.

Respecto al concepto de <<situación de necesidad>> al que se refiere el precepto, la STC 103/1983, de 22 de noviembre, aclara que este término no se opone a la idea de perjuicio. Trata de avanzar en la consideración, que la *Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963* realizaba, priorizando sobre el riesgo o contingencia. Si bien entiende el tribunal que sigue siendo necesario diferenciar entre los riesgos derivados de accidentes de trabajo y los que no derivan del mismo. El FJ3, puntualiza que la situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección, lleva consigo la

necesidad de establecer un nivel de renta mínimo, del que derivará la línea de actuación de la protección. Sin embargo, entiende la misma sentencia, que las normas españolas, no parten de una consideración de pobreza o niveles de renta, si no de la compensación frente al daño, al causar un gasto por la contingencia.

En lo referente a la consideración de “*especialmente en caso de desempleo*”, la imposibilidad de los poderes públicos de cumplir con la efectividad real del artículo 35, en su aspecto garantista del derecho al trabajo de los ciudadanos, así, como lograr la consecución del objetivo del pleno empleo, al que hace referencia el artículo 40. El artículo 41, establece la obligación a los poderes públicos de corregir esa imposibilidad estatal, que puede entenderse que deriva de unas políticas socioeconómicas insuficientes.

Sin embargo, por la influencia y protección que del desempleo se deriva sobre el resto de derechos de carácter social, y por la relevancia que presenta en este trabajo, se analizará de forma más amplia en un apartado posterior.

#### ***4.2. Modalidades del Sistema de Seguridad.***

##### ***Modalidad contributiva.***

La Seguridad Social Contributiva, da lugar al criterio de profesionalidad, pues su fin es proteger colectivos específicos de trabajadores.

El art. 7.1 TRLGSS, entiende comprendidos dentro de la modalidad <<contributiva>> del sistema a: los trabajadores por cuenta ajena del art. 1.1. ET; los trabajadores por cuenta propia o autónomos, titulares o no de empresas individuales o familiares, mayores de edad que reúnan los requisitos determinados por TRLGSS y de las leyes de desarrollo, cuando sean mayores de edad; los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado; los estudiantes; y, todos los funcionarios. Todos ellos, introducidos por: “*cualesquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España*”, configurándose, así, de acuerdo con el principio de igualdad que sustenta el sistema.

En este sentido se pronunció la STC 77/1995, de 22 de mayo, que disponía en su FJ3: “la inclusión en el sistema de la Seguridad Social viene determinada en general por un criterio de territorialidad, de modo que su protección contributiva se aplica básicamente a los españoles que residan y ejercen su actividad en territorio nacional (art. 7.1 de la L.G.S.S.). No obstante, la acción protectora alcanza también a los españoles que por causas de trabajo, se trasladen a un país extranjero, mediante diversos instrumentos de Derecho Internacional que garantizan la igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción o, en su defecto, técnicas normativas internas que, como excepción al principio de territorialidad implican unilateral extensión e la propia legislación nacional (art. 7.4 y Disposición adicional primera de la L.G.S.S.).” El FJ4 venía a concretar: “jurídicamente es relevante que las cotizaciones se hayan generado en un país perteneciente a la Unión Europea, con la consiguiente aplicación del ordenamiento comunitario, o en otro ajeno a esta supranacional, y en tal hipótesis verifica si resulta aplicable algún instrumento internacional, y en caso negativo, si se suscribió no el correspondiente Convenio especial.(...) de modo objetivo y razonable se anudan diversas consecuencias jurídicas coherentes con los rasgos configuradores del sistema(...)”.

En cuanto al término de <<**cotización**>> a la Seguridad Social, desde una perspectiva jurídica, la cotización es una obligación impuesta por la ley a los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del sistema de Seguridad Social, de la que derivan **obligaciones y derechos recíprocos**. Desde una perspectiva económica, la cotización es el elemento primordial de financiación del sistema de Seguridad Social, especialmente en lo que se refiere a las prestaciones de nivel contributivo.

En España, la cotización se basa en el principio de solidaridad o de reparto, en el que las cotizaciones actuales financian prestaciones actuales. El principio de proporcionalidad es otra de las bases del sistema de cotización, a mayor retribución mayor cotización se deberá realizar al sistema.

#### **Modalidad no contributiva.**

Con la entrada en vigor de la **Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de Prestaciones no Contributivas**, se introdujo un **criterio de no profesionalidad**, por el que no se exigía alta ni cotizaciones previas, que venía a presentar una **novedad** con respecto a los

sistemas anteriores. Suponía el acceso a prestaciones para cualquier ciudadano residente en España, que acercaba de forma más significativa el sistema al principio de universalidad.<sup>20</sup>

En este sentido, respecto a los sujetos comprendidos en la modalidad <<no contributiva>> el art.7.2 TRLGSS, entiende que serán: “*todos los españoles residentes en territorio español*”. Estando comprendidos: “*los extranjeros que residan legalmente en territorio español, en los términos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y en su caso, en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos internacionales*”.

#### **4.3. Prestaciones de la Seguridad Social.**

La Seguridad Social persigue la defensa y el amparo de los individuos ante situaciones de necesidad o riesgo, a través de la concesión de prestaciones. Estas se constituyen como el **objetivo principal del Sistema de Seguridad Social**, con la previa determinación de los sujetos protegidos y del campo de aplicación.

Las prestaciones son el conjunto de **medidas técnicas y económicas** que pone en funcionamiento el Sistema de la Seguridad Social, para tratar de evitar que se produzcan las contingencias y repararlas o superarlas una vez producidas.

Desde una perspectiva legal, el artículo 42 TRLGSS, establece la acción protectora del sistema, de la que puede entenderse se deriva la siguiente clasificación: prestaciones de asistencias sanitaria y farmacéutica, en casos de maternidad, enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo; prestaciones de recuperación profesional; servicios sociales de reeducación, rehabilitación de inválidos y asistencia a la tercera edad; asistencia social; prestaciones de dependencia de la **Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia**. En el caso de esta última prestación no se encuentra dentro de la Seguridad Social, sino se integran en los servicios sociales de las distintas Comunidades Autónomas.

---

<sup>20</sup> Del Valle. J. (2002). *La Protección legal de la suficiencia del salario*. (Pág. 41). Madrid: Dickinson.

Sin embargo, existen otro tipo de clasificaciones, de las que vienen a destacar las prestaciones económicas. Las prestaciones económicas constituyen un derecho de **contenido dinerario** cuya finalidad es prever, recuperar o superar los estados de necesidad derivados de la actualización de ciertas contingencias que implican una pérdida o disminución de ingresos para aquellos que las soportan.

En el año 2000 se creó un grupo de programas que engloba las prestaciones no contributivas del Sistema. Esta modalidad de acción protectora, de **carácter no contributivo y universal**, debe ser financiada mediante aportaciones del Estado al presupuesto de la Seguridad Social, como recoge la *Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y reconocimiento del Sistema de Seguridad Social*.<sup>21</sup>

Del apartado *c)* del artículo 42.1 TRLGSS, puede entenderse como situaciones comprendidas: incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural y cuidado de menores afectado por cáncer u otra enfermedad grave; incapacidad permanente (en su modalidad contributiva y no contributiva); jubilación (contributiva y no contributiva); muerte y supervivencia; desempleo (en su nivel contributivo y asistencial); prestaciones familiares por hijo a cargo (en sus modalidades contributiva y no contributiva).

### ***Desempleo***

Ya hemos visto que el art. 40CE dispone como objetivo de los poderes públicos la consecución del pleno empleo. Pero ello va a estar condicionado por muchos factores económicos, propios de la economía de mercado. Así que la presentación por desempleo se configura como una garantía para el trabajador desempleado.

El desempleo en el caso español tiene reconocimiento preconstitucional en la *Ley de 22 de julio de 1961*, que lo recogía como un seguro social más. Si bien el legislador español ha considerado la necesidad de darle mayor protección. tal consideración se manifiesta, en la asignación del *Título III TRLGSS*, “*Protección por desempleo*”, distribuyéndose en los artículos 262 a 304, y en el *Reglamento de Protección por Desempleo, aprobado por RD 625/1985, de 2 de abril*, vigente

---

<sup>21</sup> Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *Informe Económico-Financiero a los presupuestos de la Seguridad Social de 2017*. (Págs. 141 y 272)

mediante no se desarrolle Disposición Final 8ª. No obstante, hay que tener en cuenta la existencia de normas especiales sobre protección por desempleo en determinados sectores de actividad.<sup>22</sup>

El art. 262 TRLGSS establece que la protección por desempleo se dispensa a “*quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean suspendido su contrato o reducida su jornada ordinaria de trabajo*”, y como consecuencia, sea privado de su salario. La protección por desempleo se estructura en dos niveles: **contributivo y asistencial**; ambos de carácter público y obligatorio.

El **nivel contributivo** tiene por objeto prestaciones de carácter sustitutivo del salario dejado de percibir. El artículo 264 TRLGSS, sobre las **personas protegidas**, esencialmente hace referencia a los trabajadores por cuenta ajena, y otros colectivos incluidos como: penados liberados; socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado; los incluidos en los regímenes especiales de la Seguridad Social que protejan tal contingencia, como el régimen especial de Trabajadores del mar; determinado personal al servicio de las Administraciones Públicas, por relaciones de carácter administrativo; entre otros.

Para la situación legal de desempleo en este caso es necesario el cumplimiento de un doble **requisito**. Por un lado, desde un punto de vista estático, la situación legal de desempleo conlleva que el trabajador se encuentre en una situación de imposibilidad de trabajar recogida art. 267 TRLGSS, como: extinción del contrato de trabajo, derivado de despido colectivo al amparo del art. 51 ET, extinción por voluntad del trabajador de acuerdo con el art. 50 ET, expiración del tiempo determinado de obra y servicio; suspensión temporal del contrato en virtud de expediente de regulación temporal de empleo, y otros contemplados en el mismo artículo. Por otro lado, desde un aspecto dinámico se exige acreditar la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada, de acuerdo con los arts. 299 a 301 TRLGSS, que exigen la inscripción como demandantes en el momento de solicitar las prestaciones, y otro tipo de compromisos referidos a la formación e inserción profesional.

En cambio, el **nivel asistencial** tiene carácter complementario del contributivo, púes surte efecto cuando los desempleados no han podido volver a trabajar o acceder al nivel contributivo o han agotado éste. Sin embargo, aunque pueda tener apariencia de

---

<sup>22</sup> Gorelli, J. (2017). Lecciones de Seguridad Social. (Pág. 315). Madrid: Tecnos.

protección asistencial pura y total, no es así, pues deriva de las cotizaciones que necesariamente se realizaron previamente para el nivel contributivo. Tampoco, su protección es genérica para los empleados que acrediten una situación de necesidad. Si bien el art. 275 TRLGSS en su apartado segundo establece el **requisito** de la renta, cuando el desempleado carezca de rentas superiores al 75% del salario mínimo interprofesional, la situación de necesidad por sí sola no conlleva a la obtención del subsidio por desempleo, siendo necesario además haber agotado las prestaciones contributivas de desempleo teniendo responsabilidades familiares, o ser mayor de 45 años y haber agotado las prestaciones contributivas por desempleo de al menos 12 meses, aún sin tener responsabilidades familiares. También, en el caso de emigrantes retornados de país extracomunitario, y hubieran trabajado 12 meses en los 6 años anteriores al retorno y se haya inscrito en plazo de un mes como demandante, desde su regreso y tenga nacionalidad española. Además, los reclusos liberados después de un encarcelamiento superior a 6 meses; las personas que han dejado de estar protegidas por incapacidad permanente por un expediente de revisión; los desempleados que no cumplan los requisitos de cotización requerido para el desempleo contributivo, pero acrediten 3 meses con cargas familiares o 6 meses sin ellas; así, como los desempleados mayores de 55 años que se encuentren cualquiera de las situaciones mencionadas y acrediten reunir los requisitos exigidos para la jubilación, excepto la edad.

La gestión de este tipo de prestaciones por desempleo corresponde al Servicio Público de Empleo Estatal, mientras que el contributivo se realiza acorte a las prestaciones financiadas con las cotizaciones; el asistencial, se lleva a cargo de los Presupuestos Generales del Estado destinados para tal fin.

El Tribunal Constitucional en materia de desempleo ha contribuido a solventar problemas con envergadura constitucional, por lo general, cuando se ha realizado una súplica del desempleo unido a otro derecho de la *Sección 1ª, Capítulo II del Título I*, recabando la tutela del TC a través de recurso de amparo, de acuerdo con el art. 53.2 CE.

El establecimiento de requisitos adicionales para la obtención de prestaciones de desempleo, más allá de los periodos de cotizaciones, ha sido uno de los puntos más controvertidos, que unido al derecho de igualdad han llevado al pronunciamiento del TC. Una de las primeras sentencias que en este sentido han constituido la doctrina en la

rama social del derecho, es la STC 119/1987, de 9 de julio, donde la demandante fundamentaba básicamente sus pretensiones en los art. 14 y el 24.1 de la Constitución, siendo estos preceptos los que obligan a que el tribunal se pronuncie, y de forma indirecta, invoca otra serie de preceptos. En el FJ3 el Tribunal se pronuncia de la siguiente forma: “ (...) *no cabe apreciar discriminación entre las personas que no perciben las prestaciones de desempleo por haber incumplido algún requisito establecido en la Ley para ello, y las que las obtienen precisamente por cumplir todos los requisitos legales; no cabe apreciar discriminación, concretamente, entre la demandante, que no se inscribió en la Oficina de Empleo dentro del plazo de quince días que estipulaba la normativa aplicable al caso, y aquellas personas que, acreditando un periodo de cotización igual, cumplieron debidamente esa exigencia legal*”.

#### ***-Especial consideración de los Autónomos.***

Con la crisis económica en la que se ha visto envuelto nuestro país, los poderes públicos se vieron obligados a extender este tipo de prestación a los trabajadores autónomos a través de la ***Ley 32/2010, de 5 de agosto***, por la que los trabajadores autónomos cuentan con un sistema específico de protección por cese de actividad. Como requisitos, para una prestación económica mensual por cese de actividad y la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, los trabajadores autónomos debían de esta a la fecha del cese afiliados, en alta y tener cubiertas las contingencias profesionales, a pesar de su carácter voluntario. Así como estar al corriente en el pago de cuotas y tener cubierto un periodo mínimo de 12 meses de cotización.

#### ***Jubilación***

El artículo 50 de la Constitución española prevé: “*Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio*”.

El desarrollo normativo del precepto estuvo especialmente influenciado por el Derecho internacional. Por un lado, por las Constituciones europeas promulgadas tras la II Guerra Mundial, con especial relevancia del artículo 72 de la *Constitución portuguesa de 1976*. Por otro lado, la protección de la tercera edad, fue especialmente reconocida en la *Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961*; en el *Código Europeo de Seguridad Social*; y, en el *Convenio n° 128, de 29 de junio de 1967, de la OIT, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes*.

Como antecedente español más importante encontramos el art. 43 de la Constitución de 1931, seguida durante la dictadura franquista por el artículo 28 del *Fuero de los Españoles y el Fuero del Trabajo*, que establecía asistencia estatal.<sup>23</sup>

La jubilación protegida en el Régimen General de la Seguridad social consiste en el cese en el trabajo por cuenta ajena a causa de la edad. Sin embargo, en su dimensión de prestación económica, el mero cumplimiento de la edad no es suficiente para devengar el derecho a la acción protectora de la Seguridad Social; requiere además que el trabajador cese voluntariamente y que sea solicitado por el interesado.

Esta **prestación económica**, se constituye como una renta de sustitución destinada a compensar la carencia de ingresos profesionales, cuando a causa de la edad, cesa en su vida laboral activa. Adoptando la forma de prestación económica, única, vitalicia e imprescriptible.

Cuando de forma más específica, se habla de los beneficiarios a la jubilación en su modalidad contributiva, de los trabajadores por cuenta ajena, afiliados y en alta o situación asimilada, deberán reunir unas condiciones adicionales de edad y períodos mínimos de cotización. También, existen **excepciones** a la situación de alta o situación asimilada, cuando el beneficiario reúna los requisitos de edad y cotizaciones exigibles en el momento de la solicitud, de acuerdo con el art. 205.3 TRLGSS.

Con carácter general, se exigirá para ser beneficiario haber cumplido 67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización. También, se establece un periodo mínimo de cotización de 15 años a lo largo de su vida laboral, de los cuales al menos 2 deberán estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. Estos cálculos se realizarán de la forma prevista en el art. 205.1 TRLGSS.

---

<sup>23</sup>[http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis\\_pr.jsp?art=50&tipo=2](http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=50&tipo=2)

Sin embargo, se incorpora a la Ley General de la Seguridad Social, con el RD Legislativo 8/2015, una nueva disposición transitoria séptima que como mencioné con anterioridad, supone una aplicación paulatina de la edad de jubilación y de los años de cotización.

Existen **excepciones** donde la edad de jubilación puede solicitarse de forma anticipada, es decir, que permiten acceder a la pensión de jubilación con edades inferiores a las anteriormente establecidas. Ello se lleva a cabo por diferentes motivos, a través de la aplicación de coeficientes de reducción de la edad, que se derivan bien por la realización de trabajos de especial peligrosidad, como: trabajadores del mar o minero; bien, por la aplicación de coeficientes en caso de discapacidad. No obstante, en ningún caso se podrá acceder con menos de 52 años de edad.

También, podrán anticipar la edad de jubilación, quienes se acojan a la **jubilación parcial** a través de un contrato de relevo, y que hayan cumplido al menos la edad de 61 años. Otra excepción es la de quienes fueron mutualistas antes del 1 enero de 1967 y hayan cumplido al menos 60 años de edad, aplicándole a los mismos un coeficiente reductor del 8% por cada año que le falte para cumplir 65 años.

Si bien la **jubilación anticipada** se inicia con la solicitud por parte del interesado, el cese en el trabajo puede derivar de causas no imputables a la voluntad del trabajador, por diferentes causas derivadas de despido colectivo u objetivo.

En cuanto a la **jubilación no contributiva**, se encuentra recogida en los artículos 360 a 371 TRLGSS, entendiéndose como una prestación destinada a sufragar las contingencias derivadas de la vejez a aquellas personas que, careciendo de rentas o ingresos suficientes, hayan cumplido 65 años de edad, residiendo legalmente en España o habiéndolo hecho durante 10 años entre los 16 años de edad y la edad de devengo de la pensión, de los cuales 2 deben ser inmediatamente anteriores a la solicitud de prestación.

### ***La repercusión del Pacto de Toledo en las pensiones/ Régimen de Seguridad Social.***

En 1995, España se encontraba en una situación de crisis económica, que venía a acrecentar las carencias que adolecían al Sistema de la Seguridad desde la aprobación de la **Ley General de la Seguridad Social de 1974**, y que cuestionaba la sostenibilidad y

eficiencia del sistema. La situación llevó a que el Congreso de los Diputados creara una comisión con la que abordar los principales problemas estructurales. La comisión influenciada por el “*Libro Blanco*” de Delors y el *Informe del Banco Mundial de 1993*, que abordaban la sostenibilidad de los sistemas de pensiones. El resultado de un análisis de los problemas estructurales del sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que debían acometerse, se plasmaron en el llamado *Pacto de Toledo*. Documento que describe la evolución del sistema de pensiones español, y que proponía medidas que garantizaran la <<**viabilidad**>> del sistema público de pensiones como: la separación y clarificación de las fuentes de financiación del sistema; la progresiva constitución de la reservas; la mejora de los mecanismos de recaudación; simplificación de los regímenes; el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones; el reforzamiento del principio de solidaridad, entre regiones y generaciones; y el análisis y seguimiento de la evolución del sistema.

Sin embargo, los problemas de sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social no han desaparecido. La *OCDE*, el *Banco Mundial* y la *Comisión Europea* viene recordando a España desde hace años la necesidad de adoptar reformas profundas en el sistema.

A pesar de las **reformas** producidas, estas han sido insuficientes, pues las expectativas de futuro a partir de 2027 realizadas ya por 2010 se predecían muy malas. Ello es consecuencia del aumento de la esperanza de vida y la relación de dependencia entre activos y pasivos. Y es que, para la segunda década del Siglo XXI, se producirá un aumento del número de jubilaciones, derivado de la incorporación a las mismas de la generación <<*baby boom*>> de los años 60-70. Ello, conllevará a un aumento del gasto social en pensiones y de ahí los problemas de financiación.

Para abordar la futura situación de problemas de viabilidad y sostenibilidad del sistema de pensiones se produjo la *Reforma del Sistema de Seguridad Social con la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social. Con esta reforma, se adoptan medidas destinadas a la prolongación de la vida laboral, mediante el retraso obligatorio hasta los 67 años.

El objetivo es mantener la proporcionalidad entre las contribuciones al sistema y las prestaciones esperadas del mismo y garantizar su sostenibilidad, efectuando revisiones de las previsiones cada 5 años.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> López. J. y Toscani. D. (2011). *La reforma de la jubilación. Comentarios a la Ley 27/2011, de 1 de agosto.* (Págs. 10- 56) Valencia: Tirant lo Blanch.

## 5. El derecho a la Salud, Art. 43 CE.

El concepto de <<salud>> con el Estado de Bienestar, se atiende en términos positivos o afirmativos, introduciéndose, además, el concepto de <<bienestar>> abarcando así un aspecto amplio tanto físico, mental, como social. La **Organización Mundial de la Salud**, en 1947, definió la salud como el estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

El derecho a la protección de la Salud, reconocido en el artículo 43 CE, tiene como precedente interno más cercano el artículo 46.2 de la **Constitución española de 1931**, donde se establecía una regulación para los casos de seguro de enfermedad. En cuanto a las influencias externas al ordenamiento español, encontramos el artículo 32 de la **Constitución italiana de 1947**, por el que se establecía, principalmente, la obligación de tutelar la salud a la república, de forma gratuita para las personas sin recursos, y dándole consideración de derecho fundamental.

Su reconocimiento en la Constitución de 1978, otorga a los poderes públicos la competencia y responsabilidad de organizar y tutelar la salud pública. Para ello, los poderes públicos podrán valerse de medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios para su alcance.

De esta manera, el derecho a la Salud debe de entenderse conectado directamente al, ya desarrollado, derecho a la Seguridad Social. Hasta el punto de entenderse que, el derecho a la Seguridad Social se constituye como una herramienta en la consecución del derecho a la salud. Como vimos anteriormente en el art. 41CE y en el 42 TRLGSS, el derecho a la seguridad social garantiza “*la <<asistencia>> y prestaciones suficientes para cubrir situaciones de necesidad*”, y la acción protectora del Sistema de Seguridad Social “*comprende las prestaciones de asistencia sanitarias y farmacéuticas*”.

El artículo 43 también expone que “*La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto*”. Sin embargo, hay que entender que este mandato a los poderes públicos está delimitado en función de la distribución de competencias entre Estado y CCAA.

El **Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su**

*actualización*,<sup>25</sup> va dirigido a garantizar que el art. 43 CE se extienda a toda la población española y se realice en condiciones de igualdad efectiva, como recoge el artículo 3.2 de la *Ley 14/1986, de 26 de abril, General de Sanidad*.

El artículo 1 del RD, define la cartera de servicios como “*el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recurso basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hace efectiva las prestaciones sanitarias*”.

También, para la elaboración de la carta de servicios comunes, se ha tenido en cuenta el *Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud*, que definió los derechos de los usuarios del sistema sanitario a la protección de la salud al regular, de forma genérica, las prestaciones facilitadas por el sistema sanitario público

Asimismo, se parte de múltiples criterios de la *Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*, dirigidos a garantizar condiciones básicas de asistencia y efectividad de las prestaciones.

De esta forma se constituyen una cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud que comprende: una cartera común básica de servicios asistenciales para todo el Sistema Nacional de Salud; una cartera común suplementaria y de servicios accesorios; y, una cartera de servicios complementarias de las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, los considerados básicos y comunes, hasta el punto de constituirse como servicios o derechos fundamentales, que constituyen la asistencia sanitaria de todas las Comunidades Autónomas, son principalmente las prestaciones asistenciales o médicas constituidas por la **atención de urgencia** en la que la situación clínica obliga a una atención sanitaria inmediata (atención telefónica, transporte sanitario, evaluación del paciente, inmediatez, diagnóstico, procedimiento terapéuticos necesario) realizados por médicos y quirúrgicos. También, la **atención primaria**, que constituye el nivel básico que garantiza la globalidad y continuidad a lo largo de la vida, para el mantenimiento y recuperación de la salud. Y, por último, la **atención especializada**, una vez superadas el diagnóstico y tratamiento de atención primaria, realizada por médicos especialista.

---

<sup>25</sup><http://www.msssi.gob.es/va/profesionales/prestacionesSanitarias/publicaciones/docs/carteraServicios.pdf>

Por lo tanto, las Comunidades Autónomas desarrollaran sus propias carteras de servicio, respetando el mínimo establecido por el RD y las *Órdenes Ministeriales* que las complementen, de acuerdo con los presupuestos designados para tal fin en sus propios presupuestos.

No obstante, si anteriormente hemos destacado la especial relación del derecho a la salud con el derecho a la Seguridad social, para finalizar con su análisis, debemos resaltar de igual modo, su relevante conexión con el artículo 15 CE, que protege el derecho a la vida y a la integridad física. Del desarrollo del Estado de Bienestar, la sociedad española, entiende de manera indisoluble ambos derechos, entendiéndose el derecho a la salud como parte del mismo derecho a la vida y a la integridad. De esta manera, el ciudadano tiene la percepción del derecho a la salud como un derecho de igual protección y consideración que los Derechos Fundamentales. Sin embargo, su reconocimiento constitucional, por su situación en el *Capítulo III, del Título I*, lo constituyen como un principio rector de la política social y económica.

## 6. Actualización de derechos en los estatutos de autonomía.

El artículo 147.1CE define los Estatutos como la “*norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma*”. A través de los propios estatutos, se crean las CC.AA. con los requisitos y límites que la Constitución establece, especialmente en el artículo 147.2 y ss. De esta forma, también, con la Constitución de 1978 se crea el Estado de las autonomías por el que se compone el Estado español.

Si bien, los Estatutos autonómicos a lo largo de su historia democrática han sido reformados en parte de su articulado, es a partir de 2006 cuando surge un periodo de mayor relevancia de reforma estatutaria. En ese momento se introducen reformas que afectan a todo el texto, creando nuevos órganos autonómicos, introduciendo el reconocimiento de integración en la UE, ampliando las competencias y aclarando las cuestiones competenciales que habían dado lugar a anteriores pronunciamientos del TC, pero de forma especial para el caso que nos atañe, se amplió el **catálogo de derechos**. Es en este momento cuando se comienza a hablar de la actualización de los Estatutos de Autonomía o <<*Estatutos de tercera generación*>>.

Este reconocimiento de nuevos derechos por parte de las CC.AA., ocasionó conflictos doctrinales al respecto, que llevaron a que el TC tuviera que pronunciarse.

En la STC 247/2007, el tribunal resolvió diferentes cuestiones que afectaban a la organización territorial del Estado español.

El FJ10 aclara que: “*el legislador estatutario, como cualquier legislador, ha de interpretar necesariamente la Constitución al ejercer la función atributiva de competencias a la correspondiente Comunidad Autónoma que la Constitución le reconoce. (...) puede de modo legítimo realizar operaciones de interpretación de la Constitución sometiéndose, (...) a los mismos criterios que todo legislador*”.

El mismo fundamento concreta, que se ve a partir de una interpretación del texto constitucional en sentido amplio, con la consideración del EA como LO dentro del ordenamiento estatal que configura el bloque de constitucionalidad y, como norma básica institucional de la Comunidad Autónoma.

En este último sentido, Javier García Roca y Enoch Albertí<sup>26</sup>, sobre el reconocimiento y eficacia de los principios rectores en los EEAA, entienden que, el art. 53.3 CE hace un mandato claro de optimización de estos principios a los poderes públicos, incluyéndose en los mismos, los legisladores autonómicos. Siendo de esta forma, su reconocimiento y desarrollo, no una simple facultad más, sino un deber que continuará la dirección fijada por la CE.

Estos autores distinguen entre dos tipos de principios estatutarios: aquellos que se limitan a reproducir los contemplados en la Constitución, y los que se constituyen como **nuevos principios** derivados del poder autonómico. Sin embargo, aunque ambos principios se encuentren recogidos en un mismo estatuto, la fuerza vinculante de los que derivan de obligaciones constitucionales es mayor, incrementándose incluso, cuando son calificados como **derechos subjetivos en el Estatuto**. De esta última calificación se podrá determinar que la ejecución de los principios rectores representa capacidad de acción ante los Tribunales.

### ***Influencia de los principios rectores en la actualización de los estatutos de autonomía de Cataluña y Andalucía.***

Los derechos y deberes de los ciudadanos y los principios rectores que hemos ido analizando a lo largo de este TFG, han tenido una clara influencia en los estatutos autonómicos de tercera generación. Para su constatación, partiremos de los estatutos catalán y andaluz, que se han convertido en una guía para los estatutos posteriores, y que presentan una clara influencia en el reconocimiento, de aquellos derechos relacionados con el derecho al Trabajo y el ámbito laboral.

La **Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña**, en su artículo 25, establece una serie de derechos relacionados con el derecho a la formación y promoción profesional, así como el acceso gratuito a los servicios públicos de ocupación. De esta forma, el estatuto, además de seguir las directrices del artículo 35 CE, se desarrolla también en la línea establecida por el artículo 40 CE de políticas al pleno empleo. Incluso, puede entenderse que, al igual que la Constitución española realiza en el artículo 41 y 43CE, al establecer un régimen

---

<sup>26</sup> García, J. y Albertí, E. 2010 *Treinta años de Constitución. Congreso extraordinario de la asociación de constitucionalistas de España*. (382-386). Valencia: Tirant lo Blanch

público de Seguridad Social y una salud pública, el artículo 25 del estatuto catalán, también limita la externalización de los servicios de ocupación a empresas privadas. Por otro lado, se garantiza recursos de carácter no contributivo dirigidos a paliar la falta de medio de subsistencia, para aquellas personas excluidas del mercado laboral, cuando no han podido acceder o reinsertarse en el mismo.

Además, se recoge el derecho de los trabajadores a desarrollar el ejercicio de la profesión en condiciones de salud y seguridad y dignidad, que a diferencia del artículo 40 CE se enuncia en un sentido positivo, es decir, como un derecho de los trabajadores, y no como una obligación de los poderes públicos. Al introducir el derecho de dignidad, el estatuto va más allá de la integridad meramente física, alude también a la moral, protegiendo de alguna forma y obligando a prohibir acciones como el acoso laboral en el trabajo.

Igualmente, recoge derechos de los representantes de los trabajadores a la información y participación, cuya protección estatal se encuentra en el ET. De esta forma, puede entenderse que el EA reviste estos derechos protegidos, hasta ahora en una ley ordinaria, de mayor protección o *accionabilidad* ante los Tribunales, al estar introducidos en una Ley Orgánica, y con un posicionamiento dentro de la estructura del Estatuto en el *Capítulo I, "Derechos y deberes del ámbito civil y social"*, que le otorgan la consideración de derechos subjetivos, encontrándose con el mismo nivel de protección que derechos como el derecho de la persona. En este capítulo, también se revisten con el mismo grado de protección, *derechos en el ámbito de la salud, derechos a vivir con dignidad el proceso de la muerte y derechos de las personas mayores*, entre otros derechos que hasta ese momento no habían tenido este nivel de protección.

En este sentido, la *Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma de Autonomía para Andalucía*, presenta desde un primer momento, un claro objetivo de protección del empleo, al constituirlo como un objetivo básico de la Comunidad Autónoma recogido en su art. 10. Así, como la salvaguarda de la seguridad y salud laboral, al igual que el Estatuto catalán. No obstante, el andaluz da un paso más, al introducir la conciliación de la vida familiar y laboral, con especial garantía en el trabajo de mujeres y jóvenes, y recogiendo dentro del *Título Preliminar*.

El artículo 26 del mismo, "*Trabajo*", se fundamenta en el texto constitucional, concretando: "1. En el ejercicio del derecho constitucional al trabajo, se garantiza a

todas las personas: a) El acceso gratuito a los servicios públicos de empleo. b) El acceso al empleo público en condiciones de igualdad y según los principios constitucionales de mérito y capacidad. c) El acceso a la formación profesional. d) El derecho al descanso y al ocio. 2. Se garantiza a los sindicatos y a las organizaciones empresariales el establecimiento de las condiciones necesarias para el desempeño de las funciones que la Constitución les reconoce. La ley regulará la participación institucional en el ámbito de la Junta de Andalucía de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en la Comunidad Autónoma”. En este sentido podemos observar, como el legislador andaluz, si bien, se limita a reproducir el texto constitucional, les da relevancia como nuevos derechos subjetivos derivados del poder autonómico.

Ambos estatutos, utilizan parte de su articulado para establecer un mayor reconocimiento y garantía a aquellos sujetos especialmente vulnerables. La protección a los jóvenes, está regulado en el art. 40.4 EAC y 38.1.8º EAA, parten de la integración, emancipación, beneficiando la autonomía personal y social. La protección de los mayores, hacen referencia a la protección a través de la solidaridad intergeneracional, art. 40.6 EAC, y a la atención integral, art. 37.1. 3º. La protección de la mujer, en el estatuto andaluz, hace referencia a la lucha contra el sexismo y la equiparación laboral entre hombres y mujeres, arts. 37.1.1º y 11º; en el estatuto catalán, el artículo 41, recoge la equiparación laboral entre hombres y mujeres en el acceso, y garantizar la no discriminación en cualquiera de las situaciones del ámbito laboral; así, como combatir las diferentes formas de violencia contra las mujeres; introduciéndose con especial significación, una obligación para los poderes públicos de reconocer y valorar económicamente el trabajo de cuidado y atención en el ámbito doméstico y familiar en la fijación de las políticas económicas y sociales.

### ***Relevancia en el caso de Canarias.***

La Comunidad Autónoma de Canarias se constituye como tal, a través de la ***Ley Orgánica 10/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Canarias***. El Estatuto canario, ha sido reformado únicamente por la ***Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre***. No obstante, se produjo un intento de reforma 2005-2007<sup>27</sup>, que pretendía

---

<sup>27</sup> Álvarez, E. (2007). *Reforma constitucional y reformas estatutarias*. (Págs. 206 a 208). Madrid: Iustel

seguir la estela de los estatutos catalán y andaluz, pero –por diversas razones políticas – fue retirado de las Cortes por el Parlamento canario.

Sin embargo, la evolución histórica y social del archipiélago hace necesaria la actualización del marco estatutario, al contexto económico y social del nuevo siglo. Tras el intento fallido de reforma de 2007, desde 2015 se remitió a las Cortes Generales un nuevo texto estatutario, cuya propuesta actualmente se encuentra en fase de Ponencia en el seno del Congreso de los Diputados<sup>28</sup>.

Desde una perspectiva general<sup>29</sup>, la propuesta estatutaria pretende modificar el texto anterior haciendo especial referencia a Canarias como archipiélago atlántico, con una identidad singular basada en sus circunstancias geográficas, históricas y culturales. Se incorporan términos fruto de su reconocimiento como Región Ultraperiférica por la UE, al hacer referencia a la lejanía e insularidad. Fundamentándose, también, en los valores y bienes que han caracterizado históricamente a Canarias institucional y económicamente, tratando de asegurar la continuidad de peculiaridades del Régimen Económico y Fiscal como una obligación estatal.

Desde una perspectiva más específica o cercana a los principios rectores, el proyecto estatutario, presenta rasgos de los estatutos anteriormente analizados, siguiendo en gran medida las bases establecidas por el intento estatutario de 2007.

En este caso, se reconocen como derechos del *Capítulo II* del Estatuto de autonomía, “*Derechos y Deberes*”, que la Constitución Española establece como principios rectores de la política social y económica, una serie de derechos que por su desarrollo histórico el legislador canario ha creído conveniente reforzarlos en la norma suprema autonómica. Este es el caso de los “*Derechos de las personas mayores*” (art. 14), “*Derechos de las personas en situación de discapacidad y dependencia*” (art. 15), que se constituyen como un deber para los poderes públicos canarios de garantizar una vida digna e independiente, promoviendo y asegurando su bienestar social, económico y personal, y garantizando el acceso a los derechos en condiciones de igualdad. También, se recogen “*Derecho de igualdad*” (art. 16) y “*Derecho de orientación sexual*” (art. 17), orientados, respectivamente, a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, y a la

---

<sup>28</sup> Boletín oficial de las cortes generales congreso de los diputados, serie b, núm. 10-1, 9 de septiembre de 2016.

<sup>29</sup> Véase también [https://www.eldiario.es/canariasahora/premium\\_en\\_abierto/anos-detras-reforma-estatuto-Canarias-reforma\\_del\\_estatuto-arlamento\\_de\\_Canarias\\_0\\_616638563.html](https://www.eldiario.es/canariasahora/premium_en_abierto/anos-detras-reforma-estatuto-Canarias-reforma_del_estatuto-arlamento_de_Canarias_0_616638563.html)

conciliación de la vida familiar y profesional, protección integral contra la violencia de género, y el reconocimiento de la identidad de género y no discriminación por su orientación.

En cuanto a los “*Derechos en el ámbito de la Salud*” (art. 18), constituye el derecho a la protección de la salud como un derecho generalizado a todas las personas. Mediante ley se garantizará, que el servicio público canario de salud se preste en condiciones de igualdad, gratuidad, de información integral, elección de profesional médico y centro sanitarios, el acceso a cuidados paliativos, asistencia geriátrica especializada y otros derechos relacionados con las carteras estatales de servicios básicos asistenciales.

Por último, los derechos de carácter laboral, se concretan en el artículo 22, “*Derechos en el ámbito laboral y profesional*”, se enuncian como obligación para los poderes públicos para promover políticas activas y medidas destinadas a garantizar el derecho de todas las personas al trabajo. Así, como garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, enumera una serie de garantías como: derecho a la formación profesional y promoción profesional; derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad; derecho a ejercer el trabajo en condiciones de seguridad y salud física y mental, en sentido amplio; el derecho de información, consulta y participación en las empresas; y, medidas destinada a impedir el acoso. Se constituye también el fomento a la inserción y accesibilidad al trabajo remunerado en condiciones de igualdad a personas en situación de discapacidad. También, se reconoce el derecho de ejercer funciones de participación y colaboración social a las organizaciones sindicales y empresariales. Además, se reconoce prestaciones y recursos de carácter no contributivo asistencial, a las personas que no se hayan podido reincorporarse o acceder al mercado laboral y carezcan de medios de subsistencia.

En el *Capítulo III, Principios Rectores*, el EA de Canarias, vuelve a recoger la igualdad de las personas y grupos en materia de empleo, trabajo y retribución, haciendo hincapié en ese sentido en la igualdad entre hombres y mujeres.

En el resto del articulado estatutario se desarrollan otro tipo de derechos del personal al servicio de las administraciones públicas canarias.

## 7. Conclusiones.

A lo largo del presente trabajo, hemos podido observar, como la protección de determinados derechos de carácter social fueron incluidos en la Constitución española de 1978, en el *Capítulo III, Título I, “De los principios rectores de la política social y económica”*, y como el desarrollo real de los mismos, depende en gran medida de la efectividad del derecho al trabajo reconocido en el art. 35CE, encuadrado en la Sección 2ª, Capítulo II, Título I, *“De los derechos y deberes de los ciudadanos”*.

Su posicionamiento en la estructura del texto constitucional, y según lo dispuesto en el art. 53.3 CE, limitan estos principios a la consideración de una regulación mínima que sirve al legislador en la elaboración de las leyes de desarrollo, así como a modular o armonizar la actividad judicial de jueces y tribunales. Delimitando también, la actuación de los poderes públicos, mediante obligaciones destinadas a asegurar, promover, fomentar, mantener o tutelar la conservación de estos derechos.

El reconocimiento de estos principios rectores viene influenciado por el desarrollo del Estado de Bienestar, y por las constituciones europeas que se aprobaron a lo largo del S. XX. Desde este contexto internacional, la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, fue la principal fuente de inspiración, venía incrementar los derechos de carácter sociales, no sólo reconociéndolos como tales, además, reforzándolos a través del reconocimiento del derecho a prestaciones económicas, destinadas a conseguir la eficacia de estos.

El antecedente español lo encontramos en la Constitución española de 1931, que configuraba una serie de derechos de carácter social, como el establecimiento de una enseñanza gratuita y obligatoria laica. Incluso, abordaba una serie de consideraciones sobre el desarrollo y protección del derecho al trabajo, que de forma más específica se encontraba en el artículo 46. Su contenido fue dividido por el constituyente de 1978 en los artículos: 28 sobre el derecho de sindicación y el derecho de huelga (Secc. 1ª, Cap. II, Título I); 35; y, 37 sobre el derecho a la negociación colectiva (Secc. 2ª, Cap. II, Título I). Además, de en una serie de principios rectores, principalmente, los recogidos en los artículos: 40, 41, 42, 43 y 50; que posteriormente, el legislador ordinario, concretó de mayor manera a través de las leyes de desarrollo.

En cuanto a la influencia del derecho al trabajo, en el desarrollo práctico de los derechos del Capítulo III, el derecho recogido en el artículo 35 se configura en sentido amplio, como un elemento esencial para la efectividad de los derechos recogidos como principios rectores. Este precepto comprende el deber de trabajar, el derecho al trabajo, y otra serie de garantías como: el derecho a la libre elección de profesión y oficio, el derecho a promoción en el trabajo, a una remuneración suficiente, y el derecho a no discriminación.

Mediante el ejercicio del derecho al trabajo se aportará parte de los medios básicos para garantizar mínimos básicos para garantizar mínimos vitales de todo ciudadano, fundamentalmente, del trabajador y de su familia, gracias a una remuneración suficiente. De ahí la importancia de que los poderes públicos desarrollen políticas orientadas al pleno empleo como establece (art. 40.1 CE).

También, se constituye como una herramienta necesaria para nutrir a las arcas públicas, por medio de contribuciones dirigidas al sostenimiento del gasto público. Por un lado, porque el empleo aumenta el consumo y con ello el Producto Interior Bruto del país; por otro, porque a través de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social se mantiene, a grosso modo, la asistencia y prestaciones del Sistema Nacional de Seguridad Social.

No obstante, la contribución del derecho al trabajo no sólo tiene relevancia desde un punto de vista de dotación económica al Sistema Estatal. Además, su protección y eficacia conllevan la elaboración de un entramado normativo, destinado en un primer momento a que los trabajadores presten sus servicios en situación de seguridad e higiene, pero que posteriormente, se extiende e influye en la protección de la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, la evolución del derecho al trabajo no sólo ha repercutido en la ejecución de los derechos reconocidos como principios rectores. Asimismo, ha contribuido en el progreso de derechos fundamentales, como el derecho de igualdad y no discriminación (art.14 CE). Los recursos planteados ante distintas controversias, en las que el derecho al trabajo estaba conectado a derechos fundamentales, han originado que el TC se haya tenido que pronunciar, generando jurisprudencia que ha intensificado y engrosado el amparo constitucional de los preceptos fundamentales.

Tras el análisis realizado a lo largo de este TFG, cabe plantearse, si el posicionamiento del derecho al trabajo y de gran parte de los principios rectores en la estructura de la Constitución española, y, por tanto, su valor jurídico, es el adecuado en el contexto social y jurídico actual, o, por el contrario, sería necesaria una reforma constitucional destinada a revestirlos de mayor protección jurídica.

Si partimos de los derechos considerados como principios rectores, en concreto los relacionados en los puntos 4 y 5 de este trabajo, sobre el régimen público a la seguridad social (art. 42CE) y el derecho a la salud (art. 43 CE), podemos percibir que, de su desarrollo y su carácter como garante del bienestar e integridad del ciudadano, son advertidos como propios derechos fundamentales por los españoles. Inclusive, los legisladores autonómicos han dejado patente tal consideración en los estatutos de tercera generación como hemos visto en el punto 6, al recoger parte de los derechos constituidos en la Constitución como principios rectores, pero que en los estatutos se han localizado como derechos de los ciudadanos.

Por tanto, ante una eventual reforma constitucional, la necesidad de actualizar la Constitución española a la sociedad del S. XXI es un hecho normal, pues la sociedad actual no se corresponde con la sociedad española de 1978. Es de esta forma, que, ante la posibilidad de una reforma constitucional, el legislador constituyente debería revisar y dar mayor amparo constitucional a aquellos principios rectores que se han ido constituyendo como derechos fundamentales, del que el mejor ejemplo es el derecho a la salud.