

TEMAS LABORALES

100/2009

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

Monográfico Especial sobre
las Relaciones Laborales en Andalucía

Volumen I

100



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

100

Vol. I

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
www.juntadeandalucia.es/empleo/carl
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Consejero de Empleo

VOCALES

AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR	Viceconsejero de Empleo
ESTHER AZORIT JIMÉNEZ	Directora General de Seguridad y Salud Laboral
JUAN MÁRQUEZ CONTRERAS	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad de Granada
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Y BRAVO-FERRER	

COMITÉ DE REDACCIÓN

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA	Consejero de Empleo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Y BRAVO-FERRER	
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Catedrático de Organización de Empresas
	Universidad de Sevilla
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla

SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución:

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1.ª, Sevilla (41011). Tf.955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico– 72 euros. Número suelto: 18 euros

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN DISPONIBLE EN [HTTP://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl](http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl)

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES DISEÑO: PORVENIR 10 Comunicación Visual
y Multimedia, S.L.

CONSEJERÍA DE EMPLEO
JUNTA DE ANDALUCÍA

DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96 / I.S.S.N.: 0213-0750
IMPRIME: Tecnographic, S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 100/2009
Monográfico especial sobre
Las relaciones laborales en Andalucía

ÍNDICE

Presentación	15
ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo	
Prólogo	23
Comunidades Autónomas y Negociación Colectiva MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales	
1. ESTUDIOS GENERALES	
Las Relaciones Laborales en Andalucía.....	41
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
La situación actual del mercado de trabajo en España y Andalucía .	83
MANUEL ALCAIDE CASTRO	
El Estatuto del trabajo autónomo: balance sumario y perspectivas . .	121
ANTONIO MARTÍN VALVERDE	
Responsabilidad social de la Empresa y Relaciones Laborales: algunas reflexiones sobre sus conexiones terminológicas y sustanciales	143
SALVADOR DEL REY GUANTER	
La Administración Laboral en España. Una aproximación crítica de síntesis.....	159
JOSÉ VIDA SORIA	
El seminario de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla: Recuerdos de hace medio siglo	179
ALFREDO MONTOYA MELGAR	
2. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ESTADO-COMUNIDAD AUTÓNOMA	
El reparto competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma Andaluza en materia de empleo: perspectivas tras el nuevo Estatuto de Autonomía	189
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO MARÍA LUISA PÉREZ GUERRERO	

La distribución de competencias en materia de inmigración	228
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA M ^a ANTONIA CASTRO ARGÜELLES	
Empresas de inserción: cuestiones competenciales Estado/Comunidades Autónomas	265
EVA GARRIDO PÉREZ	
Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales . .	295
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	
El complejo equilibrio de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de atención a la dependencia . .	329
RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ	
La Inspección de Trabajo en el Estatuto de Autonomía para Andalucía. Notas para el debate	363
MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE	
3. PROTECCIÓN SOCIAL	
La protección a la dependencia en Andalucía	399
JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA	
Protección social e inmigración: la apuesta integradora en el ámbito de la asistencia social y los servicios sociales en Andalucía	439
SOFÍA OLARTE ENCABO	
Naturaleza jurídica de los incrementos de pensiones fijados por la Junta de Andalucía	465
JULIA MUÑOZ MOLINA	
El programa de solidaridad de los andaluces. El ingreso mínimo de solidaridad.	487
MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ	
4. RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO	
Libre prestación de servicios y Derecho colectivo del trabajo	517
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	
Diálogo social y la concertación en las relaciones laborales de Andalucía	551
M ^a NIEVES MORENO VIDA	
Leyes de participación institucional y Consejos de Relaciones Laborales en el actual mapa autonómico español	575
JAVIER CALVO GALLEGO	

Índice	7
La experiencia en negociación como facilitadora de los procesos de mediación	613
JIMÉNA RAMÍREZ-MARTÍN FRANCISCO J. MEDINA LOURDES MUNDUATE JACA	
Problemática de la estructura de la negociación colectiva en España . .	629
FEDERICO NAVARRO NIETO	
La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía	663
MANUEL CORREA CARRASCO	
La estructura de la negociación colectiva en la Administración Pública andaluza	703
INMACULADA MARÍN ALONSO	
Experiencias de negociación colectiva articulada en Andalucía: sectores de la madera y hostelería	735
M ^a INMACULADA BENAVENTE TORRES ANTONIO COSTA REYES	
Quince años de elecciones sindicales en Andalucía.	781
FRANCISCA FUENTES RODRÍGUEZ	
5. POLÍTICAS DE EMPLEO Y RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO	
La política de empleo andaluza y su integración en el marco europeo y nacional	819
ROSA QUESADA SEGURA	
Las políticas públicas de formación profesional en Andalucía ante los nuevos cambios.	841
MARÍA GARCÍA VALVERDE CAROLINA SERRANO FALCÓN	
Dialogo social y negociación colectiva en Andalucía: una óptica de género. Los planes de igualdad en las empresas en el ámbito andaluz . .	879
TERESA PÉREZ DEL RÍO	
Acoso laboral y negociación colectiva en Andalucía.	923
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	
Contratación temporal estructural en la negociación colectiva andaluza.	967
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	

Ordenación y estructura salarial en la negociación colectiva Andalucía	1.021
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ	
La inserción laboral de los titulados universitarios: un análisis crítico-credencialista y consideraciones dimanantes del espacio europeo de enseñanza superior	1.061
FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ	
Descentralización productiva en la negociación colectiva en Andalucía	1.105
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO	
El mantenimiento del empleo por los trabajadores de edad avanzada: ley y negociación colectiva en Andalucía	1.147
FERNANDO ELORZA GUERRERO	
El personal directivo público: una ampliación del ámbito subjetivo del Real Decreto 1382/1985	1.181
MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS	
Las relaciones laborales del personal al servicio de las Universidades Públicas Andaluzas	1.221
PEDRO GÓMEZ CABALLERO	
6. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES	
Política andaluza sobre seguridad y salud en el trabajo	1.265
CARMEN SÁEZ LARA	
La política andaluza de prevención de riesgos psicosociales: hacia un paradigma de cultura promocional	1.293
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	
Prevención de riesgos laborales en clave de género en Andalucía . .	1.313
M ^a TERESA IGARTUA MIRÓ	
Una ilusión frustrada: la anulación del pliego de cláusulas administrativas generales contra la siniestralidad laboral del Ayuntamiento de Sevilla	1.353
EDUARDO ROMÁN VACA	

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter, está destinada fundamentalmente al conjunto de operadores que desempeñan sus tareas profesionales en campos afines a las áreas de conocimiento que conforman las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía y la Psicología Social.

Esta publicación, que edita cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación inéditos y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a la extensión máxima de 30 páginas, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12, y que pueden consultarse en detalle en el archivo que sobre reglas de estilo se localizan el espacio web

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/> - siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Comité de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista Temas Laborales pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/1stContenidos.asp>

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW**

Nº 100/2009

Special Issue Monographs on Industrial Relations System in Andalusia

INDEX

Presentation	15
ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Regional Employment Minister	
Prologue	23
Autonomous Communities and Collective Bargaining MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER President of the Andalusian Industrial Relations Council	
1. GENERAL STUDIES	
Industrial Relations in Andalusia	41
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
The current state of the labour market in Spain and Andalusia	83
MANUEL ALCAIDE CASTRO	
Statute of Self-Employed Workers' Rights: results, summary and prospects	121
ANTONIO MARTÍN VALVERDE	
Corporate social responsibility and Industrial Relations: some reflection on their connections in terminology and substance	143
SALVADOR DEL REY GUANTER	
Labour Administration in Spain. A summarising critical approximation .	159
JOSÉ VIDA SORIA	
Seminar on Labour Law at Seville University: Memories from half a century	179
ALFREDO MONTOYA MELGAR	
2. DISTRIBUTION OF COMPETENCES BETWEEN THE STATE AND THE AUTONOMOUS COMMUNITIES	
Distribution of competences between the State and the Autonomous Community of Andalusia on issues on employment policy: prospects after the new Statute of Autonomy.	189
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO MARÍA LUISA PÉREZ GUERRERO	

Distribution of competences with regard to immigration	228
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA M ^a ANTONIA CASTRO ARGÜELLES	
Integration undertakings: State/Autonomous Communities competence issues.	265
EVA GARRIDO PÉREZ	
Regional competences in social assistance and social services	295
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	
The complex balance of competences between State and Autonomous Communities with regard to assistance to dependency	329
RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ	
Labour Inspection in the Statute of Autonomy for Andalusia. Notes for Debate	363
MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE	
3. SOCIAL PROTECTION	
Dependency protection in Andalusia	399
JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA	
Social protection and immigration: integrating commitment in the sphere of social assistance and social services in Andalusia	439
SOFÍA OLARTE ENCABO	
Legal nature of the increase in pensions set by the Regional Government of Andalusia.	465
JULIA MUÑOZ MOLINA	
Andalusian solidarity programme. Minimum solidarity income	487
MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ	
4. COLLECTIVE INDUSTRIAL RELATIONS	
Free provision of services and collective labour law	517
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO AND BRAVO-FERRER	
Social dialogue and agreement in industrial relations in Andalusia	551
M ^a NIEVES MORENO VIDA	
Institutional participation law and industrial relations committees in the current Spanish autonomic map	575
JAVIER CALVO GALLEGO	

Índice	13
Experience in bargaining as a facilitator in mediation processes . . . JIMENA RAMÍREZ-MARTÍN FRANCISCO J. MEDINA LOURDES MUNDUATE JACA	613
Problems regarding the collective bargaining structure in Spain. . . . FEDERICO NAVARRO NIETO	629
Collective bargaining in the doctrine of the Supreme Court of Andalusia MANUEL CORREA CARRASCO	663
The structure of collective bargaining in the Andalusian Public Administration INMACULADA MARÍN ALONSO	703
Articulated collective bargaining experiences in Andalusia: wood sector and hotel and restaurant trade M ^a INMACULADA BENAVENTE TORRES ANTONIO COSTA REYES	735
Fifteen years of union elections in Andalusia FRANCISCA FUENTES RODRÍGUEZ	781
5. EMPLOYMENT POLICY AND INDIVIDUAL EMPLOY- MENT RELATIONS	
Employment policy in Andalusia and its integration within the European and national framework ROSA QUESADA SEGURA	819
Public policy on professional training in Andalusia in view of the new changes MARÍA GARCÍA VALVERDE CAROLINA SERRANO FALCÓN	841
Social dialogue and collective bargaining in Andalusia: a gender perspective. Equality plans in the Andalusian undertakings TERESA PÉREZ DEL RÍO	879
Harassment and collective bargaining in Andalusia JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	923
Structural fixed-term contracting in andalusian collective bargaining . . . SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	967

Wage structure and regulation in collective bargaining in Andalusia . . . MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ	1.021
Labour integration of university graduates: a critical-credentialist analysis and considerations stemming from the European higher education space FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ	1.061
Productive decentralisation in collective bargaining in Andalusia . . RAFAEL GÓMEZ GORDILLO	1.105
Older workers keeping employment: law and collective bargaining in Andalusia FERNANDO ELORZA GUERRERO	1.147
Public managerial staff: an enlargement of the subjective scope of Royal Decree 1382/1985 MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS	1.181
Industrial relations of staff at the service of Public Universities in Andalusia PEDRO GÓMEZ CABALLERO	1.221
6. OCCUPATIONAL RISK PREVENTION	
Andalusian policy on safety and health at work CARMEN SÁEZ LARA	1.265
Andalusian psychosocial risk prevention policy: towards a promotional culture paradigm. CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	1.293
Gender approach to occupational risk prevention in Andalusia M ^a TERESA IGARTUA MIRÓ	1.313
A frustrated hope: the overturning of the general administrative clauses document against occupational accidents at Seville City Council EDUARDO ROMÁN VACA	1.353

PRESENTACIÓN

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Consejero de Empleo
Junta de Andalucía

Como Consejero de Empleo me corresponde el honor de presentar este número monográfico y extraordinario de la revista Temas Laborales, que es nuestra revista, de toda la comunidad de los laboralistas andaluces. Y ello me resulta especialmente grato, por lo que esta publicación supone y por mi propia relación con ella. En razón de mi cargo y de mi dedicación a las cuestiones relacionadas con el mundo del trabajo suelo colaborar con esta revista, que conozco bien, manejo con frecuencia y utilizo como fuente fidedigna de ideas, informaciones y datos.

Es una revista importante, y por eso ha llegado al hito de los cien números, algo de lo que pocas publicaciones periódicas de nuestra disciplina pueden presumir. Ha llegado hasta aquí por algo. Lo ha hecho por su calidad, seriedad y rigor. Hablamos de una revista científica, a la que encontramos en los rankings de publicaciones de este tipo con muy buena calificación. Pero lo ha hecho también por su utilidad. Es una revista que sirve a quien se dedica a los temas laborales; y el nombre no es casual. En ella se tratan cuestiones de relevancia, problemas reales y de actualidad, respuestas a las cosas que preocupan. No es una revista erudita o especulativa, aunque encuentren lugar en ella también los trabajos teóricos de calidad. Es, por el contrario, revista de actualidad sobre trabajo y bienestar, porque son ambas realidades, el trabajo y el bienestar, cosas que no pueden esperar y que requieren atención continua y soluciones inmediatas.

El que una revista de Derecho del Trabajo y relaciones laborales resulte útil para el conocimiento y la mejora de este sector de la realidad no es extraño, toda vez que la sensibilidad hacia los problemas sociales y la voluntad de contribuir a su mejora es una seña de identidad del colectivo que produce esta revista, y al que también se dirige, el de los laboralistas de distinta formación, jurídica, económica, psicológica, sociológica y en general a cuantos se mueven en el ámbito de las ciencias sociales.

Es una revista de y para los laboralistas, y es también una revista andaluza, como se indica en su nombre. Y es andaluza desde todos los puntos de vista, con lo que esto quiere decir. Se hace aquí, pero no opera como una revista para los laboralistas de aquí, o para estudiar sólo lo que aquí pasa. Todo lo contrario: no es una revista local o regional, como se comprueba por los temas que trata y por los autores a los que atrae. Se hace con una calidad y un nivel de exigencia propia de revistas internacionales; y no lo digo yo, sino que lo dicen

los rankings de revistas en los que ésta está muy bien reconocida. La calidad, la apertura al mundo y la ambición tienen que ser las señas de identidad de Andalucía; lo son, desde luego, de *Temas Laborales*, que precisamente por esto es una revista andaluza.

Cien números dan para mucho. El número de estudios publicados, la variedad de las materias tratadas, el elenco de autores que han colaborado con nuestra revista es impresionante. El primer número se remonta al año 1984, y se dedicó casi por entero a la crisis económica, a la de entonces. Se habló en él de las reconversiones industriales, que tan lejanas nos parecen hoy; del impacto de la crisis en el Derecho del Trabajo; de la adaptación del ordenamiento laboral al régimen democrático... Se hablaba ya de la negociación colectiva en Andalucía y de la mediación en los conflictos laborales. Pero de la mediación se hablaba como se podía a aquellas alturas, analizando una experiencia extranjera, la de la región del Véneto en Italia, porque en ese momento nada teníamos todavía en nuestra Comunidad Autónoma. Escribían en aquél número ilustres juristas, algunos desgraciadamente desaparecidos, como los profesores Ghezzi y Lyon-Caen, que analizaban los cambios en las legislaciones laborales italiana y francesa, respectivamente, consecuencia de la crisis del empleo. Es paradójico que el número 100 se produzca también en un momento de problemas económicos que producen destrucción de empleo. La crisis económica aparece y reaparece pero sin lograr que nos desviemos de nuestros objetivos también históricos, la justicia y el progreso social, la calidad de las sociedades y la dignidad de las personas.

Durante este tiempo la revista ha cambiado en algunas cosas. Ha creado nuevas secciones, que se han convertido en citas periódicas con los temas de actualidad. Ha editado una serie de números monográficos de altísima calidad sobre los temas de actualidad de las relaciones laborales, o sobre aquellos que sin ser coyunturales requerían de una atención detallada. Ha visto pasar por sus páginas a laboristas, juristas, economistas y otros especialistas de las ciencias sociales, nacionales y extranjeros, de varias generaciones; en *Temas Laborales* han publicado sus primeros trabajos académicos quienes son hoy expertos del mayor prestigio dentro de la comunidad científica; y siempre ha contado con investigadores de primer nivel. Ha cambiado de imagen y de formato. Y también ha generado una colección de monografías, aneja a la revista, que hoy en día es una de las más importantes en España. En conjunto, un volumen de producción científica imprescindible, que aborda un enorme abanico de aspectos con una enorme calidad, y que está disponible en su totalidad, de forma abierta y gratuita, en la página web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. La voluntad de dar a conocer esta aportación explica la política de apertura y de difusión seguida por los responsables de *Temas Laborales*, que se ofrece a todos los interesados en el soporte tecnológico que en estos momentos permite llegar más lejos y a más personas.

En estos momentos la Revista *Temas Laborales* es una de las mayores contribuciones del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a la investiga-

ción, el conocimiento y la difusión en el ámbito del mundo del trabajo. Este organismo, tiene entre sus funciones la de *“elaborar o promover dictámenes, estudios o estadísticas en materia de relaciones de trabajo, bien por propia iniciativa, bien a propuesta del Presidente de la Junta de Andalucía o del Consejo de Gobierno”*, según se señala en el artículo 3 de su Ley reguladora. En cumplimiento de esta función, que supone atribuirle la responsabilidad en el conocimiento de la realidad laboral andaluza, el CARL ha establecido una relación con la academia y el mundo universitario que puedo calificar como modélica, pues ha permitido apoyar un actividad investigadora, formativa y de difusión de primer orden, poniendo en valor los numerosos recursos humanos y materiales de los que dispone nuestra Comunidad Autónoma, y muy especialmente los departamentos y grupos de investigación universitarios de su sistema universitario público. Hoy podemos decir que en pocos lugares hay tanto conocimiento y tanta investigación en temas laborales como en nuestra Comunidad, y gran parte de este mérito corresponde al CARL, que se ha convertido en el promotor de lo que hoy constituye un verdadero cluster en el conocimiento de estas materias, además de actuar como mecanismo para la transferencia de éste al tejido productivo y a las organizaciones sociales. Este conocimiento ha servido para mejorar el funcionamiento de nuestro sistema de relaciones laborales, de nuestro mercado de trabajo y de nuestra Administración laboral. Y Temas Laborales ha servido como cauce para esta generación y transmisión del conocimiento. Vaya pues mi personal agradecimiento a quienes promovieron en idearon en sus orígenes el surgimiento y consolidación de la Revista, con particular mención a sus primeros directores.

Como he indicado antes, Temas Laborales es un instrumento para la difusión del conocimiento, y para la mejora de nuestras relaciones laborales, contribuyendo a dar respuesta a los problemas que éstas afrontan. Hoy el problema principal es el del desempleo, como consecuencia de factores que todos conocen, y que nos obligan a centrarnos en la tarea de combatirlo, cada uno desde su posición y en su ámbito de responsabilidad. El empleo es una prioridad en cualquier Estado social, porque de las características de la ocupación va a depender el bienestar social y el éxito económico de una sociedad. Especialmente en Andalucía, donde el paro ha sido una constante histórica, y donde los poderes públicos y los interlocutores sociales han entendido que con altos niveles de desempleo el progreso social sería imposible. El esfuerzo realizado por los poderes públicos, con el apoyo de todas las organizaciones sociales andaluzas, ha sido evidente; y muy claros han sido también los resultados, pues Andalucía ha sido líder en la creación de empleo en España en los últimos años; y España, no lo olvidemos, destacaba en Europa por esta recuperación.

La crisis económica nos ha afectado de manera rápida e intensa. Menos que en otros sitios, pero destruyendo volúmenes significativos de empleo en muy poco tiempo. La situación es diferente a otras que hemos vivido: las causas de la crisis nada tienen que ver con el marco institucional del mercado de trabajo

o con el comportamiento de la economía española, sino con una crisis de los mercados financieros que se está extendiendo a la economía real, haciendo aparecer el fantasma de la recesión. La crisis nos ha venido del exterior, siendo la primera de una economía globalizada. Los efectos en el empleo han sido absolutamente imprevisibles, por más que algunos digan lo contrario; por eso no ha habido manera de diseñar políticas preventivas que permitieran reducir su impacto. Tenemos que plantearnos además un fenómeno muy novedoso dentro del mercado de trabajo, en el que como consecuencia de la crisis de un sector de producción líder en la economía española, la construcción, se produce la necesidad de cambiar de ocupación para un gran número de trabajadores, ya que este sector no es capaz de absorber este volumen de trabajadores. Hablamos, pues, de una transición colectiva, intersectorial, que va a suponer un verdadero reajuste del mercado de trabajo en su conjunto.

Contra esta crisis tenemos que utilizar todos los recursos disponibles, y todos los instrumentos de la política de empleo, los tradicionales y los que seamos capaces de inventar. Y en esta tarea debemos colaborar todos, puesto que en manos de los poderes públicos no están todos estos instrumentos. En particular, tenemos que hacer que nuestras relaciones laborales, la práctica de interacción entre los interlocutores sociales para defender sus intereses respectivos y para producir normas que regulen sus relaciones, contribuyan de manera activa a esta tarea.

En Andalucía tenemos un modelo de relaciones laborales propio y específico, que ha sido calificado como un “modelo de concertación social permanente”, basado en el consenso y en la existencia de unos valores comunes de todos los actores: paz social, pleno empleo, competitividad, desarrollo sostenible, solidaridad. El alto grado de consenso social, que es el resultado de más de una década de colaboración constante entre los poderes públicos y los interlocutores sociales, ha producido muchos efectos beneficiosos en el funcionamiento del sistema: alta paz social; diseño efectivo y buena aplicación de las políticas públicas; una negociación colectiva que genera el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad. Este consenso y capacidad de acuerdo constituye un activo muy valioso de nuestra Comunidad Autónoma, un factor de competitividad que hace de Andalucía un lugar atractivo para invertir y para producir. Y que tiene que ser puesto en valor como un elemento más para salir de esta situación en que nos encontramos respecto de la ocupación, y para paliar sus consecuencias.

Para empezar, la concertación social es uno de los principales activos para desarrollar políticas eficientes de empleo, que sean adecuadas, generen consenso y se adapten a las particularidades de cada territorio y sector productivo. En el momento en que nos encontramos, la concertación social tiene sobre todo la función de gestionar los efectos de la crisis, que ya se están notando. Pero no puede quedarse en esto, sino que tiene que cumplir otras funciones igualmente relevantes: sentar las bases para la recuperación económica, de un lado; y diseñar el cambio del patrón de crecimiento, por otro. La recuperación económica no puede ser, si se me permite expresarlo así, un retorno a la situación anterior a la

crisis, sino el llegar a una economía diferente, con otro modelo de producir, con una diferente importancia relativa de los sectores económicos, más tecnológica e innovadora, capaz de generar mejores empleos y empleos más numerosos. En estos momentos estamos ya inmersos en la negociación del VII Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, y no me cabe duda de que sus resultados estarán a la altura de las expectativas, y de lo que nuestra tierra necesita.

Pero la concertación social es sólo parte del arsenal que las relaciones laborales andaluzas pueden aportar contra la crisis. Un papel muy relevante lo tiene que jugar la negociación colectiva, cuyo activismo en las materias relacionadas con el empleo no ha hecho sino crecer en los últimos años. De nuevo Andalucía tiene unas ventajas competitivas respecto de otros territorios en cuanto a la dinámica de su negociación colectiva. Para empezar, los andaluces hemos sido capaces de darnos una serie de mecanismos muy efectivos de gobierno de la negociación colectiva a dos niveles: los grandes acuerdos de concertación social, seis ya desde 1993 y uno actualmente en negociación; y el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. En particular disponemos de unas Recomendaciones de la Comisión de Empleo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en el Marco del VI Acuerdo de Concertación Social y el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007, que contienen indicaciones muy sugerentes y oportunas, más aún en estos momentos de dificultades.

Las materias de las que los convenios tienen que ocuparse en estos tiempos deben también ampliarse. La acción social en la empresa debe también replantearse sus prioridades e instrumentos en estos momentos. El apoyo financiero a los trabajadores o la oferta de prestaciones en especie son alternativas interesantes cuando algunos trabajadores atraviesan dificultades económicas y las empresas tienen problemas para garantizar incrementos salariales. La negociación colectiva debe también facilitar las transiciones en el mercado de trabajo, para lo que debe cambiar el tratamiento dado a la formación profesional, hasta ahora excesivamente centrado en las necesidades productivas de la empresa. En el nuevo contexto la formación es la llave de la empleabilidad, el mecanismo que facilitará las transiciones que eventualmente tengan que iniciarse; debemos ir, por ello, hacia una formación abierta, multitarea, preventiva, que además de mejorar la calidad de los servicios que se prestan en la empresa incremente las expectativas profesionales en cada caso. Junto a esto, los convenios deben facilitar la gestión de la transición, incluso antes de que ésta se produzca, mediante mecanismos de alerta temprana, de facilitación de la búsqueda de nuevo empleo, de colaboración con los servicios públicos de empleo... Un trabajador de una empresa en dificultades debe empezar a buscar empleo antes de perder el que tiene. Y es en el convenio colectivo que le resulte de aplicación donde ello se hará posible.

Puede que lleguen los despidos, pero hay muchas maneras de tratarlos. El papel del plan social en estos casos es crucial, y disponemos ya de ejemplos de buenas prácticas en este tipo de situaciones. El apoyo de los poderes públicos a

la puesta en práctica de estos planes está garantizado; y la colaboración con las empresas y organizaciones sindicales en su elaboración también. Pero todos tenemos que hacer un esfuerzo para buscar nuevas soluciones, que sumen a las tradicionales destinadas a reducir el número y el impacto de los despidos.

Los interlocutores sociales tienen también que asegurar que la gestión de las consecuencias de las crisis empresariales sea socialmente responsable. La responsabilidad social no es un lujo para las épocas de bonanza, de la que podemos prescindir ante la primera adversidad; por el contrario, es una filosofía de la empresa que debe regir en todas sus actuaciones y en todas las situaciones. Es más, si en algún momento resulta necesario ser socialmente responsable, es precisamente cuando se afrontan crisis de empleo. Hoy tenemos que tener otra responsabilidad y otra sensibilidad a la hora de diseñar las salidas de los trabajadores de las empresas, para que no resulten discriminatorias y no tengan un coste social excesivo para las familias y las comunidades locales.

Es éste un tiempo de dificultades, también para las empresas, y la negociación colectiva debe ser un instrumento para ayudarles a hacer frente a las mismas, no pudiendo permanecer indiferente ante estos problemas. Tenemos que encaminarnos hacia unos convenios con unos contenidos más abiertos y adaptables, que incluyan mecanismos de ajuste a aplicar cuando ello resulte necesario. El equilibrio entre seguridad y flexibilidad que debemos plantearnos como objeto de la negociación colectiva debe establecerse también de forma dinámica, con mecanismos de reequilibrio que operen durante la vigencia del convenio.

Los interlocutores sociales no están solos en esta tarea. La Administración laboral andaluza está volcada en este mismo objetivo, verdaderamente prioritario para la Junta de Andalucía. A la Consejería de Empleo, como no podía ser de otra manera, le corresponde un claro protagonismo en ésta. No tengan duda de que el conjunto de los medios humanos y de los recursos disponibles se pondrán a su servicio. Tenemos una estructura administrativa muy extensa y desarrollada, presente en todo el territorio de la Comunidad, y que ofrece una pluralidad de servicios en desarrollo de las competencias asumidas por ésta. Desde la Administración andaluza podemos garantizar que la política y los servicios públicos de empleo de Andalucía están perfectamente capacitados para afrontar con toda eficiencia de éxito esta situación. En particular, el Servicio Andaluz de Empleo se presenta como un instrumento moderno, capaz de ofrecer la pluralidad de servicios que los demandantes de ocupación requieren para hacer viables sus transiciones entre una y otra. Pos añadidura, los servicios públicos de empleo de la Comunidad tienen una notable capacidad de adaptación ante exigencias específicas y excepcionales, como es el caso. La flexibilidad, capacidad de reacción y adaptabilidad se presentan como elementos intrínsecos al modelo de política de empleo que se aplica en Andalucía.

También pondremos al servicio de este objetivo el resto de instrumentos y competencias de las que disponemos, tanto en supuestos de reestructuración de empresas como de negociación colectiva.

Y tenemos también a los investigadores en materias laborales, uno de nuestros grandes activos que ha contribuido al desarrollo y al éxito del modelo social andaluz, y del que podemos esperar grandes cosas en momentos complicados como el presente. Ya he podido comprobar, como titular de la Consejería de Empleo, la disponibilidad de los expertos andaluces a los que he acudido para solicitarles su colaboración con nosotros en el diseño de medidas para promover el empleo en este contexto de crisis. Y estoy seguro de que de sus conocimientos e ideas nos beneficiaremos todos.

Hace unos años estudiar las relaciones laborales en Andalucía era algo excepcional, de modo que pocos investigadores en sus orígenes se dedicaron a analizar esta vertiente de nuestro complejo sistema laboral. No obstante es de justicia dejar constancia de importantes estudios que abrieron brecha en este campo. Aun a riesgo de incurrir en alguna omisión baste con resaltar ahora el libro publicado en 1984 por el Instituto de Desarrollo Regional sobre las Relaciones Industriales en Andalucía, algunas de las monografías en las que se publicaron las ponencias y comunicaciones de las primeras ediciones de las Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, así como en tiempo más reciente, la obra publicada por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales “Veinte Años de Relaciones Laborales en Andalucía”. En igual medida es obligado recordar dos importantes informes encargados por el Presidente de la Junta de Andalucía a expertos andaluces en la materia: de un lado el de 1997 sobre “La incidencia de la reforma del mercado laboral sobre la estructura, el empleo y las condiciones del mercado de trabajo en Andalucía”, y de otro lado el de 2005 bajo el título de “Libro blanco sobre la calidad en el empleo: estabilidad y seguridad en el trabajo”. Por último, la reciente aprobación del nuevo texto del Estatuto de Autonomía para Andalucía ha sido ocasión para que desde el laboralismo se hayan analizado las innovaciones que este importante texto ha introducido sobre las claves institucionales de nuestro sistema andaluz de relaciones laborales.

Las relaciones laborales y las políticas sociolaborales en Andalucía constituyen ya un tema cotidiano y ordinario de estudio. También se han incorporado a las Universidades como asignaturas en sus planes de estudio y cursos monográficos. Y esta atención no hace sino reflejar la realidad, el protagonismo del nivel autonómico en cuanto a la práctica de las relaciones laborales, y el crecimiento de la Administración laboral de la Comunidad Autónoma. Sin presentarse como una alternativa al nivel nacional, el marco autonómico de relaciones laborales del que habla nuestro Estatuto de Autonomía constituye una realidad desde hace tiempo y se desarrolla con fluidez y naturalidad, en beneficio de la Comunidad y del conjunto de España. Al conocimiento de este marco se dedica este número 100 de la Revista Temas Laborales, como contribución del conjunto de los iuslaboralistas andaluces al aniversario de una publicación que es un verdadero referente a nivel nacional e internacional.

PRÓLOGO

COMUNIDADES AUTONOMAS Y NEGOCIACION COLECTIVA

MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

INTRODUCCIÓN

Es posible examinar el tema que genéricamente se menciona en el enunciado valorando dos rasgos fundamentales, que de alguna manera han influido en la forma en que se han desarrollado las relaciones laborales en nuestro país en general, y en Andalucía en particular: desde la perspectiva de la relación Estado-CCAA en general (con especial referencia a Andalucía, obviamente); y, dando un paso más, desde la perspectiva CCAA-interlocutores sociales, lo que supone identificar y admitir a la Comunidad Autónoma como un sujeto dotado de un propio papel que jugar en ese ámbito. Lógicamente, el planteamiento del tema requiere el manejo de textos legales y pronunciamientos de jurisprudencia constitucional, en los que estos problemas se han planteado y se han tratado de resolver a lo largo de un sorprendentemente prolongado arco temporal.

LOS COMIENZOS: EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y LA AUTONOMÍA COLECTIVA

Hasta cierto punto la CE se hace eco del proceso de implicación de los interlocutores sociales en la concepción y ejecución de las políticas económicas y de otro tipo con relevancia laboral ya desde el momento mismo de señalar los pilares básicos del Estado social y democrático de Derecho, así en el art. 7 CE incorpora al elenco a los sindicatos de trabajadores y asociaciones de empresarios. El resto de la parte dogmática se orienta en esa línea. Y el propio Título VII CE, dedicado a la “Economía y Hacienda” está imbuido de la idea de participación social a todos los niveles, para lo cual sindicatos y asociaciones de empresarios son reconocidos como vehículos necesarios de esa participación. Preceptos como el art. 129, o el 131 son muestras claras de esta tendencia.

Curiosamente, el texto constitucional deja imprejuizada en la mayor parte de los casos la instancia pública en cuya acción estos procesos participativos se han de manifestar. Tal materia ha de ser abordada desde otro plano muy diverso: el Título VIII CE, en el que ideas como participación, autonomía

colectiva, interlocutores sociales, etc., se eclipsan para dejar paso a los complejos listados de “materias” que en los básicos arts. 148 y 149 CE deslindan la distribución competencial inherente al Estado complejo.

En síntesis: los derechos y los instrumentos de la autonomía colectiva y sus posibilidades no son “competencias” de uno ni de otras; son parte fundamental del marco en que esas competencias han de ejercerse.

De algún modo, en esos listados de reparto de materias el propio constituyente ha marcado de forma indirecta la manera en que esos objetivos pueden lograrse por el propio Estado y hasta qué punto y cómo deben cohonestarse con la política autonómica en los ámbitos que le son propios.

En efecto, como recuerda el TC, la materia laboral no ha sido reservada al Estado en su totalidad, pero sí hay lo que podría llamarse una “garantía intensa de homogeneidad” en el diseño de las políticas laborales, consistente precisamente en la reserva al Estado de la competencia íntegra de legislación, quedando en las manos de las CCAA la ejecución de aquélla.

Así las cosas, puesto que “la reserva estatal es sólo de ciertas potestades... (las CCAA) en el ejercicio de su autonomía, pueden orientar su acción de gobierno en función de una política propia sobre esta materia, aunque en tal acción de gobierno no puedan hacer uso sino de aquellas competencias que específicamente le están atribuidas” (STC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2). Esta política propia de las CCAA, en lo laboral, debe coexistir con un marco legal que corresponde establecer al Estado exhaustivamente. Es con esa legislación, en contrapartida, con la que se ha de lograr la finalidad “x” que al Estado asigna la CE, con la extensión de la misma que sea compatible con la acción autonómica (STC 42/1996, de 14 de marzo, FJ 4), siempre partiendo del dato de que la competencia normativa atribuida al Estado en materia laboral es ya de por sí “intensa” (STC 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 11) sin justificar por ello una interpretación extensiva de su significado.

En buena medida, esta sistemática constitucional centrada en la asignación al Estado del poder regulador en materia laboral frente a la mera ejecución de lo legislado por las CCAA, ha justificado el papel ambiguo que históricamente ha jugado en el marco del Estado compuesto la autonomía colectiva. La lectura de las relaciones sociales que domina en el ámbito “competencial” es heterónoma, por así decirlo, y por eso mismo no es del todo realista: se complica con la ineludible intersección de la autonomía colectiva que requiere la parte dogmática del texto constitucional, con la presencia de un poder de “regulación y ordenación de las relaciones laborales en su conjunto” (STC 217/1991, de 14 de noviembre, FJ 6), desarrollado por los interlocutores sociales en el marco de su papel institucional, que ha sido fijado en la CE sin establecer otras reglas de coordinación con otros poderes normativos que las propias del principio de jerarquía normativa (STC 62/2001, de 1 de marzo, FJ 3).

Probablemente es inevitable el efecto a que se acaba de hacer referencia, pero esta ambigüedad supone un lapsus fundamental en el marco del modelo de

sistema de relaciones laborales que se ha ido pergeñando incluso a escala europea. Tenemos, pues, en la autonomía colectiva lato sensu una herramienta fundamental en la construcción y el funcionamiento del sistema de relaciones laborales; como tenemos también en sus titulares a unos actores fundamentales, asimismo, para el logro de esta finalidad. Y se trata de unos sujetos y de una herramienta que no se encuentran, en principio, competencialmente condicionados, pudiendo desplegarse como y donde lo estimen adecuado los sujetos colectivos sin otros límites que la ley. Esto es: podrá desplegarse en el momento de la regulación o de la elaboración de las normas; pero también en el momento de ejecución, de aplicación de las mismas, cumpliendo en todo caso sus objetivos, prioridades, y límites. Y, yendo un paso más allá, podrá desplegarse en el momento de diseñar las políticas con incidencia laboral que, como hemos visto, pueden a priori acometer las CCAA también en su marco competencial.

La interpretación de lo que quiere decir el art. 149.1.7 CE al hablar de “legislación” laboral, pese a todo, se zanjó en lo esencial muy pronto, al menos en apariencia. Por “legislación” ha de entenderse una noción amplia: “cuando la Constitución emplea el término ‘legislación laboral’ y la atribuye a la competencia estatal incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ‘ejecutivos’, es decir, aquéllos que aparecen como desarrollo de la ley y, por ende, como complemento de la misma, pues si ello no fuera así se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, que sólo mediante una colaboración entre ley y reglamento...puede lograrse. Mientras que por el contrario, no aparecen necesariamente incluidos dentro del concepto de legislación los reglamentos que carecen de significación desde el citado punto de vista por referirse a los aspectos organizativos” (STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 5, entre otras). Claro que la organización es un concepto amplio, que puede extenderse y entremezclar aspectos internos del ente público y derechos, deberes o cargas de terceros afectados por el funcionamiento del ente de que se trate. Este segundo aspecto queda, como es sabido, también excluido, de modo que la noción de “ejecución” comprende también a cierta actividad reglamentaria, de trascendencia meramente interna, por lo que de ella quedan excluidos “los reglamentos cuya normativa afecte a la situación o derechos de los administrados” (STC 18/1982, cit., FJ 6).

La otra banda del art. 149.1.7 CE es lo “laboral”. Una idea difícil de concretar al no ajustarse propiamente a términos disciplinares homogéneos. Sintetizando un trayecto que con altibajos llega hasta hoy, el TC ha ido realizando una interpretación evolutiva de esa materia que de una parte se ha hecho eco de aportaciones académicas, pero de otra parte ha acogido también las consecuencias de lo que sucedía en la realidad. El resultado es una progresiva ampliación del alcance de lo que sea “laboral” a efectos del art. 149.1.7 CE. La interpretación de este término por el TC es restrictiva y aborda textualmente la regulación de la relación individual de trabajo, si bien es socavada en las poste-

riores hasta endosar una noción amplia de lo que sea laboral. El momento culminante de esa evolución ampliadora —que por supuesto incluye como “laborales” las normas que disciplinan las relaciones colectivas de trabajo y, en general, ordenan el sistema de relaciones laborales, y más allá—es, quizás la STC 195/1996, de 18 de noviembre que, al hilo de evaluar la legitimidad constitucional de la Ley 8/1988, de 15 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), repasa en negativo —desde la perspectiva de las sanciones por su incumplimiento— la extensión que en esas fechas tiene ya lo “laboral”.

La centralidad estatal, sin embargo, ha ido generando excepciones y matices en el casi treintenio de experiencia autonómica de modo que el cuadro se ajuste a lo que está sucediendo en una realidad en que la participación autonómica en la evolución y las manifestaciones de la autonomía es cada vez más patente. Varios han sido los hilos conductores de esta operación.

LAS CCAA Y SU PERSONAL. EL PODER PÚBLICO EMPLEADOR

El primero, la amplia serie material que se abre respecto del propio personal de la CA, especialmente el vinculado a ésta con una relación administrativa, genéricamente insertable en el ámbito del régimen jurídico de los funcionarios públicos, sobre los que el Estado asume las “bases” en tanto que la CA el desarrollo de las bases y la ejecución en su ámbito de lo legislado con la referencia a las “bases” del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Puesto que “bases” es un concepto distinto de la reserva íntegra de la regulación de una materia, las relaciones jurídicas de las CCAA con su personal funcionario o estatutario admiten un tratamiento diversificado, propio para cada ente territorial en amplios ámbitos materiales inimaginables desde el marco laboral. Ejemplos de esta tendencia, que ha generado numerosos conflictos de competencia, pueden citarse como más significativos los siguientes:

- la regulación de la forma de participación de los funcionarios públicos en el funcionamiento de la Administración, que es adscrita al ámbito material de régimen de los funcionarios, pendiente su regulación de las bases que fije el Estado sin que puedan las CCAA regular la cuestión “por defecto” hasta tanto exista normativa estatal básica al respecto (SSTC 57/1982, de 27 de julio; ó 165/1986, de 18 de diciembre, ó 99/1987, de 11 de junio, por todas). Pero extrayendo todas las consecuencias del hecho de que al Estado se le reserven “sólo” las bases; la principal, la posibilidad de que las CCAA desarrollen la normativa estatal al respecto, una vez que ésta apareció, en 1987 (por todas, STC 158/1988, de 15 de septiembre).
- Esta posibilidad de desarrollar cuanto menos un marco parcial diferenciado de elaboración de reglas sobre las relaciones con su personal

se extiende a la fijación conjunta —laboral y funcionarial— de aspectos esenciales de las condiciones de trabajo de éstos. La ley del Estatuto Básico del Empleado Público, 7/2007, de 12 de abril constituye de esa manera una síntesis aplicativa de esa doctrina. Que no ha eliminado los conflictos, como lo demuestra la pervivencia en el tiempo de las disputas Estado-CCAA acerca, por ejemplo, de la fijación de topes salariales a las retribuciones en el sector público (recientemente, STC 86/2009, de 23 de febrero), si bien el título competencial que somete a la función pública autonómica a los límites de negociación fijados a nivel estatal es distinto: la planificación general por el Estado de la economía (art. 149.1.13 CE), y requiere por su trascendencia consideración aparte.

LAS “INSTITUCIONES DE AUTOGOBIERNO” Y LA GESTIÓN PACCIONADA DE SUS COMPETENCIAS PROPIAS

Completamente distinto es el sentido que tiene para la configuración del modo de relacionarse la CA con las instituciones de la autonomía colectiva en su ámbito territorial la competencia para “desarrollar sus instituciones de autogobierno” con que se abre el art. 148 CE. Por supuesto, también en el ejercicio de competencias reconducibles a este título se han planteado conflictos. Por ejemplo, al amparo de este título competencial se ha admitido la posibilidad de que las CCAA estructuren en su seno órganos de participación institucional con la composición que estimen adecuada dentro de los límites legales y constitucionales (entre ellos, garantizando la presencia de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal) (STC 57/89, de 16 de marzo, FJ 1). De este modo, como con acierto culmina el razonamiento “no pueden configurarse las CCAA como compartimentos estancos en relación con el Estado y entre sí que impida una interacción mutua” (cit. STC 98/1985, de 29 de julio). Este principio de interacción mutua, como veremos, ha dado un notable juego práctico.

Esta línea abierta no se agota en la posibilidad de que las CCAA creen órganos de participación estable de los interlocutores sociales. Va más allá y conecta con la propia concepción que de su gestión política sostenga la CA. De ese modo, en la básica libertad de gestión política que supone la autonomía —dentro de los cauces competenciales ex CE—, cabe la posibilidad de que la CA opte por acometer una acción de gobierno que promueva al máximo procesos de concertación y diálogo social con las organizaciones sociales que estime adecuadas siempre que, en el plano social, tenga en cuenta también —no sólo— a las asociaciones empresariales y sindicales más representativas a escala estatal.

Andalucía es una perfecta muestra de esta opción política, manifestada en el progresivo enriquecimiento de contenidos de los sucesivos acuerdos de

concertación social, hasta el sexto recientemente agotado, y en el texto del propio Estatuto de Autonomía de 2007. La naturaleza de estos procesos y su intensidad no pueden deducirse sólo de los derechos fundamentales en que se apoyan (los arts.28.1 y 37.1 CE, básicamente), que como tales son sustantivos y multidireccionales y por tanto no condicionados competencialmente en los términos que ya se dijeron. Los derechos fundamentales no son “competencias”, de manera que *los procesos que genera su ejercicio deben ser valorados, desde la perspectiva del Título VIII CE, no por sí mismos, sino por relación a las materias sobre las que versan*, un dato externo a ellos mismos que condiciona la competencia autonómica.

Esto es importante, en la medida en que la admisión de esta proyección del autogobierno es relevante no sólo desde el punto de vista orgánico, sino también y sobre todo desde el material, pues permitirá descartar alegaciones de incompetencia como las esgrimidas por el Estado en algunos procesos, basando su estrategia impugnadora en alegar como títulos competenciales al “derecho sindical” y a la “legislación laboral”.

La evaluación sustantiva y no formal de estos procesos corta el impulso de estas interpretaciones. Pero deja abierta una duda: ¿puede la autonomía colectiva, el poder de regulación de los interlocutores sociales, servir de puente para ampliar el área de acción competencial de la CA? ¿Puede la CA (o el Estado, llegado el caso) por la vía de la negociación con asociaciones empresariales y sindicatos —que no tienen limitaciones competenciales— irrumpir en ámbitos materiales que de otra forma le estarían vedados?. Lo hasta aquí dicho apunta en principio a una respuesta negativa; más tarde veremos cómo la ha formulado el TC.

Es claro que las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía acogen esta realidad consolidada, elevándola a elemento caracterizador de la actividad política autonómica, sobre todo, por lo que nos interesa, en el amplio campo de la economía y las relaciones sociales.

UNA MATERIA DEBATIDA: EL EMPLEO

Una de las áreas que se han demostrado más ricas a la hora de articular procesos de concertación y acción autonómica ha sido el empleo, desde fecha muy temprana. Los años 80 muestran hasta qué punto ha sido interés autonómico desarrollar políticas propias en este ámbito, que tengan en cuenta las peculiaridades del mercado de trabajo local. Esas políticas, además, han tenido como premisa o consecuencia, según la experiencia concreta, la suscripción de grandes pactos de concertación social en los que se fijan bases de acción política, entre otras, para desarrollar la política económica en su conjunto y dentro de ella, el empleo en las diversas vertientes y contenidos que en esta noción van aflorando y que se manifiestan en la amplitud temática de la Ley de Empleo

estatal, 56/2003, de 16 de diciembre frente al exagerado centralismo de su predecesora de 1980.

Nuevamente la experiencia andaluza es un modelo determinante de esta orientación en nuestro país. Los sucesivos pactos de concertación social, en efecto, han tenido como referente fundamental la mejora del funcionamiento del mercado de trabajo, el fortalecimiento del tejido productivo y su diversificación, el incremento del empleo y su calidad, el aumento de la empleabilidad de los trabajadores, etc. Como ejemplo baste con la síntesis del complejo Eje III del VI Acuerdo de Concertación Social en Andalucía, en trance de sustitución, que se enuncia en su preámbulo: “En relación a la cultura de la calidad en el empleo, tercer eje estratégico del acuerdo, las actuaciones previstas incidirán fundamentalmente en la creación de empleo estable, en la mejora de las relaciones laborales y en el desarrollo de determinados derechos vinculados al acceso al empleo como la igualdad real entre hombres y mujeres, la conciliación de la vida laboral y familiar, la formación a lo largo de toda la vida activa y la seguridad y salud en el trabajo. Asimismo, se prestará especial atención al crecimiento del empleo de los jóvenes, posibilitando su mayor incorporación al mercado de trabajo y a las distintas realidades de los territorios de Andalucía para responder a sus necesidades específicas”.

La cobertura jurídica de esta compleja serie de actividades no ha sido del todo pacífica en la jurisprudencia del TC. Ello como consecuencia de la inicial tendencia expansiva de lo que había de entenderse por “laboral” desde el propio art. 149.1.7 CE. Esa tendencia expansiva, que como hemos visto latía ya en las primeras Sentencias sobre este campo, se hace explícita y sintetizadora en la ya citada STC 195/1996, que la aborda frontalmente al examinar la legitimidad del cuadro legal de infracciones y sanciones en materia de empleo. Y recoge el sorprendente acuerdo de todas las partes presentes en el procedimiento en que es el art. 149.1.7 CE el precepto de referencia para la competencia cuestionada: este acuerdo “debe compartirse en principio, toda vez que las acciones de estímulo a la contratación laboral en sus distintas modalidades se insertan sin dificultad en dicho título, el cual ha de tenerse también por prevalente en lo que atañe a los incentivos a la formación profesional ocupacional” (FJ 5). El argumento último parece fácil: los supuestos de infracciones hacen referencia a la inobservancia por empresarios y trabajadores de derechos conectados con el contrato de trabajo, núcleo, como se vio, de la interpretación de lo que fuera legislación laboral.

Pero es obvio que esta aproximación es extremadamente simple. Y la propia evolución del ordenamiento así lo registra. Para empezar ni siquiera la doctrina del TC era uniforme en ese sentido. Ya en una de sus primeras y relevantes Sentencias al respecto, la STC 35/1982, citada, dictada en la disputa sobre la legitimidad competencial de la creación y competencias del Consejo Vasco de Relaciones Laborales, el propio Tribunal admitía que en la noción misma de autogobierno autonómico estaba implícita la posibilidad de que las

CCAA asumieran propias políticas en el área de las relaciones laborales. Para ello la argumentación era impecable: a) el grado de participación de las CCAA en el gobierno y diseño de políticas en una materia dada viene señalado por la propia Constitución, especialmente en los listados materiales de los arts. 148 y 149; b) dentro de esos listados es patente cómo en algunos casos la Constitución ha optado por reservar al Estado todo un ámbito material, excluyendo la acción autonómica; c) en otros casos, en cambio, la norma ha optado por reservar al Estado sólo ciertas potestades referidas a un concreto ámbito material; d) pues bien, cuando se ha permitido a las CCAA asumir parte de las competencias en una materia dada, éstas “en el ejercicio de su autonomía, pueden orientar su acción de gobierno en función de una política propia sobre esa materia, aunque en tal acción de gobierno no puedan hacer uso sino de aquellas competencias que específicamente le estén atribuidas” (FJ 2). Esto significa, en el caso examinado en la Sentencia citada, la posibilidad de crear órganos específicos en orden a la persecución “como fin legítimo, el de lograr la armonía de las relaciones laborales y disminuir los conflictos a que éstas puedan eventualmente dar lugar” al amparo de lo previsto en el art. 148.1 CE. Pero es obvio que esta doctrina tiene más recorrido.

De este modo, la reserva parcial al Estado de la competencia en materia laboral admitiría la intervención de la CA en su propia línea política en materia de empleo, sin invadir la competencia estatal de “legislación”, referida al contrato de trabajo y sus contenidos, y al amparo de competencias propias, de ejecución en lo laboral, pero también de otras conexas. Y en el caso es patente que, además de ejecución laboral en sentido estricto, abogan a favor de la competencia autonómica la competencia en materia de diseñar la propia política económica en el marco fijado por la planificación a escala estatal (arts. 148 y 149 CE, apartado 13 de ambos), puesto que no es posible negar la eminente relevancia que posee en el marco de cualquier política económica la influencia en el nivel de empleo y su calidad. El núcleo intenso de homogeneidad que subyace a la reserva de competencia estatal sigue estando en la legislación laboral, y en la fijación de las bases de la planificación general de la economía. Partiendo de él, es pues posible que la CA acometa acciones específicas en materia de empleo y fomento de éste y de su calidad si para ello las instituciones reguladas por el Estado se respetan en su extensión, y en su contenido, operando sobre ellas en términos no opuestos, explícita o implícitamente, a los fijados por el Estado.

Y éste es el paso que autoriza el recurso autonómico a instituciones competencialmente neutras. Es el caso, por ejemplo, del recurso a una figura muy discutida, cuya relevancia constitucional ha generado numerosas SSTC, especialmente la 13/1992, de 6 de febrero: la subvención y en general el recurso a la potestad de gasto de la Comunidad, posible en los modelos y en los ámbitos que didácticamente enuncia la citada resolución (en buena parte la política de empleo autonómica ha recurrido abundantemente a esta institución). Es el caso

también del recurso a las instituciones de la autonomía colectiva para recabar el apoyo y la implicación de los interlocutores sociales en el marco del empleo, en que se sustentan los numerosos pactos para el empleo en Andalucía y en otras muchas CCAA. Y es el caso, finalmente, del uso funcionalmente ordenado de las competencias propias respecto de la finalidad de mejora del empleo y su calidad: por ejemplo, los programas a desarrollar por los entes autonómicos de gestión de la política de empleo pueden reflejar esa variedad, esa orientación específica, sin poner en cuestión las concretas medidas puestas en marcha a escala estatal.

DILEMA COMPETENCIAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ORIENTACIONES Y RECOMENDACIONES

Enlazando con la cuestión que se planteó anteriormente ¿puede, a través de la negociación, promoverse reglas sobre una materia o serie de materias que no son de competencia autonómica?. Si así fuera, es claro que se abriría un importante portillo para eludir o marginar la reserva estatal.

Hay una respuesta muy antigua del TC —en la STC 35/1982, sobre el Consejo Vasco de Relaciones Laborales— en que se descarta que la negociación colectiva sea cauce adecuado para que la CA ejerza facultades de regulación en materia laboral que desconozcan la atribución exclusiva de estas potestades al Estado.

Se trata sin embargo de una doctrina que ha de manejarse con prudencia y en todo caso coordinada con el total de la jurisprudencia constitucional en esta materia. Poseer una política orientada a que la negociación colectiva evolucione de una determinada manera acorde con las características de la CA es prácticamente imposible de proscribir porque si así se hiciera se pondría en cuestión la efectividad de la potestad comunitaria de adoptar políticas propias en materia laboral que, como hemos visto, no se ha puesto en cuestión en la jurisprudencia constitucional ni es realista como opción en estos momentos. Pero todo ello en el bien entendido de que la negociación colectiva ha de jugar en todo momento como facultad autónoma en uso de la capacidad de autodeterminación que concede a sus titulares, que han de ser en todo momento los únicos legitimados para resolver en cualquier sentido, generándose la vinculabilidad de las reglas en la fuerza del pacto mismo suscrito, sin añadido alguno, cualquiera que sea su naturaleza, por parte de las Autoridades autonómicas. Estas pueden, sin duda, incentivar o promover comportamientos de los interlocutores sociales en línea coincidente con objetivos que los poderes públicos estiman adecuados desde su perspectiva política. Pero poco más. La decisión; el tipo de acuerdo; su vinculabilidad y por supuesto sus contenidos son inexorablemente resultado de la autonomía colectiva y sus titulares, de modo que no se desnaturalice la esencia de las facultades ejercitadas como lo que son:

poderes normativos externos a la Administración autonómica, ajenos por ello mismo al debate competencial.

La experiencia andaluza ofrece numerosos ejemplos de esta posibilidad, algunos de los cuales deben ser examinados aparte por su importancia cuantitativa y cualitativa, aunque aquí puedan anticiparse algunas conclusiones. Así, por citar el ejemplo más reciente, el VI Acuerdo de Concertación Social, suscrito por la Junta de Andalucía y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en nuestra región, incorporaba, entre sus objetivos, (Eje III.3) algunos directamente encaminados a fomentar y perfeccionar el desarrollo de la negociación colectiva en Andalucía, fundamentalmente por lo que hace a la racionalización del esfuerzo negociador (“fomentar una más racional y articulada estructura de la negociación colectiva”), pero también al enriquecimiento de sus contenidos (“Perfeccionar y desarrollar los contenidos de la negociación colectiva”). Como puede comprobarse por su desarrollo ulterior, el propio Acuerdo de concertación social es, en este punto, escrupulosamente respetuoso con la libertad de los negociadores de convenios colectivos, adoptándose en torno a estos fines medidas de fomento, apoyo y sugerencia.

El instrumento básico destinado a alcanzar estos fines, desde la perspectiva que nos interesa es la constitución en el seno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, de grupos de trabajo orientados a profundizar y sugerir contenidos convencionales y buenas prácticas que permitan mejorar la realidad de las relaciones laborales en Andalucía y enriquecer los contenidos convencionales en ámbitos concretos. De ahí se siguió la creación de una serie de Grupos de trabajo específicos. El trabajo de estos grupos se ha traducido en un pronunciamiento de las organizaciones más representativas que es diagnóstico de situación en los puntos clave preseleccionados, y a la vez, se manifiesta en recomendaciones tendentes a resolver los principales problemas hallados, en una doble dirección: a los poderes públicos, señalándoles dificultades existentes y medidas orientadas a su solución en el ejercicio de las competencias que les son propias: a los negociadores, sugiriendo materias a negociar, prácticas negociadoras, contenidos y respuestas a los problemas hallados en cada ámbito material, así como de actualización de contenidos habida cuenta de la evolución legal y social y de aprovechamiento de las posibilidades de acción que la normativa más reciente abre a los negociadores, evitando la petrificación del contenido de los Convenios y la persistencia de normas legales vacías de contenido al faltar el referente negociado.

Como se puede comprobar a la luz de lo dicho, en todos estos años de vigencia del VI Acuerdo y sus precedentes la Comunidad Autónoma andaluza ha desarrollado una clara y coherente línea política destinada al fortalecimiento de la autonomía colectiva en su territorio, mejorando su estructura, y enriqueciendo sus contenidos, pero en todo caso se ha tratado de una actividad de fomento del diálogo y el consenso entre los interlocutores sociales. En otras palabras: no se ha “usado” la autonomía y la negociación colectiva para exceder

el marco constitucional de competencias; en ningún momento el poder público autonómico se ha escudado en la negociación colectiva para regular en materia laboral. La política autonómica se ha centrado en potenciar el instrumento de la negociación colectiva, para que sus propios protagonistas decidan, acuerden y ejecuten las acciones que estimen adecuadas a la realidad andaluza, para extraer el máximo de rendimiento a las fuentes convencionales, lo que redundará en un mejor funcionamiento del sistema de relaciones laborales y en un reforzamiento de la competitividad del tejido productivo andaluz. Queda lejos el modelo de corporativismo absorbente de la autonomía colectiva que vulneraría sin duda los límites constitucionales, y no sólo desde la perspectiva competencial.

LA NEGOCIACIÓN SOBRE FORMACIÓN PROFESIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

Es patente que una de las materias más ricas en resultados que el diálogo social y la negociación han abordado ha sido la Formación Profesional para trabajadores ocupados, en terminología recientemente abandonada en nuestro ordenamiento, la Formación Continua. Se trata, como es de sobra sabido, de una serie de acuerdos que se remonta a principios de los años 90, en los que se han ido sentando las bases de una toma de postura a todos los niveles (también por parte de los negociadores) a favor de una remodelación y modernización del significado y los contenidos de la formación profesional como elemento potenciador de la empleabilidad de los trabajadores y de incremento de la competitividad de las empresas. Este proceso venía imperiosamente exigido por el arcaísmo de nuestras estructuras formativas y por la constante orientación de los organismos internacionales punteros en materia de empleo, a favor de una mejora sustancial y un mejor entendimiento del crucial papel que la formación de la mano de obra desempeña para un correcto desenvolvimiento del mercado de trabajo.

Lo anterior debe combinarse con el reconocimiento a nivel legislativo de la competencia autonómica de ejecución en materia de formación profesional, y con el generalizado traspaso de funciones y servicios en la materia que se culminó paralelamente a estos procesos.

Así las cosas, la reivindicación competencial por parte de Autonomías que habían asumido competencias en la materia vino a resolverse relativamente tarde, pero con contundencia y a favor de las pretensiones de las CCAA recurrentes ante el TC, en dos Sentencias, la 95/2002, de 25 de abril, en recurso de inconstitucionalidad y conflicto positivo de competencia interpuesto por la Generalidad de Cataluña, y la 190/2002, de 17 de octubre, en recurso de inconstitucionalidad planteado por la Junta de Galicia. Ambos contra el Acuerdo de Formación continua de turno (el segundo recurso encuentra en él obviamente su origen remoto) y contra las Disposiciones de la Ley de Presupuestos Gene-

rales del Estado que materializaban la transferencia de fondos para la formación continua a favor del Ente Paritario Estatal creado a raíz de los Acuerdos. En general, ambas contra el entramado organizativo y de financiación creado a raíz de los sucesivos Acuerdos de Formación Continua, por eso coinciden sustancialmente en la ar

La tesis que mantiene el TC se sustenta sobre los siguientes argumentos, que se describen en la formulación de la STC 95/2002, salvo indicación expresa en sentido contrario:

- punto de partida: naturaleza de la materia controvertida. No es “enseñanza” (a la que si incumbiría la llamada Formación Profesional Reglada). No es “política económica” del art. 149.1.13 CE (recuérdese lo fértil que ha sido ese precepto para amparar la acción autonómica en materia de empleo), por una serie de razones no demasiado convincentes, que ignora las sucesivas orientaciones de los organismos internacionales (OCDE ó UE, particularmente) acerca de la relevancia de la formación en el contexto de las políticas de empleo al generar incrementos de la empleabilidad de los trabajadores que tienen un indiscutible impacto en la gestión y el funcionamiento del mercado de trabajo. Por eso, incidentalmente, la normativa española más reciente rompe los encuadramientos y las fracciones internas en materia de formación, que se integra en el patrimonio del trabajador, y que aumenta la competitividad de las empresas y el propio dinamismo del mercado de trabajo. Hoy, seguramente, no se diría con tanta soltura que “si bien la política de empleo, dada su relevancia para los distintos sectores económicos, puede, e incluso debe, en alguna de sus manifestaciones, ser objeto de coordinación y planificación, esta previsión no puede entenderse con un significado tan amplio o expansivo que determine su proyección sobre un aspecto tangencial o secundario a dicha política de empleo como es la formación profesional ocupacional, en modo alguno equiparable a otras decisiones básicas en dicho ámbito, como pudieran ser las subvenciones o subsidios a las prejubilaciones en sectores productivos objeto de reconversión industrial, o las medidas dirigidas a la ‘recolocación’ de determinados colectivos de trabajadores en razón de situaciones de crisis afectantes a ciertas empresas o sectores, entre otras” (FJ 7). Una visión pasiva de la política de empleo –frente a la tendencia internacional a favor de una “activación” de la política de empleo— es la que subyace a esta Sentencia sin la cual no se entienden argumentaciones como estas. Pero hechas están, y la conclusión, a falta de otros títulos competenciales concurrentes, es reconducir la formación ocupacional a la materia “laboral” (art. 149.1.7CE), porque las disposiciones impugnadas concretan derechos de los trabajadores, aludidos en el propio art. 23 ET, en relación con los cuales la dicotomía de reparto competencial es la señalada tantas veces legislación vs. ejecución (FJ 8).

- advertencia adicional: así planteadas las cosas, es perfectamente posible que una CA reclame una competencia que entiende propia incluso si la vulneración de su derecho se ha generado a través de un Acuerdo colectivo. Lo que importa, en suma, es la realidad de la invasión competencial, sin que sea determinante la naturaleza del acto en que se materializa (de hecho, el TC se abstiene expresamente de dilucidar la naturaleza de los acuerdos de formación) (FJ 4). En este sentido, como ya se apuntara –cierto que con menos contundencia– en la STC sobre el Consejo Vasco de Relaciones Laborales, la afirmación de que la competencia de ejecución de la Generalidad de Cataluña haya sido desconocida por los Acuerdos en los términos que luego veremos “en nada obsta a que las organizaciones sindicales y empresariales, para cumplir los fines de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les encomienda el art. 7 CE puedan prever y regular, en el seno de la negociación colectiva, aquellas acciones o programas formativos que complementen o refuercen el sistema de formación continua de los trabajadores ocupados, sistema que ha de sujetarse al orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA” (FJ 21). Por supuesto, no hay obstáculo a que las organizaciones empresariales y sindicales negocien en el nivel que deseen acciones relevantes para los intereses que tutelan. El límite no es a la negociación colectiva respecto de los contenidos de derechos y deberes de los sujetos naturalmente destinatarios de sus reglas (empresarios, trabajadores y sus organizaciones). Podría, hipotéticamente, acordarse el diseño de modelos de formación continua a escala estatal, generando compromisos de todo tipo para las organizaciones firmantes y para los negociadores a nivel inferior en el marco del art. 83 ET. Lo que se cuestiona es la capacidad de la negociación colectiva para alterar el sistema competencial que prevé la CE, por puro juego del principio de jerarquía normativa.
- una materia que genera una especial discusión (vinculada a textos originarios de los Estatutos de Autonomía, de donde haya que prevenir su posible reforma) es la posibilidad de que toda la competencia corresponda al Estado al jugar la excepción (prevista en los EEAA de Cataluña y Galicia y en otros más) de reservar al estado la competencia en materia de Fondos Estatales de Empleo. La discusión se zanja finalmente con criterios puramente formales: son FEE prácticamente patrimonios personalizados destinados a incidir sobre el empleo a escala estatal o bien en sectores relevantes de la economía (una definición voluntarista de los mismos que en buena medida deja abierta la posibilidad de perfeccionar este instrumento para obviar la competencia autonómica, como se puso de relieve en un voto particular a la STC 95/2002).

A la vista de estos razonamientos, la conclusión es previsible: en cuanto han desconocido la competencia de las CCAA recurrentes para ejecutar en su ámbito las medidas de formación profesional de los trabajadores ocupados, los apartados del Acuerdo que materializan este resultado son contrarios al orden constitucional de competencias: por lo que hace a la centralización plena de la gestión, y en cuanto prevé el traspaso de la financiación pública al ente paritario estatal, así como el control del gasto imputado generalmente a la Intervención General del Estado (FJ18).

Unas sentencias, en suma, que hacen frente a algunos de los más conspicuos resultados de la concertación y el diálogo sociales, evidentemente sin pronunciarse sobre la extensión que hayan de tener estas prácticas ni sobre el eventual derecho de los poderes públicos de estimularlas. Sólo recuerdan el límite en el resultado: no comprometer la acción pública reservándola a sujetos o instancias que están desapoderados competencialmente para ejecutar dichos compromisos. No excluye la concertación como herramienta, sino el desapoderamiento de competencias de poderes públicos que no han participado en la negociación ni en los procesos que han conducido a los acuerdos de que se trate.

UN PROCESO CON ÉXITO: LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS LABORALES

Sin duda, la solución extrajudicial de conflictos laborales ha sido una de las materias en las que se ha manifestado con más fuerza la incidencia de la negociación colectiva en la forma de gestionar, hasta en la filosofía con que se hace, una materia laboral. Por lo demás, la historia es bien conocida: se trata de un proceso con más de 20 años de duración que ha permitido que a escala autonómica primordialmente se crearan estructuras de resolución de conflictos laborales, fruto, todas ellas, de la negociación a cada nivel. Puede decirse que la generación del correspondiente órgano a escala estatal, el SIMA, se ha visto profundamente afectada por la experiencia autonómica, hasta el punto de llegarse a reconocer por el Acuerdo que crea el SIMA y sus sucesores su carácter subsidiario respecto de los organismos autonómicos, incluso en conflictos en principio competencia del órgano estatal, de expresarse por las partes su preferencia para someter una disputa a aquéllos en lugar de a éste. Tal es el sentido de la actual Disposición Adicional 1ª del ASEC-III, que reproduce una regla mantenida en todos sus precedentes: “En el supuesto de que un conflicto colectivo de los afectados por este Acuerdo pudiera someterse igualmente a otro procedimiento extrajudicial vigente en el ámbito de una Comunidad Autónoma, corresponderá a las partes afectadas elegir, mediante acuerdo, el procedimiento al que se someten”.

Se trata, asimismo, de una iniciativa de la negociación colectiva que ha sido indirectamente respaldada por la doctrina constitucional, que se ha pronun-

ciado firmemente a favor de la capacidad de la negociación colectiva para regular las condiciones de ejercicio de derechos fundamentales en el ámbito laboral (STC 217/1991, de 14 de noviembre, FJ 6). Y que ha recibido también el respaldo de la legislación estatal que, aunque de forma descoordinada y con lagunas importantes muchas veces denunciadas, ha proclamado la potencialidad de la negociación colectiva para establecer sistemas de resolución de conflictos previos al proceso (arts. 63, 154 y DA 7ª LPL), que incluso sustituyan a la instancia administrativa que los asumió originariamente, y en general para resolver conflictos colectivos o individuales en materia laboral (fundamentalmente, arts. 85,1, 91 y DA 13 ET, todos ellos en conexión con los acuerdos contemplados en el art. 83 del mismo cuerpo legal), otorgándole a los acuerdos que se alcancen en los respectivos procedimientos el máximo de eficacia que es posible dar en nuestro ordenamiento: según el contenido del acuerdo, tendrá eficacia asimilada a una Sentencia, pudiendo ser ejecutado como éstas lo son, o bien de Convenio Colectivo, con eficacia general o limitada en función de la representatividad que ostenten los sujetos que alcancen el acuerdo.

Resulta patente que a lo largo del tiempo los negociadores han tendido a apurar al máximo la habilitación legal, de manera que, en el momento presente, todas las CCAA poseen en su ámbito un sistema de solución de conflictos colectivos de origen negociado; que esos sistemas, además, tienden a expandirse e incluir conflictos en el empleo público, e incluso conflictos individuales con excepciones que tienen su origen más en la rigidez de las normas procesales, —por ejemplo, en materia de prescripción y caducidad o bien en materia de reclamación previa en los procesos en que sea parte la Administración como empleador— que en una minusvaloración de la aptitud de estos sistemas para resolver controversias, sobre todo, por lo que hace a la aplicación e interpretación de los convenios colectivos.

Por supuesto, Andalucía no ha sido una excepción en este proceso, y el SERCLA fue creado por Acuerdo tripartito en 1996, poniéndose en marcha a partir de 1998, con la aprobación de su Reglamento por la Comisión de seguimiento del acuerdo SERCLA. El ámbito inicial estaría limitado a los conflictos colectivos, proporcionando una dualidad de procedimientos —la Conciliación-Mediación y el Arbitraje— que andando el tiempo se han extendido a algunos conflictos individuales —a partir de 6 de febrero de 2009 en todas las provincias tras una fase de experimentación limitado a algunas de ellas—, fundamentalmente a conflictos que están estrechamente vinculados con la realidad de la empresa y la aplicación del Convenio Colectivo (art. 3.1 del Reglamento). Para uno y otro tipo de procedimientos, el SERCLA se erige en instancia competente para conocer de la conciliación previa a la vía judicial, sustituyendo al CMAC que, hoy por hoy, sólo opera en los conflictos expresamente excluidos de la aplicación de los acuerdos SERCLA.

El éxito generalizado de estos procedimientos, y su asunción parcial en el marco de la legislación estatal, han conducido a que por lo general sean estu-

diados desde la perspectiva de su funcionamiento intrínseco y de los problemas, sobre todo procesales, que se plantean. No tanto desde la perspectiva de su encaje en la generalizada práctica de nuestro Estado autonómico de articular a la negociación colectiva y sus productos en el marco de ejercicio de competencias tradicionalmente asumidas por los poderes públicos, a la que se ha venido haciendo referencia en estas páginas. Por eso se ha generado un absoluto silencio en torno a caracteres muy típicos de estas figuras que las hacen realmente novedosas en las relaciones entre la negociación colectiva y las CCAA.

En síntesis: sería un error entender que la regulación de procedimientos de solución de conflictos, individuales o colectivos, en el medio laboral, es una cuestión sólo de la legislación, laboral o procesal que sea. La previsión de estos procedimientos en acuerdos colectivos es una fase más en la tendencia de la autonomía colectiva a resolver en su seno los problemas que genera también la aplicación de sus reglas o de las reglas aplicables en el marco de las relaciones laborales. Negociación colectiva, pues, con la neutralidad competencial que ya hemos visto que por lo general posee en nuestro sistema.

También los Tribunales han tenido ocasión de subrayar este extremo en el caso andaluz. Concretamente en la Sentencia del TSJ Andalucía de 22 de diciembre de 1997 (4631) y en la del Tribunal Supremo-IV de 30 de enero de 1999 (1118) se analiza el sentido último del Acuerdo SERCLA y su naturaleza, especialmente por lo que hace a la firma del acuerdo, junto las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a escala andaluza, por una representación cualificada de la Junta de Andalucía (su Presidente y el Consejero de Trabajo).

Ciertamente, los sistemas de solución de conflictos colectivos e individuales por la vía del consenso y el acuerdo y no por la imposición heterónoma han sido bien vistos por los poderes públicos autonómicos y estatal, que no han ahorrado esfuerzos para su puesta en marcha y efectividad. Ya se ha visto que las CCAA pueden tener “políticas laborales” propias siempre que no se invada la competencia estatal de legislación, y la promoción de estos Acuerdos es el resultado de una orientación política no cuestionable que encuentra su vinculabilidad última en el acuerdo de los interlocutores sociales suficientemente representativos, y no en decisión pública alguna, de ahí la irrelevancia competencial que les es propia. Como ha sostenido el propio TS, la presencia del poder público autonómico en el acuerdo como “garante” del cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes, no llega a transformar lo que, en la esencia de las obligaciones y derechos regulados, era un Acuerdo colectivo y lo sigue siendo pese a la colaboración material autonómica que no suplanta, porque no puede, la negociación colectiva; ni –lo que también es importantes suplantada por ella.

Estudios generales

LAS RELACIONES LABORALES EN ANDALUCÍA*

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Director de la Revista
Cátedrático del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: Relaciones Laborales, Andalucía

La conformación de un marco autonómico de relaciones laborales constituye una de las señas de identidad de nuestro sistema democrático de relaciones laborales. Más allá de ciertos titubeos iniciales, dicho marco se ha construido sobre la base de la complementariedad, con impulsos políticos públicos y privados de actuación en la misma dirección, lo que ha evitado escenarios de confrontación entre las estrategias marcadas en el ámbito nacional y en el correspondiente autonómico. El sistema andaluz de relaciones laborales constituye un ejemplo paradigmático de este modelo de sinergias de actuación, en clave de diseño general de las políticas laborales en el ámbito estatal y correlativa implementación por la vía ejecutiva y de negociación colectiva en el ámbito autonómico.

Algunos retos de calado quedan por afrontar, entre los que cabe destacar el logro de unas políticas públicas más eficientes en su impacto real sobre el devenir de nuestro mercado de trabajo, la necesaria coordinación de las políticas públicas laborales singularmente en el ejercicio de las competencias de la Administración laboral autonómica, así como un diseño más racional de nuestra estructura de la negociación colectiva en la que la construcción de un nivel autonómico se debe producir como instrumento alternativo a la negociación provincial y en ningún caso como sustitutiva de la negociación estatal.

ABSTRACT

Key Words: Industrial Relations, Andalusia

The establishment of a regional industrial relations framework constitutes one of the identity signs of our democratic industrial relations system. Despite certain initial hesitation, this framework has been built based on complementarity, with public and private boosts to work in the same direction, thus avoiding confrontation between the strategies at national and regional level. The Andalusian system of industrial relations is a paradigmatic example of this synergy model with regard to activity related to the general design of labour policy at State level and executive implementation and collective bargaining in the regional sphere.

There are still significant challenges to be approached, amongst which is the achievement of more efficient public policies with regard to their real impact on labour market evolution, the need to coordinate public labour policy in exercising regional labour competences, as well as a more rational design of our collective bargaining structure where the construction of a regional level must take place as an alternative instrument to provincial bargaining and, in no case substituting state-level bargaining.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación nacional SEJ 2007-65814 sobre eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo”, así como del complementario proyecto de excelencia de la Junta de Andalucía nº 2008/33 sobre “eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo: experiencias comparadas”.

ÍNDICE

1. EL DENOMINADO MARCO AUTONÓMICO DE RELACIONES LABORALES
2. LAS ASOCIACIONES SINDICALES Y EMPRESARIALES EN ANDALUCÍA
3. EL PAPEL DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL ANDALUZA
4. LA NECESARIA CONVERGENCIA DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL EN ANDALUCÍA
5. EL DESARROLLO DEL SISTEMA AUTONÓMICO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
6. LA DINÁMICA DE LAS COMPETENCIAS EJECUTIVAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

1. EL DENOMINADO MARCO AUTONÓMICO DE RELACIONES LABORALES

Transcurridos ya treinta años desde la instauración de nuestro vigente Estado constitucional y, con él, de nuestro sistema democrático de relaciones laborales cabe destacar que una de sus señas de identidad más afianzada consiste en la conformación de un sólido marco autonómico de relaciones laborales, del cual el andaluz constituye un ejemplo paradigmático. En paralelo a la profundización de nuestro modelo político del Estado de las autonomías, se ha consolidado también la presencia en nuestro tejido económico y social de entramados propios en el ámbito igualmente autonómico en lo que se refiere al desarrollo de las relaciones laborales.

Cuando se acuñó esta expresión de “marco autonómico”, la misma no estaba exenta de polémica, al punto de que algunos procuraban eludirla, cuando no se mostraban expresamente contrarios a la misma. Es cierto que tal calificativo ha poseído desde sus primeros usos un valor polisémico y, como tal, fruto de concepciones bien diferentes, incluso en ocasiones opuestas. En gran medida el mismo surgió desde ámbitos estrechamente ligados al pensamiento nacionalista y, por ello, quienes no se han identificado con tales postulados han venido manifestando desde sus orígenes con toda justificación un marcado distanciamiento a apoyar fórmulas que pudieran conducir a rupturas de la unidad de mercado, particularmente del mercado de trabajo, que a su vez desembocaran en la aparición de reinos de taifas en el ámbito de las relaciones laborales, que a la postre dañaran a la necesaria cohesión social y territorial. En efecto, en una de sus acepciones primigenias la expresión “marco autonómico” apelaba a una idea de cierta soberanía territorial en lo laboral, de modo que se propugnaba su construcción como algo antagónico a un funcionamiento homogéneo de las relaciones laborales para el conjunto de España. La emergencia del citado marco autonómico sólo se concebiría, pues, como presupuesto o herramienta para el debilitamiento cualitativo del preexistente sistema estatal de relaciones laborales; dicho de otro modo, la defensa del marco autonómico se realizaba, entre otros, con el objetivo de devaluar el poder político central, en esta ocasión en lo que afectaba a las relaciones laborales. No puede desconocerse que en

gran medida ello constituía la reacción de ciertos sectores a la ausencia de poder legislativo autonómico en materia laboral, de modo que la idea subyacente a estos efectos no era otra que la de proponer a través del denominado “marco autonómico” un sucedáneo que, a través de instrumentos institucionales diferentes, lograra un efecto asimilado al de la asunción por parte del poder autonómico de las referidas competencias legislativas.

No obstante, con el paso del tiempo, el afianzamiento del Estado autonómico, cuando menos en ciertos territorios, ha permitido el diseño del referido “marco autonómico” con un perfil cualitativamente diferente al anterior, siendo precisamente el andaluz un ejemplo emblemático de ello. Más allá de la anterior concepción de incompatibilidad o contradicción, ahora la idea del marco autonómico se viene a propugnar como elemento de complementariedad y de enriquecimiento del conjunto de nuestro sistema constitucional de relaciones laborales. En efecto, el mismo no se pretende desarrollar como mecanismo de erosión de la necesaria cohesión social y territorial para el conjunto de España, ni siquiera como vehículo para debilitar las competencias asumidas por el Estado en nuestro texto constitucional al ámbito que al mismo le corresponde, sino como fórmula de proporcionar una mayor articulación de nuestro tejido social y de implementar las políticas públicas en el ámbito de las relaciones laborales diseñadas para el conjunto del Estado. En definitiva, el marco autonómico se ha logrado asentar como una realidad entre nosotros, sin necesidad de presentarse en una dialéctica de conflicto con el ámbito estatal. A pesar de sus dificultades y del hecho indiscutible de que aún no se trata de un modelo cerrado, por tanto, aún pendiente de encaje de algunas de sus piezas institucionales, lo cierto es que el sistema de relaciones laborales en Andalucía se ha logrado consolidar, sin necesidad de presentarse como un marco en concurrencia conflictiva con el correlativo ámbito nacional.

Ello ha sido posible gracias al hecho de que el referido marco autonómico se ha construido sin poner en cuestión las paralelas competencias estatales, sin pretender entrar en colisión con ellas y, sobre todo, sin poner en cuestión la bondad de un mercado de trabajo unificado para el conjunto del territorio español.

Ante todo, lo anterior se ha llevado a cabo con aceptación de la exclusividad de la competencia estatal en materia de legislación laboral, así como de la correlativa básica en materia de Seguridad Social. Salvo aspectos muy puntuales y marginales a los efectos que estamos tratando, el poder estatal no sólo ha ostentado en la formalidad del papel la exclusividad de las competencias legislativas en materia laboral, sino que lo más relevante por añadidura que las ha ejercido plenamente en la práctica cotidiana. Prueba palpable de ello es que ha sido precisamente el poder central el que ha dirigido y concentrado la atención en aquellos momentos en los que se han requerido o materialmente se

han abordado las reformas pertinentes de la legislación correspondiente que más impacto han podido tener sobre nuestro mercado de trabajo. De este modo, las sucesivas reformas tanto de la legislación laboral como de la legislación en materia de protección social han marcado la pauta decisiva en la evolución de las relaciones laborales para el conjunto del territorio español, sin que desde el poder autonómico se haya pretendido una orientación política diversa a la marcada desde la Administración General del Estado.

A diferencia de lo que se ha podido advertir en otros ámbitos de las políticas sectoriales (baste con citar el caso bien elocuente de la política educativa), donde justamente el poder autonómico ha jugado en ocasiones a contrarrestar ciertas previsiones legislativas estatales, ello en muy escasas ocasiones ha sucedido en el ámbito de las relaciones laborales. El consenso político de Estado ha primado en la vertiente de actuación sobre el mercado de trabajo, de modo que el comportamiento del poder autonómico ha sido en general de asunción de las reformas legislativas acometidas por el Estado en este ámbito, y ello con independencia del signo político de quien se haya situado en el poder tanto en el Gobierno de la nación como en las respectivas Comunidades Autónomas.

En estos términos, las sucesivas transferencias de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de ejecución de la legislación laboral, con independencia de que hayan resultado más o menos complejas en su proceso de asimilación por los diversos protagonistas de las mismas, una vez puestas en práctica y ejercidas por la correspondiente Administración Autonómica en líneas generales han sido utilizadas como instrumento de implementación de las reformas laborales acometidas a nivel estatal. Con independencia de que el conjunto de las políticas públicas en materia laboral en muchas ocasiones haya dejado mucho que desear en cuanto al logro de la eficiencia deseable, lo cierto es que la ejecución de la legislación laboral por parte de las Administraciones autonómicas se ha desplegado en coincidencia y, por tanto, en la misma dirección de objetivos que los propugnados por las reformas laborales acometidas a nivel estatal. No es posible desconocer que esta asunción competencial en lo ejecutivo por parte de las Comunidades Autónomas ha convertido a nuestro sistema de relaciones laborales en un entramado bastante más complejo, necesitado sin lugar a dudas de dosis superiores de coordinación entre los diversos niveles, pero lo que por encima de todo me interesa resaltar en estos momentos es que dicha importante labor asumida por parte de las Administraciones autonómicas, que constituye uno de los elementos capitales del mencionado marco autonómico de relaciones laborales, se ha ejercido en plena sintonía de objetivos políticos con los diseñados a nivel estatal y, éstos a su vez, con los marcados por la igualmente novedosa coordinación europea en materia de políticas de empleo. Más aún, la propia profundización en el proyecto comunitario y, por ende, la posible firmeza en la política social diseñada en el ámbito europeo, puede cons-

tituir una superior garantía que en cualquier momento pueda suscitar mayores presiones o tentaciones centrífugas por parte de algunos actores autonómicos en el devenir de nuestro particular sistema de relaciones laborales. En resumen, y por lo que se refiere cuando menos al escenario actual en el que nos movemos, cabe afirmar con contundencia que las políticas públicas de las Comunidades Autónomas en esta materia han tenido una orientación de complementariedad, que no de contradicción, con las fijadas en ámbitos superiores.

Es más, ese buen entendimiento entre el ámbito estatal y el autonómico en el diseño y ejecución de las políticas públicas, no sólo se ha reflejado en la actitud y conducta de los propios protagonistas públicos, sino igualmente se ha visto reforzada por la paralela concepción y actuación de los protagonistas privados de nuestras relaciones laborales. Ahora se trata de constatar cómo todo lo anterior se ha visto respaldado por las visiones de las organizaciones sindicales y empresariales en este mismo campo. Las propias organizaciones sindicales y empresariales más representativas se han visto identificadas y han sido las primeras que han ratificado este marco autonómico de relaciones laborales basado en la complementariedad y en la sinergia de efectos, antes que en la contradicción o en la competencia desleal. Para empezar, el hecho de que los interlocutores sindicales y empresariales en el ámbito autonómico hayan coincidido con los correspondientes en el ámbito estatal ha facilitado enormemente la convergencia de posiciones y la coherencia de actuación conforme a objetivos similares en uno y otro ámbito. A diferencia de las mayores tensiones y contrastes de intereses que se pueden apreciar en el terreno de los partidos políticos, por encima de la estructura confederal propia de las organizaciones sindicales y empresariales, lo más influyente ha sido que se trata de las mismas organizaciones las que ostentan la condición de más representativas en el ámbito estatal y en el correlativo autonómico. Ello ha propiciado que hayan fluido con naturalidad las estrategias marcadas en unos y otros ámbitos, con lo cual ha existido una sintonía más allá de lo formal en el seno de las correspondientes organizaciones representativas de los trabajadores y de los empresarios. Cuando menos por lo que refiere al contexto andaluz, la coincidencia de visiones en cuanto al papel que deben desempeñar las respectivas estructuras asociativas en el ámbito estatal y en el autonómico ha eliminado cualquier atisbo de enfrentamiento interno de las correspondientes organizaciones, de modo que la potenciación de las unas en lo autonómico en pocas ocasiones se ha verificado restando protagonismo al espacio en el que se han situado las otras en lo estatal.

Ello ha sido un efecto derivado en lo que se refiere al juego comparativo desempeñado por la concertación social en lo estatal y en lo autonómico, pero sobre todo se ha percibido con mayor trascendencia y de manera directa en lo que ha afectado al desarrollo de la negociación colectiva. En particular, el juego central que han desempeñado en los últimos años los Acuerdos Interconfederales

de Negociación Colectiva, más allá de cuáles hayan sido sus contenidos concretos, desde luego han actuado como mecanismos intensos de centralización de ciertas líneas clave de evolución del conjunto de nuestros convenios colectivos. Las pautas marcadas por tales Acuerdos a nivel estatal han desempeñado un papel clave en la homogeneización de los contenidos de los convenios colectivos en su conjunto, por tanto, a los diversos niveles en los que éstos se han pactado, incluyendo por tanto un fiel seguimiento por parte de aquellos convenios colectivos que se han negociado en el territorio de cada una de las Comunidades Autónomas. De este modo, la negociación colectiva en unidades más o menos descentralizadas tampoco ha funcionado en términos de antagonismo o contradicción con las líneas maestras marcadas por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal. Por tal motivo, a pesar de lo compleja que resulta la estructura de nuestra negociación colectiva, a pesar de sus contradicciones e incoherencias, sus efectos más negativos de atomización se han visto en gran medida aplacados por la continuidad de los AINC, y, sobre todo, elemento a nuestro juicio igualmente decisivo al menos por lo que afecta a la realidad andaluza, la emergencia en algunos ámbitos de unidades de negociación colectiva en el ámbito territorial autonómico nunca se ha impulsado con voluntad de erosionar la negociación colectiva asentada ya a nivel estatal.

Finalmente, tampoco los mecanismos de gestión de la conflictividad laboral se han desenvuelto en clave diversa de los que han constituido los instrumentos precedentemente aludidos de políticas públicas y privadas. De un lado, la incidencia de las huelgas ha respondido a perfiles muy similares en el conjunto de nuestro sistema de relaciones laborales, a pesar de que en la mayoría de las ocasiones se ha tratado de movimientos huelguísticos de alcance territorial limitado, dentro del territorio de las respectivas Comunidades Autónomas; lo importante, pues, no es tanto el alcance de estas huelgas, cuanto que sus características en cuanto a sus objetivos y modalidades de ejercicio han sido bastante similares, en términos comparativos de lo que ha sucedido entre unas y otras Comunidades Autónomas. De otro lado, a pesar de que en los últimos tiempos, como detallaremos, ha experimentado un muy importante auge la implantación en los respectivos ámbitos autonómicos los correspondientes sistemas de resolución de conflictos laborales, particularmente los de carácter colectivo, a resultas del limitado alcance territorial de los conflictos laborales que se han suscitado como trasfondo, sin embargo también es indiscutible que los mismos se han diseñado conforme a un patrón bastante homogéneo; por una fuerte impronta de influencia de las grandes confederaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal, a pesar de las señas de identidad propia de cada sistema autonómico, lo esencial es convergente y, de nuevo una vez más valga la insistencia, todo ello se ha construido sin voluntad y sin efecto de contradicción de modelos entre lo estatal y lo autonómico.

Todo lo anterior puede desembocar en la idea conclusiva de que el marco autonómico de relaciones laborales, cuando menos por lo que se refiere a la realidad andaluza pero también extrapolable a la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas, ha tenido un impacto relevante en nuestro sistema de relaciones laborales, conformándose como un nuevo e influyente nivel de interlocución de sus principales protagonistas. Nuevo nivel que ha incorporado elementos de superior complejidad a nuestro sistema en su conjunto, pero que en igual medida ha aportado elementos de mayor eficiencia a tenor de la mayor adaptación que ha proporcionado a las peculiaridades socioeconómicas de cada territorio. Y, en particular, nuevo nivel que se ha construido no en clave de concurrencia conflictiva con el conjunto del sistema español de relaciones laborales, sino en términos cooperativos, si acaso proporcionando una importante dosis de convergencia de un modelo hasta entonces excesivamente atomizado y descentralizado por la escasamente aconsejable intensidad del ámbito provincial. Probablemente el objetivo sea el de profundizar en esa última línea, por cuanto que lo logrado hasta el presente ha sido limitado en sus resultados.

2. LAS ASOCIACIONES SINDICALES Y EMPRESARIALES EN ANDALUCÍA

El punto de partida para la conformación de un marco autonómico articulado de relaciones laborales ha de partir necesariamente de la constitución y enraizamiento de las organizaciones representativas y tuteladoras de los intereses respectivos de trabajadores y empresarios. Ello es lo que se muestra desde el inicio de nuestro sistema constitucional y, por ende, de nuestro entramado autonómico. Parejo pues al surgimiento del poder político en el ámbito de la Comunidad Autónoma, van surgiendo las estructuras asociativas de empresarios y trabajadores en el ámbito territorial de Andalucía.

Desde el punto de vista institucional el respaldo formal definitivo se lo proporciona el texto vigente del Estatuto de Autonomía para Andalucía, conforme al cual “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” (art. 26.2); del mismo modo que se afirma que “los sindicatos y las organizaciones empresariales contribuyen al diálogo y la concertación social, y ejercen una relevante función en la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios” (art. 159).

Desde el punto de vista material, el asociacionismo empresarial y sindical en el territorio andaluz se presenta hoy en día como una realidad rica y plural,

a la vista del enorme número de organizaciones de uno y otro tipo registradas en las oficinas públicas correspondientes. Así, según datos del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, de su Memoria anual para 2008, había un total 1.353 organizaciones registradas, de las cuales 279 son organizaciones sindicales, 954 son asociaciones empresariales y 120 son organizaciones profesionales¹. Como indica dicha Memoria, los empresarios, tradicionalmente, se han caracterizado por ser muy activos en la creación de entidades asociativas para la defensa de los intereses que tienen reconocidos constitucionalmente, a diferencia de los trabajadores los cuales son más proclives a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. En todo caso, se manifiesta una fuerte tendencia hacia la estabilidad de las organizaciones y, sobre todo, a la concentración de la afiliación y en el respaldo electoral a unas muy concretas organizaciones.

En efecto, más allá del dato numérico frío de la intensidad de organizaciones existentes en el ámbito andaluz, lo relevante es que desde sus inicios se observa un fuerte protagonismo de unas pocas entidades representativas en el ámbito andaluz, por añadidura coincidentes con aquellas que muestra la paralela concentración representativa en el ámbito nacional. De forma análoga a la conformación de las instituciones políticas de la preautonomía andaluza se van constituyendo los que van a constituir de manera estable e ininterrumpida los interlocutores por excelencia en representación de empresarios y trabajadores. Así, Comisiones Obreras celebra en Andalucía su primera Asamblea General en 1976, la Confederación de Empresarios de Andalucía se constituye hace ahora 30 años exactamente, al tiempo que la Unión General de Trabajadores de Andalucía celebra su primer Congreso en el año 1980. Desde entonces y hasta el presente, éstas han constituido las tres organizaciones más representativas en el ámbito andaluz, siendo los protagonistas por excelencia tanto de la concertación social como de la actividad de negociación colectiva en nuestro territorio.

Por lo que afecta a las organizaciones sindicales, y referido al conjunto de los sectores y territorios, las dos organizaciones sindicales no sólo han logrado unos elevados porcentajes de representatividad a results de los resultados en las elecciones a comités de empresa y delegados de personal, sino que en ningún momento se ha vislumbrado una posibilidad real y efectiva de surgimiento de una tercera organización suficientemente representativa por llegar a superar el umbral del 10 % de representatividad requerido legalmente. Ya a la altura de mediados de los años ochenta el panorama se encontraba plenamente consolidado, con una muy fuerte concentración del respaldo electoral en estas dos grandes organizaciones sindicales. Así, en las elecciones de 1986 se ofrecen unos resultados globales en los que UGT logra un 48,36 % de repre-

¹ http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/0_1_0.pdf

representatividad y CCOO alcanza un 40,59 % de representatividad, ambos datos referidos al conjunto de Andalucía y para todos los sectores; siendo lo más significativo que el resto de las organizaciones sindicales que concurren a tales elecciones sumada su representatividad tan sólo alcanzaron un 7,19 % de representatividad. Con cambios de mero matiz esos esquemas se han ido reiterando a lo largo del tiempo, de modo que se encuentra muy asentada esa realidad de fuerte concentración de la representatividad sindical entre nosotros. Conforme a los últimos datos disponibles en el momento de redactar el presente trabajo las cifras oficiales indican que UGT posee un 42,71 % de representatividad, CCOO un 40,74 %, mientras que el tercer sindicato por representatividad apenas alcanza el 3,57 %. Se trata por añadidura de una realidad de concentración sindical en los dos grandes que se extiende al conjunto de los sectores productivos, incluso en un ámbito donde tradicionalmente hay una percepción de presencia de otras organizaciones sindicales como es la agricultura. La única excepción a estos efectos es en el sector público, en concreto en la Administración Pública, que constituye el único espacio donde se constata la presencia de un tercer sindicato con el suficiente respaldo de manera continuada como para convertirse con carácter permanente en una organización representativa en ese espacio sindical.

Por lo que se refiere a las organizaciones empresariales, a pesar de no existir datos tan objetivos como son los sindicales derivados de los resultados electorales, el transcurso del tiempo nos aporta elementos de muy diversa entidad que igualmente muestran la correlativa concentración representativa, ahora personificada por una única estructura asociativa, como es la Confederación de Empresarios de Andalucía. Más allá de la pluralidad organizativa interna presente en la misma tanto por referencia a lo sectorial como a la dimensión de las empresas, lo cierto es que la CEA logró desde sus inicios aglutinar al conjunto de empresas y empresarios establecidos y que desarrollan su actividad económica en el territorio andaluz. Lo más relevante de todo es que su capacidad de penetración en el conjunto del tejido empresarial andaluz ha sido plena y de enorme eficacia, particularmente compleja la labor teniendo en cuenta las dimensiones en muchos ámbitos intensamente reducidas de las empresas en nuestro territorio, de modo que en la actualidad constituye el interlocutor indiscutible de los intereses empresariales, con capacidad de aglutinar no sólo a las grandes y medianas empresas, sino incluso lo más laborioso como es su fuerte presencia en lo asociativo entre las pequeñas y microempresas.

Por añadidura, como apuntábamos con anterioridad este resultado en paralelo, de fuerte concentración representativa de las organizaciones sindicales y empresariales en Andalucía, se ha producido en plena sintonía con lo que se ha consolidado para el conjunto de España, de modo que son las mismas entidades más representativas las que actúan en uno y otro ámbito. Con independencia de

que cada una de ellas actúe con plena autonomía de criterio y de estrategias, con defensa de los intereses propios, sin que ello se vea obstaculizado por la integración confederal en las respectivas organizaciones a nivel estatal, el resultado ha sido el de consonancia con la correlativa actuación en el nivel superior. En particular, ello ha facilitado en los últimos años que los criterios generales marcados a través de los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva se hayan trasladado sin mayores dificultades a las mesas de negociación de los convenios colectivos pactados en el ámbito andaluz. Más aún, incluso en los momentos delicados que vivimos, con dificultades acentuadas por la ausencia de celebración de un Acuerdo Interconfederal para el año 2009, la emisión de criterios por parte de las grandes Confederaciones sindicales y empresariales a nivel estatal está recibiendo una automática acogida en los niveles territoriales correspondientes de negociación de los convenios colectivos.

Por otro lado, la fuerte concentración sindical y empresarial ha permitido igualmente que a la Administración autonómica no se le plantearan problemas a la hora de identificación de los interlocutores sociales al objeto tanto de desarrollar los procesos de concertación social como de conformar el actual extenso entramado de participación institucional en multitud de organismos administrativos y entidades públicas que así lo tienen previsto. De este modo, nunca se ha producido bloqueo alguno en la interlocución entre el poder autonómico y los agentes sociales derivado de problemas en la identificación de las organizaciones que han de actuar como protagonistas en los procesos correspondientes y de hacerlo por añadidura con la autoridad de legitimidad representativa que no le viene discutida por nadie.

De todo ello, probablemente en estos momentos sólo se percibe una cuestión pendiente de desarrollo, cual es la correspondiente a la armonización completa del entramado de participación institucional de los sindicatos y organizaciones empresariales. En efecto, la concreción más importante en el momento de puesta en práctica y desarrollo de las políticas públicas comprometidas a través de los Acuerdos de concertación social se verifica a través del desarrollo de los mecanismos de participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales, a través de su presencia como miembros efectivos en organismos públicos autonómicos, bien lo sean con funciones de gestión directa o bien con la condición de órganos consultivos. A estas alturas, existe un considerable número de organismos de participación institucional de muy diversa confección y diseño en la práctica totalidad de las Consejerías, de sus agencias, organismos autónomos y empresas públicas. Eso sí, se trata de una participación institucional cuya regulación, aunque pueda tener su coherencia interna, se somete a reglas muy diversas, por encontrarse en cada una de las normas que proceden a regular la competencia o estructura administrativa correspondiente. Más allá de lo establecido con carácter general por parte de la

Ley Orgánica de Libertad Sindical (art. 6.3 a) y del Estatuto de los Trabajadores (disp. adic. 6^a), que reconocen el derecho de participación institucional, respectivamente, a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel autonómico, no existe una regulación común que uniforme el régimen de participación institucional de los agentes sociales en la Administración Andaluza. La facultad de autoorganización administrativa de la que goza la Junta de Andalucía en el ejercicio de su autonomía política, la facultad y legítima jurídicamente para aplicar los principios generales relativos a la mayor representatividad sindical contemplados en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, sin que a tal efecto obste el carácter de Ley Orgánica de lo que constituye el “contenido directo” de un derecho fundamental como es el relativo a la libertad sindical y al derecho de asociación, pues ese complemento autonómico resulta perfectamente viable dentro de nuestro modelo del Estado de las Autonomías. El propio Tribunal Constitucional avala plenamente el presente criterio: “En cuanto a la representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras Entidades y organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista [art. 6.3 a)], debe entenderse que la Ley se limita a establecer la capacidad representativa de los sindicatos que tengan el carácter de más representativos a nivel estatal o de Comunidad Autónoma (art. 7.1 del Proyecto), pero no impide que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias de organización, integren además en sus propios órganos a otros sindicatos que no tengan esta consideración legal”².

En definitiva, criterios de homogeneidad, de seguridad jurídica y, en particular, de promoción de la efectiva participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel autonómico aconsejan algún tipo de intervención normativa en este terreno. Algunas Comunidades Autónomas ya han abordado esta actuación, de modo que su regulación cabría utilizarla como clara referente a la hora de su adaptación a las peculiaridades en Andalucía³.

Más aún, el propio Estatuto de Autonomía para Andalucía prevé e impone la existencia de una específica Ley sobre la materia. En concreto, el mismo establece que “La ley regulará la participación institucional en el ámbito de la

² STC 98/1985, de 29 de julio (BOE 2 de agosto) fund. jco. nº 11.

³ Así, por ejemplo, Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 17/2008, de 29 de diciembre (BOE de 16 de marzo), de participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Galicia. Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 3/2003, de 13 de marzo (BOE 11 de abril), sobre participación institucional de los agentes sociales más representativos. Ley 7/1995, de 28 de marzo (BOE 18 de julio), de participación de los agentes sociales en las entidades públicas de la Administración de la Comunidad de Madrid. Anteproyecto de Ley de Participación Institucional de las Organizaciones Sindicales y Empresariales más Representativas de Canarias (<http://dce.consultivodecanarias.org/2003/0045.pdf>).

Junta de Andalucía de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en la Comunidad Autónoma” (art. 26.2).

Dicho texto legal tendría por contenido necesario los siguientes elementos de regulación, con respeto en todo caso de los parámetros establecidos en la legislación laboral estatal y, en particular, de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: especificación en el ámbito andaluz de las organizaciones sindicales y empresariales que ostentan la condición de más representativas en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza, enumeración de las funciones y facultades reconocidas a tales organizaciones en el marco de la participación institucional, status jurídico de los miembros de los organismos en los que participan a tenor de la participación institucional como representantes de las organizaciones sindicales y empresariales.

Más allá del imperativo derivado de lo establecido en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, sería oportuno también que legalmente se estableciera el régimen jurídico general de apoyo financiero por parte de la Junta de Andalucía al funcionamiento de las organizaciones sindicales y empresariales. Ciertamente, se podría tratar de un compromiso que entroncara con el precedente, en la medida en que el efectivo desarrollo por parte de los agentes sociales de sus funciones de participación institucional requiere de una intensa dedicación por parte de sus cargos sindicales y empresariales a tales tareas públicas, de la que derivan indudables costes económicos. Una vez más, en estos momentos ese tipo de apoyos económicos a la participación institucional se encuentra regulado en las pertinentes disposiciones, si bien nuevamente se trata de regulaciones no de conjunto o bien de mandatos legales anuales vinculados a los Presupuestos de la Comunidad Autónoma. Por ello, no estaría de más una regulación general, común para todas las manifestaciones de participación institucional, junto con una vinculación de la Administración autonómica estable, más allá de lo presupuestario anual. Por lo demás, dicha materia financiera debería ir más allá de la compensación económica por el desarrollo de su función de participación institucional. En efecto, el papel protagonista que ostentan hoy en día las organizaciones sindicales y empresariales debe ser auspiciado y sostenido por los poderes públicos más allá de la participación institucional, siendo conveniente en esa medida que se establezca una regulación general del régimen de subvenciones públicas a las organizaciones sindicales y empresariales, que como tales cuando tengan un carácter de genéricas deben abarcar al conjunto de las mismas, no ceñidas exclusivamente por tanto a las más representativas, en los términos destacados por la jurisprudencia constitucional⁴. Esta normativa debería incorporar todos los elementos del

⁴ Por todas STC 20/1985, de 14 de febrero, BOE 5 de marzo.

régimen jurídico de tales subvenciones, incluidos los controles públicos de justificación del destino de los correspondientes fondos públicos.

A pesar de tratarse, en estos términos, de aspectos diferenciados, nada obstaría a que tanto el régimen de participación institucional como el relativo al régimen económico sindical y empresarial viniera incorporado a una misma Ley andaluza, siendo incluso aconsejable por razones de oportunidad política que así se haga.

3. EL PAPEL DE LA CONCERTACIÓN SOCIAL ANDALUZA

El desarrollo de una extensa e intensa concertación social en Andalucía constituye una de las señas de identidad más marcada de nuestro marco autonómico de relaciones laborales. Desde sus inicios precisamente hubo una intensa predisposición por parte de la Administración autonómica a incorporar a las organizaciones sindicales y empresariales al consenso social en el diseño de las políticas públicas desarrolladas en el ámbito de la Comunidad Autónoma. Aunque el primer acuerdo que oficialmente recibe la consideración formal de texto de concertación social se remonta al año 1993, ya con anterioridad se asentaba una larga estrategia política y social de interlocución entre las organizaciones sindicales y empresariales, de un lado, y el poder político, de otra parte, en orden a consensuar las políticas económicas y sociales acometidas por la Junta de Andalucía. Baste con aludir al efecto a la muy temprana constitución del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en el año 1983, en cuyo seno se ha desplegado una intensa actividad de concertación de las políticas laborales y de empleo en el ámbito de la Comunidad Autónoma. A partir de ese germen inicial, la concertación social se fue extendiendo al ámbito de otras muchas políticas sectoriales autonómicas, comenzando por las de carácter más social y avanzando con el tiempo a todas aquéllas que tuvieran algún componente de impacto económico, que realmente acaban siéndolo la práctica totalidad de las acometidas por las competencias asumidas por la Administración autonómica.

En todo caso, una vez asentada la práctica de concertar con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas el conjunto de las políticas sectoriales, acompañado del correspondiente aparato de participación institucional al que hemos aludido con anterioridad, en una segunda fase se procede a estructurar de forma armonizada y con tendencia a proyectarlo para una completa legislatura el proceso de concertación social general. Eso es lo que se lleva a cabo a partir de 1993, por medio del Acuerdo para el Desarrollo Económico y Social de Andalucía, con vigencia hasta diciembre de 1994⁵. A

⁵ Acuerdo de 17 de mayo de 1993: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_499_0.pdf

partir de ese instante se han sucedido sin solución de continuidad otros tantos Acuerdos, hasta llegar al momento presente en el que se están iniciando las negociaciones para la celebración del VII Acuerdo de Concertación Social: el Pacto Andaluz por el Empleo y la Actividad Productiva con vigencia hasta diciembre de 1996⁶, el Pacto por el Empleo y el Desarrollo Económico de Andalucía con vigencia hasta diciembre de 1998⁷, el IV Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, Pacto por el Empleo y la Actividad Productiva con vigencia hasta final de la legislatura en la que se celebró⁸, el V Acuerdo de Concertación Social de Andalucía con vigencia hasta final de 2004⁹, y finalmente el VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía con vigencia hasta diciembre de 2008¹⁰.

Elemento ya destacado, pero en el que conviene insistir, es que todos y cada uno de estos seis Acuerdos de concertación social han sido celebrados por los mismos interlocutores, es decir, además del Presidente de la Junta de Andalucía las tres organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma. Ello le ha otorgado una manifiesta continuidad en la orientación de objetivos y contenidos a los referidos acuerdos de concertación.

Estos procesos de concertación social han reforzado la cultura del consenso entre los interlocutores sociales. Al igual que sucede respecto de la actitud de los poderes públicos favorables a la concertación, esa misma lógica se ha de presentar entre los propios agentes sociales, en clave de predisposición a participar en la misma, tanto en lo que supone de voluntad de influir sobre el poder político por esta vía, como sobre todo de asumir las correlativas responsabilidades que todo ello comporta. En efecto, embarcarse en un proceso de concertación tiene para las organizaciones sociales que lo protagonizan enormes ventajas, particularmente en el plano de incrementar su grado de influencia política, pero de igual forma presenta sus cargas o condicionamientos. Desde este punto de vista, la premisa no reside tan solo en un comportamiento de lealtad en el desarrollo del diálogo social entre las partes, que también, sino principalmente que entre los agentes sociales esté asentada la cultura del

⁶ Acuerdo de 13 de febrero de 1995: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_500_0.pdf

⁷ Acuerdo de 21 de abril de 1997: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_501_0.pdf

⁸ Acuerdo de 25 de mayo de 1999: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_502_0.pdf

⁹ Acuerdo de 23 de mayo de 2001: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_503_0.pdf

¹⁰ <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/concertoSocial/doc/Texto.pdf>

consenso, lo cual no excluye la permanente actitud de defensa de los intereses propios ni se contradice con la posible adopción de ciertas medidas de presión colectiva expresión de una situación de confrontación. Eso sí, de lo que se ha de ser consciente es que hay modelos antagónicos que, como tales, se llegan a presentar como alternativos y no como complementarios. Me refiero a otros sistemas incompatibles con las fórmulas de concertación, donde las partes prefieren acentuar las actitudes de conflicto más o menos generalizado o, por mejor expresarnos, donde prefieren adoptar medidas de presión social desde fuera como instrumento de influencia siempre desde el exterior sobre el poder público, a los efectos de condicionarle en sus decisiones, insistimos, siempre por canales al margen de lo institucional que no implican comunicación directa, por tanto sin llegar a asumir compromisos de adhesión a una decisión del poder político, que siempre será al final presentada como unilateralmente adoptada. Digamos que ésta es la clave alternativa en la que juega el binomio concertación – conflictividad permanente. Insistimos, lo anterior no implica que en la concertación deje de estar presente la conflictividad, no sólo latente sino también expresa por medio de concretas medidas de presión; pero sí que esas expresiones de conflictividad —reales o de mero amago de llevarlas a cabo— no constituyen una finalidad en sí mismas, pues son meramente instrumentales para lograr una posición de mayor protagonismo e influencia en el proceso de concertación. En suma, que la cultura del consenso entre las organizaciones sociales que intervienen en el proceso de concertación comporta aceptar de antemano la hipótesis final del acuerdo, que conduce como tal al apoyo a su contenido y, por ende, a la defensa pública de la decisión política que pueda producirse en ejecución de los compromisos que incluye. Al final, la concertación social que desemboca en un éxito, supone influencia en el resultado pero también renuncias, supone la típica dialéctica del “*do ut des*”, lo que necesariamente implica asunción de responsabilidades. Es en esa línea que se puede hablar de conformación de unos agentes sociales maduros que manifiestan su predisposición a asumir las responsabilidades que como resultado puede implicar la concertación social.

Como efecto derivado de este proceso de articulación global, el protagonismo que tienen en el mismo los agentes sociales en la cúspide, favorece un reforzamiento en paralelo de la articulación del tejido social representativo. Se trata de un efecto dialéctico de doble impulso, en el sentido de que la intervención de los agentes sociales en la cúspide uniforma los contenidos de las políticas públicas, mientras que coetáneamente ello otorga mayor protagonismo a quienes intervienen como representantes de los intereses colectivos y los convierte en interlocutores preferentes. De este modo asienta y solidifica la capacidad de los agentes sociales de intermediación de los intereses de grupo, con lo cual los consolida como tales organizaciones sociales. De un lado, ello

les refuerza en la gestión interna de su organización, facilitando las labores de liderazgo del conjunto de la asociación, sea ésta sindical o empresarial. De otro lado, también les otorga un lugar de preeminencia representativa en el conjunto del tejido social, frente a muchas otras organizaciones menores de representación de intereses particulares que como satélites giran en torno al mundo de las relaciones laborales, pero que tienden a actuar prevalentemente extramuros del mismo.

En ocasiones la concertación social en el ámbito autonómico también se ha utilizado como instrumento de reforzamiento de la intervención regulativa de las Comunidades Autónomas, no de forma directa en base a sus competencias legislativas, sino en base al amplio juego del que goza la autonomía colectiva a través del uso de la negociación colectiva y, en particular, de los acuerdos interprofesionales. Dicho con simplicidad, algo sobre lo que no pueden intervenir directamente en el momento regulativo como tales poderes autonómicos, lo logran indirectamente por vía de la negociación colectiva, predispuesta ésta a su vez a través de la concertación social autonómica. El caso más elocuente de todos los conocidos ha sido el relativo a la instauración de los diversos sistemas autonómicos de solución de los conflictos laborales, cuya implantación se ha materializado por medio de acuerdos interprofesionales celebrados entre las organizaciones sindicales y empresariales de ámbito autonómico, si bien se puede considerar como una experiencia de concertación social por cuanto que en todos los casos de forma más o menos inmediata también ha intervenido la Administración autonómica en la generación de estos acuerdos interprofesionales.

No obstante, este ejemplo paradigmático también puede ser un exponente de cómo a la postre se trata más de una tendencia centrífuga en lo formal, que acaba siendo centrípeta en lo material. En efecto, si se analizan comparativamente los contenidos de esos acuerdos interprofesionales autonómicos, se percibe inmediatamente su intensa similitud, de modo que puede intuirse fácilmente que pueda existir una “garganta profunda” que ha susurrado a las organizaciones sociales a nivel autonómico el tenor que debían tener tales textos. Y, en efecto, también en estos casos muchas veces al final se ha logrado la articulación y canalización global, por la vía de desarrollar la concertación social a nivel estatal con carácter previo, con lo cual la concertación autonómica acaba siendo una implementación de la previamente desarrollada en el ámbito estatal.

4. LA NECESARIA CONVERGENCIA DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL EN ANDALUCÍA

Del conjunto de elementos institucionales clave que integran el marco autonómico andaluz de relaciones laborales, la negociación colectiva consti-

tuye aquél respecto del que se aprecia un menor impacto de transformación y de adaptación a la configuración de un nuevo ámbito de actuación por parte de los interlocutores sociales. Esa menor influencia del marco autonómico se aprecia tanto en lo que se refiere a los contenidos de los convenios colectivos, como en lo que afecta a la estructura de la negociación colectiva; puede que la mayor incidencia se produzca a resultas de la implantación del sistema andaluz de resolución de conflictos laborales, si bien ello lo abordaremos en apartado independiente por ser una materia que ha adquirido identidad y trascendencia propias.

Presenta una menor influencia el marco autonómico sobre los contenidos de la negociación colectiva, en la medida en que son esencialmente factores extraautonómicos los que repercuten sobre los cambios que se observan en lo negociado por los convenios colectivos que se pactan dentro del territorio andaluz. Ante todo, se trata de factores supraautonómicos los que en esta materia producen un mayor impacto sobre los cambios que se pueden observar en la evolución de los contenidos de los convenios colectivos.

De un lado, la atribución como competencia exclusiva al Estado de todo cuanto refiera a la legislación laboral determina que hayan sido en las últimas décadas sobre todo las sucesivas reformas laborales las que mayor influencia hayan tenido sobre los cambios en las condiciones de empleo y de trabajo pactadas en los convenios colectivos; los espacios materiales de negociación colectiva han sido predeterminados esencialmente por la normativa estatal, ha sido ésta también la que ha efectuado las ampliaciones o remisiones a ámbitos nuevos de negociación por parte de los convenios colectivos, siendo a la postre quien ha impulsado cierto tipo de nuevas materias o de cambios en los contenidos clásicos de los convenios colectivos para el conjunto del territorio español. En sentido negativo, la ausencia de competencias normativas en este campo por parte de la Administración andaluza no ha propiciado la presencia de contenidos singulares o diferenciales de los convenios colectivos andaluces, comparativamente con los que se han ido firmando en el territorio de otras Comunidades Autónomas.

De otra parte, y por añadidura, la influencia destacada en otras ocasiones de los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva en los últimos años ha marcado pautas muy significativas de homogeneización de los contenidos de los convenios colectivos en los diferentes ámbitos, incluidos aquellos negociados en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Desde este punto de vista tales Acuerdos de ámbito estatal han desplegado una labor complementaria y en paralelo de reforzamiento de líneas comunes en los contenidos del conjunto de la negociación colectiva, que han acentuado la coherencia de nuestro sistema negocial y, por efecto derivado, no ha favorecido cierto tipo de tendencias centrífugas hacia la creación de peculiaridades negociales en los

ámbitos autonómicos. Particularmente, la política de rentas, las tendencias en materia de jornada de trabajo, así como de intervención de la negociación colectiva en materia de especialidades de las diferentes modalidades de contratación laboral, han venido marcadas por tales Acuerdos de ámbito estatal y, con ello, con fuerte tendencia a la convergencia de contenidos para el conjunto de España.

Ni siquiera en aquellas etapas en las que no se han logrado acuerdos en la cúspide entre las grandes confederaciones sindicales y empresariales de los mencionados con anterioridad se han producido vacíos de intervención en el ámbito estatal que hayan invitado a cubrir tales lagunas con intervenciones sustitutivas por parte de los interlocutores sociales en el correlativo ámbito autonómico. Cuando, por uno u otro motivo, tales acuerdos interconfederales no han sido posibles, los mismos han sido sustituidos por la elaboración de documentos estatales redactados unilateralmente por la CEOE y bilateralmente entre UGT y CCOO, de modo que cada uno de ellos por su parte han marcado las estrategias de negociación en las diferentes unidades de negociación colectiva, dictando los criterios a seguir por sus respectivas organizaciones inferiores a la hora de participar en las diversas mesas de negociación colectiva. Lo más decisivo desde la perspectiva que estamos analizando aquí reside en que la carencia de Acuerdo estatal ha venido a ser sustituida por otra serie de instrumentos que igualmente han actuado a nivel estatal, pero nunca por fórmulas sustitutorias a nivel inferior; y, por añadidura, esas pautas de actuación marcadas desde las organizaciones en la cúspide han adquirido grados asimilados de eficacia y capacidad de impacto, que ha provocado el efecto reflejo de bloquear cualquier tipo de propuesta de actuación autónoma a niveles inferiores.

Y, desde luego, si en alguna ocasión se han producido fenómenos de actuación autónoma, con criterios independientes a los fijados en el ámbito estatal, ello al menos por lo que se refiere a Andalucía nunca se ha verificado en el ámbito territorial autonómico. Si tales fugas se han producido lo han sido más bien en supuestos residenciados en el nivel empresarial o en algunos sectores muy predeterminados.

A la postre, la correlación organizativa entre las asociaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal, de un lado, y a nivel autonómico, de otra parte, han reforzado ese resultado de eficacia aplicativa de lo predeterminado en la cúspide, bien lo haya sido a través de Acuerdos Interconfederales o bien se haya debido a documentos propios elaborados por las respectivas organizaciones.

A resultas de todo lo anterior, en ningún momento ha habido atisbos de iniciativas de celebración en el ámbito andaluz de Acuerdos Autonómicos de Negociación Colectiva, comenzando por la ausencia de predisposición para acometerlos por parte de quienes hipotéticamente serían los protagonistas del

correspondiente proceso negocial. Más aún, ni siquiera ello se ha llegado a producir por vía indirecta a través de la concertación social. En efecto, los contenidos de la concertación social se han centrado casi exclusivamente en el diseño y en la programación de las políticas públicas autonómicas, dejando de lado por omisión cuanto pudiera afectar a los contenidos de los convenios colectivos negociados en el territorio andaluz. El discurrir de los contenidos de los convenios colectivos se ha considerado tanto a nivel estatal como autonómico esfera propia de la bilateralidad entre representantes de empresarios y sindicatos, nunca de la trilateralidad que implicase la incorporación junto a los anteriores de la Administración Pública. Si acaso ello se ha producido por vías indirectas, pero desde luego no en el marco autonómico y menos a través de la concertación social.

La única experiencia que se podría mencionar a estos efectos en la materia que venimos comentando se cifra en un conjunto de actuaciones que se vienen desplegando en el marco del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, de las cuales destacaríamos sobre todo dos de ellas.

La primera consiste en una labor en principio absolutamente neutra y de carácter estrictamente técnico: la confección de lo que podríamos denominar cláusulas “tipo” de regulación de determinados contenidos convencionales. A resultas de una labor previa de realización de estudios de los contenidos del amplísimo clausulado de los convenios colectivos vigentes, en ocasiones se elabora una base de datos en la que se recogen redacciones típicas de determinadas materias. Incluso dicha base de datos no se limita a una reproducción literal de las cláusulas realmente existentes, sino que vienen a ofrecer una propuesta de redacciones alternativas. Ello puede ser de notable utilidad, si este tipo de cláusulas “precocinadas” se pone a disposición de las partes con vistas a lograr una mejor depuración técnica y un mayor perfeccionamiento legal de su contenido, sin pretender en modo alguno decantarse a favor o en contra de las pretensiones de una u otra de las partes de las mesas de negociación colectiva. Se trata meramente de ofrecerles a los negociadores unas herramientas de trabajo desde el punto de vista técnico, de forma que una vez alcanzado el acuerdo de fondo entre los negociadores, éstos utilicen una redacción correcta en lo técnico en cuanto al alcance de lo comprometido, sin riesgos de falta de claridad respecto de su sentido ni de imputaciones de ilegalidad de lo firmado.

La segunda de ellas, de mayor calado consiste la elaboración en seno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales de documentos de muy diversa confección, a través de los cuales los interlocutores sociales manifiesten puntos de vista comunes que les lleven a sugerir determinadas reformas del panorama vigente de la negociación colectiva. A través de tales documentos lo que se recogen expresamente son “recomendaciones”, y éste suele ser exactamente el término empleado en la denominación del documento, sobre contenidos que

consideran conveniente que se incorporen al clausulado de los convenios colectivos, incluido el enfoque concreto que deben tener tales cláusulas. La tendencia es la de concentrarse en materias concretas, sobre las que suelen existir mayores puntos de coincidencia y que no constituyen puntos calientes de enfrentamiento de las partes en los procesos negociales. Entre los textos de mayor relevancia alcanzados en los últimos años se pueden mencionar recomendaciones en materia de instrumentos convencionales de contratación indefinida y sumisión a los sistemas de resolución de conflictos¹¹, fomento del empleo¹², actuaciones en materia de eliminación de todo tipo de tratamientos discriminatorios¹³, particularmente por lo que se refiere a las todavía presentes desigualdades de trato entre hombres y mujeres¹⁴, de personas con discapacidad¹⁵, de políticas de integración en materia de inmigración¹⁶, en materia de prevención de riesgos laborales¹⁷.

Desde el punto de vista de su eficacia jurídica con ello ni se pretende suplantar la libertad de los negociadores ni tampoco se busca desarrollar en paralelo procesos estrictos de negociación colectiva con vinculabilidad jurídica. Dicho de otro modo, a lo más que se llega es a asumir determinados compromisos entre caballeros, de alcance primordialmente político. Pero en igual medida me interesa resaltar que la negación de su vinculabilidad jurídica no tiene por qué desmerecer de la eficacia de los mismos, por cuanto que lo rele-

¹¹ Recomendaciones de 16 de diciembre de 2005, para la negociación colectiva en materia de incentivos autonómicos a la contratación indefinida y sumisión al Sercla de los conflictos colectivos y de determinados conflictos individuales,

http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_423_0.pdf

¹² Recomendaciones para la negociación colectiva de la Comisión de contratación y empleo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en el marco del VI Acuerdo de Concertación Social, Temas Laborales nº 92, pgs. 285 ss., http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_594_0.pdf

¹³ Recomendaciones de la Comisión de Igualdad del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en el marco del VI Acuerdo de Concertación Social en materia de no discriminación e igualdad de trato y oportunidades, http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_655_0.pdf

¹⁴ Recomendaciones en materia de igualdad de género dirigidas a los negociadores de los convenios colectivos, en el marco del Acuerdo Andaluz de Concertación Social, Temas Laborales nº 91, pgs. 369 ss.

http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_357_0.pdf

¹⁵ Recomendaciones para la Negociación Colectiva en Materia de Personas con Discapacidad http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_632_0.pdf

¹⁶ Recomendaciones de la Comisión de Inmigración del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en el marco del VI Acuerdo de Concertación Social y el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007, Temas Laborales nº 92, pgs. 281 ss.

http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_593_0.pdf

¹⁷ Recomendaciones para la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales. http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_633_0.pdf

vante a la postre es el grado de efectividad o impacto que se logre por medio de los mismos. El documento suele redactarse, tal como hemos indicado, en forma de recomendaciones que las representaciones sindicales y empresariales en el ámbito autonómico dirigen al conjunto de los integrantes de las mesas de negociación colectiva que firman los convenios en la correspondiente Comunidad Autónoma. Naturalmente que idénticos objetivos podrían lograr las partes a través de otros instrumentos más generalizados en el ámbito estatal, como podría ser la celebración de un Acuerdo interprofesional para materias concretas, de naturaleza obligacional, por medio de los cuales las partes asumen el compromiso de llevar esos contenidos a las respectivas mesas de negociación, obligándose por tanto a influir sobre sus representantes en esas mesas. Sin embargo, si adoptan esta otra fórmula los interlocutores sociales es precisamente porque desean acentuar el carácter más político de sus compromisos. Más aún, en muchas ocasiones se quiere evitar por diversos motivos una forma tan institucionalizada como es la propia de los Acuerdos interprofesionales: en unas ocasiones la preferencia por compromisos más *lights* en el seno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales se debe a que los protagonistas de los mismos son organizaciones representativas en todo el conjunto del Estado, que no desean propiciar la emergencia de niveles autonómicos de negociación colectiva; en otras ocasiones ello se debe a una voluntad de no imponer jerárquicamente ciertos resultados desde las cúspides de las organizaciones frente a los integrantes de las mesas negociadoras o, incluso, si se quiere visto desde otro punto de vista, aceptación implícita de su limitada capacidad real de marcar pautas a sus representantes en las mesas, de modo que utilizan conscientemente el instrumento institucional de los Consejos como vía de reforzamiento de su propia legitimidad de convencimiento acerca de los contenidos a introducir en los referidos convenios; frente a sus carencias de auténticos poderes de imposición a través de los mecanismos internos de la estructura de cada organización, utilizan el vehículo indirecto del Consejo como institución.

Más allá de la existencia de este tipo de actuaciones y, en particular, de las recomendaciones alcanzadas en el seno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, falta por efectuar en estos momentos el contraste de resultados obtenidos en la práctica de la labor llevada a cabo en este nivel. De un lado, no puede ocultarse que en muchas de sus redacciones, además de meras recomendaciones los textos contienen meras declaraciones programáticas de principios que dicho con toda sinceridad llegan a constituir meros lugares comunes que no permiten una traslación a lo concreto en los clausulados de los convenios colectivos. De otro lado, en aquellos puntos en los que los documentos descienden al terreno más de lo concreto, sí que sintonizan con los objetivos generales de ciertas reformas legales, pretendiendo su efectiva implementación a través de la negociación colectiva. Aunque a estas alturas resulta muy breve el tiempo

transcurrido desde la concertación de dichas recomendaciones, sería muy oportuno comenzar a efectuar un balance de resultados, comprobando en qué medida se percibe una real alteración de los contenidos de los convenios colectivos celebrados en el territorio andaluz a impulso de lo propuesto en tales recomendaciones. Aunque sea con un carácter meramente intuitivo, mi impresión es que el impacto de las referidas recomendaciones está siendo muy escaso y probablemente de no cambiar ciertas actitudes o estrategias seguirá siéndolo en el inmediato futuro.

Indicábamos al inicio que la influencia del marco autonómico de relaciones laborales había de abordarse tanto desde la perspectiva de los contenidos de los convenios colectivos como desde el punto de vista de la estructura de la propia negociación colectiva.

Por lo que afecta a la estructura negocial la conclusión puede ir de igual forma en la línea de valorar que el impacto del marco autonómico en Andalucía ha sido bastante reducido. Ante todo ha de tenerse en cuenta que la estructura de nuestra negociación se encontraba muy afianzada en los momentos de implantación de nuestro actual modelo democrático de negociación colectiva. De este modo, en el momento de entrada en vigor de la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores, en su versión de 1980, había en esencia tres ámbitos típicos de negociación: el sectorial estatal, el sectorial provincial y el empresarial. El equilibrio de juego de esos tres niveles se ha podido escorar con el paso del tiempo hacia una u otra dirección, aunque sea más con matices que otra cosa, pero sobre todo cabe afirmar que se mantiene la referencia a esos tres niveles como los determinantes de nuestra estructura negocial. Dicho en sentido contrario, salvo muy contadas excepciones, no ha llegado a surgir un nuevo ámbito de negociación en nuestra estructura identificable con el correspondiente al territorio de la Comunidad Autónoma, conclusión particularmente acentuada en el caso de Andalucía. Es cierto que si se acude a ciertas presentaciones estadísticas de la estructura de la negociación colectiva, en ocasiones se ofrece una referencia a lo que se denominan como convenios colectivos autonómicos. Sin embargo, apenas que se descienda a la comprobación del tipo de convenios colectivos que se integran dentro de esta concreta categoría, inmediatamente se observa que en realidad alude a convenios colectivos pactados en Comunidades Autónomas uniprovinciales, con lo cual en realidad no se trata sino de una pervivencia de los esquemas más clásicos del convenio colectivo provincial, sólo que cambiados en la denominación o sistemática estadística de los mismos, a nuestro juicio errónea o que cuando menos induce al error, que es obligado despejar.

Por ello, en el caso de aquellas Comunidades Autónomas de mayores dimensiones, con un número significativo de provincias integradas en su territorio, las experiencias de negociación colectiva sectoriales se siguen concen-

trando en el nivel provincial, siendo muy reducidas las experiencias de convenios colectivos propiamente de ámbito autonómico. Así, por ejemplo, para el año 2008, de un total de 558 convenios colectivos vigentes celebrados en el territorio andaluz, tan sólo 39 merecen el calificativo de “interprovinciales”, que vendrían a ser en los que presuntamente se integrarían los propiamente “autonómicos”; se trataría de convenios que afectarían a 537 empresas respecto de un total de 180.180 y a 36.584 trabajadores de un total de 1.081.491 incluidos dentro del ámbito de aplicación de estos convenios colectivos interprovinciales¹⁸.

Pero incluso la cifra estadística de referencia a nuestro juicio se encuentra en cierta medida sobredimensionada, cuando menos por dos motivos. De un lado, porque en un elevado número de supuestos, que pueden situarse en torno a los 22 convenios colectivos, en realidad se trata de convenios colectivos que no son sectoriales, sino que en realidad se trata de convenios colectivos de empresas y singularmente de empresas públicas vinculadas a la Administración de la Junta de Andalucía; por tanto, el grueso de las experiencias autonómicas de negociación colectiva se encuentran estrictamente vinculadas a la conformación propiamente de la Administración autonómica y no a una realidad propiamente sectorial en la estructura negocial. De otro lado, incluso en algunos de los casos de los convenios que pueden merecer su calificación como convenios sectoriales, su alcance territorial es limitado, no propiamente de ámbito autonómico, sino extendido a algunas de las provincias andaluzas y de ahí que la categoría estadística apele a la denominación de interprovinciales. A resultas pues de estas minoraciones, al final podemos identificar no más de diez convenios colectivos que se correspondan con el carácter estrictamente de autonómicos, que como tales comporten la emergencia de nuevas unidades negociales en el ámbito territorial del conjunto de la Comunidad Autónoma andaluza. Por último, en esa escasa decena de convenios colectivos, se puede afirmar que los mismos no engloban sectores relevantes de nuestro mercado de trabajo y, por tanto, no abarcan un elevado número de trabajadores dentro de su ámbito de aplicación¹⁹.

¹⁸ Negociación colectiva en Andalucía. Informe del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales para 2008.

¹⁹ Salvo error u omisión, tales convenios colectivos sectoriales de ámbito autonómico serían los siguientes: Grúas móviles autopropulsadas, autotaxi, empresas de gestión del taxi de Andalucía, estacionamiento de vehículos en la vía pública mediante control horario, transporte de enfermos y accidentados de ambulancia, doblaje y sonorización, productoras audiovisuales de Andalucía. A tal efecto, cfr. <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/historico/1stContenidos.asp>

Dos razones explican, a nuestro juicio, en esencia ese resultado constatado de pervivencia de los esquemas tradicionales y, en particular, de casi marginalidad de la aparición del nivel autonómico en nuestra estructura de la negociación colectiva. De un lado, que los nuevos escenarios que han ido surgiendo en los últimos tiempos, a resultas de sectores emergentes y de cambios significativos en la estructura de la negociación colectiva lo han sido por la vía de la conformación de unidades negociales a nivel estatal. Esas nuevas realidades, por tratarse de actividades empresariales particularmente innovadoras y novedosas se insertan dentro de un mercado de trabajo unitario a nivel estatal y, por ende, han tendido a crear unidades negociales en paralelo a nivel estatal, que no solamente evitan tradicionales ámbitos inferiores sino que igualmente eluden la conformación de unidades autonómicas. La voluntad de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, aunque no expresa, sí que resulta muy influyente en esa conformación: allí donde no existe un espacio negocial ya ocupado y difícil de alterar, los negociadores se decantan claramente por el ámbito estatal.

De otro lado, respecto de los ámbitos preexistentes y más tradicionales, resulta bien conocida por todos la fuerte inercia y, por ende, intensa tendencia a la petrificación de la estructura negocial implantada desde bastantes décadas atrás. En particular, se observa una fuerte resistencia a ceder terreno aquellas unidades sectoriales consolidadas a nivel provincial. Si acaso, las correcciones que se han podido efectuar a ello han sido las correspondientes a la fijación de cierto tipo de pautas de homogeneización por vía de Acuerdos Interprofesionales; esos sí, de acuerdos estos últimos pactados en el ámbito estatal, que de nuevo y una vez más orillan el ámbito autonómico. En definitiva, cuando menos por lo que se refiere al caso andaluz, la preexistencia y resistencia de los concretos protagonistas de la negociación sectorial provincial constituye la rémora por excelencia para una posible creación de una realidad negocial en el ámbito estricto de la negociación autonómica.

Y, sin embargo, a nuestro juicio, la vía oportuna y aconsejable de asunción de protagonismo en nuestra estructura negocial de los posibles convenios colectivos de ámbito andaluz vendría necesariamente por la vía de asunción por parte de éste del espacio actualmente ocupado por la negociación sectorial provincial. En tanto que no exista una decidida opción política por la sustitución del ámbito provincial por el autonómico, cualquier otro intento de conformación del ámbito autonómico está destinado al fracaso o bien a una introducción de mayores dosis de complejidad injustificada en nuestra estructura de la negociación colectiva. A estas alturas, la tendencia a la conformación de un tejido empresarial de ámbito andaluz y la paralela tendencia hacia la convergencia de condiciones de trabajo en el conjunto del territorio andaluz recibirían un fuerte respaldo si se avanzara en esa línea de progresiva sustitución de la negociación provincial por la correspondiente autonómica.

En esa línea lo único que se ha avanzado es en el desarrollo de algunos estudios comparativos de la realidad negocial en ciertos sectores en Andalucía. A veces se han llegado a constituir Comisiones de trabajo que allanen el camino, una vez más desde el punto de vista técnico, con el objetivo de simplificar ciertas estructuras de la negociación colectiva injustificadamente descentralizadas. Así, de nuevo en el seno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales se ha constituido una Comisión de racionalización y articulación de la negociación colectiva, asumiendo labores de estas características. A título de ejemplo, se podría mencionar la presencia en ciertas provincias de una pluralidad notable de convenios sectoriales del comercio según el contenido de los productos objeto de venta por los diversos negocios, lo que deriva en esfuerzos negociales acumulados por parte de los mismos representantes, duplicidades de textos convencionales innecesarias y solapamientos que llevan a inseguridades respecto de concretas actividades empresariales plurales en lo comercial en cuanto al convenio colectivo que les resulta de aplicación. Otro caso emblemático sería el correspondiente al sector de transportes de viajeros, donde precisamente por su ámbito de actuación tiende a tratarse de empresas implantadas en varias provincias, en algunos casos no desbordando el territorio andaluz, en la medida en que actúan a resultas de concesiones administrativas concedidas por la propia Administración andaluza²⁰.

El método en estos supuestos comporta la conformación de un preacuerdo, no necesariamente formalizado, en cuanto a la oportunidad de llevar a cabo dicha simplificación de unidades negociales. A partir de ese preacuerdo, se hace imprescindible una ardua labor de estudio comparativo de los diversos contenidos de los convenios colectivos que se pretenden refundir, en cuanto sobre todo a similitudes y diferencias de condiciones de trabajo. Se trata de una labor no menor, a la vista de la complejidad que puede presentar en algunos casos la valoración del alcance de ciertas regulaciones convencionales, como pueden ser a mero título de ejemplo los sistemas variados de organización del tiempo de trabajo o de pluralidad de las estructuras salariales en casos concretos. El resultado puede ser un puzzle completo que ensamble los diversos textos de los convenios, que al final facilite la labor negocial que siempre deberá existir en orden a la convergencia de los diversos textos convencionales; incluso en algunos casos no es descartable que de ese puzzle de acordes y desacordes se opte, cuando menos en una primera fase, por un texto convencional que juegue de una parte, con un tronco común de regulación para el conjunto de las empresas, y de otra parte, con clausulados propios específicos para lo

²⁰ Cfr. Informe del sector transporte de viajeros por carretera en la negociación colectiva andaluza, http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/estatico/1_510_0.pdf

que en su origen eran unidades negociales autónomas. Es precisamente esa labor de estudio comparativo la que se intenta realizar en el seno de Comisiones constituidas *'ad hoc'* en el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, dirigidas y organizadas por los propios interlocutores sociales con vistas a evitar cualquier tipo de suspicacias respecto de posibles ingerencias ocultas por parte de la Administración Laboral. En este complejo proceso de fomento de la simplificación de la estructura negocial, los representantes de las partes en el Consejo pueden llegar a intervenir en una tercera fase en un procedimiento no jurificado dirigido a la fusión de convenios; me refiero a la posibilidad de que los interlocutores sociales puedan efectuar una labor de mediación entre los que en el pasado han integrado las comisiones negociadoras de los convenios colectivos a fusionar; en algunas ocasiones los sujetos que negocian no coinciden plenamente e incluso si se repiten en lo sustancial necesitan de un impulso externo que les convenza de las bondades de materializar la buscada fusión de ámbitos negociales, labor que pueden hacer con cierta legitimidad los propios interlocutores sociales situados en ámbitos intersectoriales más amplios.

5. EL DESARROLLO DEL SISTEMA AUTONÓMICO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Sin lugar a dudas, la implantación y efectivo desarrollo de los procedimientos de solución de conflictos colectivos constituye el resultado de mayor éxito y eficacia en el desarrollo de las relaciones laborales en Andalucía. A pesar de su relativa corta vida, los Acuerdos Interprofesionales que le han dado vida, con inusitada rapidez se han consolidado en la realidad sindical y empresarial andaluza, con un notable impacto resolutivo en el abordar vías de solución para los conflictos laborales que se han suscitado en los diversos ámbitos territoriales y sectoriales que han surgido desde su entrada en vigor²¹. En particular, han tenido una gran extensión los procedimientos de mediación contem-

²¹ Acuerdo Interprofesional para la Constitución del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía de 3 de abril de 1996 (BOJA 23 de abril de 1996). Reglamento de funcionamiento y procedimiento del sistema extrajudicial de resolución de conflictos colectivos laborales en Andalucía (BOJA 4 de febrero de 2004). Acuerdo por el que se instaura un sistema de solución de determinados conflictos individuales en el seno del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, y como consecuencia se produce un cambio de denominación del sistema que pasa a ser la de Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía de 4 de marzo de 2005 (BOJA 8 de abril de 2005). Reglamento que desarrolla Acuerdo Interprofesional por el que se instaura un sistema de solución de conflictos individuales en el seno del Sercla (BOJA 16 de marzo de 2009), con vigencia desde junio de 2009.

plados en el Acuerdo Interprofesional para la resolución de los conflictos laborales, con una perceptible intensa tasa de éxito en su intervención.

El sistema se configura a imagen y semejanza en lo sustancial a los correlativos procedimientos constituidos tanto a nivel estatal como en el ámbito del resto de las Comunidades Autónomas. En particular, y por lo que refiere a los conflictos colectivos, su identidad es muy acentuada en lo que se refiere al tipo de conflictos objeto de tratamiento y canalizados a través de los procedimientos en ellos contemplados. Del mismo modo, las similitudes son también bastante notables en la articulación de la mediación como instrumento por excelencia de intervención de un tercero en la resolución de conflictos, con una función justificadamente secundaria del arbitraje, pero sin descartarlo y con una tramitación bastante parecida en ambos casos respecto de lo contemplado en el resto de los sistemas estatales y autonómicos.

En todo caso, en el caso andaluz, aunque sea con matices dignos de mención, también se aprecian ciertas singularidades, que marcan sus señas de identidad comparativa con otros sistemas. Sin poder entrar en la pormenorización ni la descripción en detalle de los contenidos de estos procedimientos, sí cuando menos merece la pena apuntar algunas de las especialidades más destacadas presentes en el modelo andaluz, articulado a través del Sercla.

Aunque sea comenzando por el final en el *iter* temporal de las novedades, es obligado resaltar la extensión del ámbito de actuación del Sercla a los conflictos individuales, espacio por naturaleza obviado por el sistema estatal y tan sólo incorporado en algunas Comunidades Autónomas, que en la mayoría de las ocasiones se han circunscrito a los conflictos colectivos laborales. En el caso andaluz, los conflictos individuales se han ido incorporando con notable precaución y cuidado para evitar ciertos errores de pasado: en una primera fase experimental para concretas provincias y de carácter voluntario bien con consentimiento expreso de los interesados o bien por vía de sumisión por parte de los negociadores del convenio o de acuerdo de empresa²²; sucesivamente extendido a la totalidad del territorio andaluz y con aplicación automática al conjunto de los sectores, de modo que se convierte en trámite preceptivo y previo a la vía judicial para los asuntos objeto de actuación por parte del Sercla. Sobre todo con ello se pretende actuar sobre espacios que aunque motivo de conflictos individuales, no tengan un carácter prototípico de litigio judicial, propenso a la resolución como actividad jurisdiccional. A ello se añade otra nota implícita, cual es la de tratarse de discrepancias que requieren de una acelerada respuesta, poco idónea para someterse a los trámites más lentos por

²² Acuerdo de la Comisión seguimiento del Sercla de 20 de abril de 2005 (BOJA 22 de septiembre). Las tres provincias experimentales iniciales han sido Almería, Huelva y Sevilla.

mucho que se quiera lo contrario en nuestro país de la vía judicial. A tenor de ello, resulta muy elocuente la mención de las materias individuales susceptibles de ser sometidas a conocimiento del Sercla: clasificación profesional; movilidad funcional y trabajos de superior o inferior categoría; modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, traslados y desplazamientos; período de disfrute de vacaciones, licencias, permisos y reducciones de jornada, incluidos los vinculados con el cuidado de hijos y familiares. Además se aclara que en estos procedimientos se podrán resolver las pretensiones retributivas o económicas derivadas directa e inmediatamente de las reclamaciones sobre las materias precedentemente mencionadas.

El número de asuntos tramitados respecto de estos conflictos individuales hasta el momento presente es considerablemente reducido, aunque probablemente ello no resulta decisivo, a la vista de su carácter experimental, reducido en lo territorial, ceñido a asuntos muy particulares²³. Pero, sobre todo, adquiere menor importancia el número de asuntos tramitados teniendo muy presente que en estos momentos iniciales lo que se pretende principalmente es el enfoque cualitativo novedoso del instrumento de resolución de conflictos, donde se eviten los riesgos de burocratización que se han acentuado en los mecanismos de conciliación administrativa previa. El resultado más relevante al efecto se sitúa en el hecho de que la tramitación efectiva del procedimiento de mediación es considerablemente más elevada a la que se verifica ante los servicios administrativos y, en particular, también resulta bastante más elevado el porcentaje global de acuerdos alcanzados²⁴. Se califica como tramitación efectiva a aquellos supuestos en los que las partes acuden efectivamente al intento de mediación y hacen los esfuerzos pertinentes para lograr una avenencia, no limitándose a presentar la documentación como trámite formal previo a la vía judicial en la mayoría de las ocasiones sin acudir al acto de mediación.

En todo caso, el centro de atención hasta el momento presente y, con bastante probabilidad, en el futuro se ha de situar en la gestión de los conflictos colectivos, que es el medio natural de desenvolvimiento de los procedimientos de mediación y arbitraje de resolución de discrepancias laborales en el ámbito

²³ En concreto, a lo largo del año 2008, el número total de asuntos tramitados ascendió a 45, repartidos casi por igual en las tres provincias, experimentales y concentrados sobre todo en asuntos relativos a modificación sustancial de condiciones de trabajo. Memoria de actividades del Sercla para 2008.

http://www.juntadeandalucia.es/empleo/www/adjuntos/estadisticas/10_1000_Memoria_SERCLA_2008.pdf

²⁴ El número de asuntos efectivamente tramitados se situó a lo largo del año 2008 en el 51 %, al tiempo que el correlativo porcentaje global de acuerdos alcanzados ascendió al 48 %.

andaluz. Ante todo, a la vista de las dimensiones de nuestras empresas y a tenor del esquema esencialmente descentralizado de nuestra negociación colectiva, los conflictos colectivos en nuestro sistema de relaciones laborales discurren en mucha mayor medida en ámbitos territoriales reducidos, es decir, dentro del espacio correspondiente a la Comunidad Autónoma. De ahí que las cifras de conflictos abordados por el Sercla sean muy superiores a las correspondientes al sistema estatal, el Sima. Ello otorga una centralidad superior al sistema andaluz, de modo que el discurrir de éste se convierte en uno de los elementos clave de nuestro marco autonómico de relaciones laborales²⁵. Lo más relevante al efecto es que el porcentaje de éxito de las mediaciones, que constituye el procedimiento por excelencia en este sistema, ha sido considerablemente elevado, por tanto con resultados muy satisfactorios para los intereses de las partes involucradas y con palpables efectos beneficiosos de reducción de las actuaciones huelguísticas²⁶. Probablemente la razón principal de la eficacia y el éxito del sistema andaluz, además de su consolidada articulación técnica, reside en el fuerte convencimiento interno de todos los protagonistas involucrados en el procedimiento, que lo vienen impulsando con todo convencimiento de su bondad y sin ningún tipo de reservas mentales, considerándose ellos mismos como protagonistas del sistema tanto en su diseño como en su desarrollo; por tanto, asumiendo ellos mismos la responsabilidad de un deficiente funcionamiento, en su caso, del procedimiento correspondiente. La propia Administración autonómica a través de un involucrarse directamente en la gestión del sistema, refuerza su interés por el éxito del Sercla.

Como apuntamos, la esencia del esqueleto del sistema andaluz se identifica con los existentes en paralelo tanto en el ámbito estatal como en el resto de las Comunidades Autónomas; similitudes que se aprecian tanto en el tipo de asuntos tramitados por esta vía, como en las reglas de tramitación previstas para el desarrollo del procedimiento; coincidiendo igualmente en la regla extendida de la generalizada preferencia por la mediación, con una intervención justificadamente muy menor aunque ciertamente complementaria y enriquecedora de los arbitrajes. Por ello, las especialidades son las menos y, a nuestro juicio, salvo algún dato que resaltaremos, las mismas no constituyen los elementos más influyentes a la hora de valorar la eficacia y éxito del sistema.

En todo caso, merece la pena resaltar los que a mi juicio constituyen los elementos más singulares y señas de identidad del sistema andaluz.

²⁵ Tal es así que a lo largo de 2008 el número total de asuntos tramitados se elevó a 944, afectando a un total de 849.500 trabajadores y a 91.734 empresas.

²⁶ En concreto, de nuevo para el último año 2008, el porcentaje de avenencia con carácter general para todos los asuntos y para todas las provincias se situó en el 52 %, refiriendo a un total absoluto de 375 asuntos, que afectaron a 25.865 empresas y 219.553 trabajadores.

En primer lugar, apuntaría al hecho que a veces pasa algo inadvertido de que, por lo que se refiere al ámbito de los conflictos abordable, el sistema no se ciñe exclusivamente a aquellos que se desenvuelven en el terreno del sector privado, sino que incluye también a las empresas públicas y, en particular, al personal laboral al servicio de la Administración autonómica. Aun cuando todos ellos sean sujetos sometidos plenamente a la legislación laboral y, por tanto, regidos plenamente por medio de un contrato de trabajo, lo cierto es que las especialidades tradicionales de la actuación de la Administración Pública como parte empleadora siempre ha teñido de singularidades en la práctica el régimen del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Entre esas especialidades habitualmente se ha presentado la circunstancia de dejar en muchas ocasiones fuera del ámbito aplicativo de los sistemas de resolución de conflictos colectivos a este personal, particularmente a la vista de quienes han venido siendo los firmantes de los pertinentes Acuerdos interprofesionales que los diseñan y articulan. No ha sido éste el caso del Sercla, que asume expresamente en su seno a todo este personal laboral, y lo hace con destacada naturalidad, al extremo que sus especialidades pasan casi inadvertidas. El valor principal de esta extensión se observa en los resultados prácticos, en el sentido de que también a estos efectos se puede apreciar el resultado eficaz y sin mayores trabas en los asuntos abordados en este campo y, sobre todo, a la superior facilidad en lograr los correspondientes acuerdos así como en la eficacia de su implementación posterior.

En segundo lugar, destacaría también la composición personal de los participantes de los procedimientos como mediadores, donde el sistema andaluz se ha decantado decididamente por el protagonismo directo e inmediato de las propias organizaciones, siendo miembros representativos de las mismas quienes actúan en régimen de paridad como mediadores de tales conflictos colectivos. Frente a otros sistemas, que han optado por la selección de profesionales de carácter más técnico aunque de plena confianza personal de los interlocutores sociales, el sistema andaluz ha preferido involucrar directa y personalmente a representantes de las organizaciones, con experiencias previas en procesos negociales y donde, por tanto, prime menos el perfil de profesionalidad sea en lo jurídico o en lo económico. Sin perjuicio de que la experiencia de los mediadores les ha ido otorgando con el paso del tiempo un superior grado de conocimientos técnicos, lo que prima en estos casos es su enraizamiento con la estructura organizativa de las organizaciones sindicales y empresariales, el constituir puentes de enlace de muy diverso tipo que en multitud de ocasiones facilita el encuentro de las partes en conflicto, elude desconfianzas, reduce los rasgos de formalidad al procedimiento y, a la postre, refuerza el valor práctico de la avenencia a alcanzar. Aquí sí que se sitúa, a nuestro juicio particular, una de las señas de identidad más propia del modelo andaluz y la que probablemente garantiza una mayor eficacia y éxito del mismo.

Sin pretender en modo alguno agotar las especialidades de referencia, resulta también obligado apuntar la directa implicación de la Administración autonómica en la gestión de los procedimientos. Es cierto que de forma generalizada en todos estos procedimientos concurre una imprescindible financiación pública, que haga frente al coste económico que requiere el sustento de tales sistemas; así sucede tanto en el caso del sistema estatal como de la totalidad de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, en el caso del Sercla la implicación de la Administración autonómica ha resultado mucho más intensa, desde su surgimiento inicial proponiendo el diseño del modelo básico a implantar, hasta su gestión cotidiana. La imbricación entre el Sercla y la estructura administrativa del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales resulta bien evidente al efecto. Más allá de que el sistema no haya optado por un sistema de Fundación, al estilo de otros territorios, y se haya decantado por una gestión administrativa conforme a los medios personales y materiales de la propia Administración Autonómica, lo relevante es que ello ha propiciado un reforzamiento de la redes sociales e institucionales en la tramitación de este tipo de conflictos colectivos entre los gestores públicos y los interlocutores sociales. Por último, convendría señalar cuáles son los retos de futuro que se le presentan al sistema andaluz, que a nuestro juicio personal se pueden resumir estrictamente en dos.

De una parte, algo que puede resultar etéreo en su afirmación, pero que no deja de tener una enorme trascendencia: mantener el pulso de interés y motivación de los protagonistas del sistema, en términos tales que sean continuamente conscientes de la habitual propensión con el paso del tiempo en la gestión de estos procedimientos hacia la rutina y, por ende, hacia la burocratización. El riesgo de anquilosamiento no es desdeñable, por cuanto que el buen funcionamiento sin obstáculos de tales procedimientos puede desencadenar en lo que en el lenguaje coloquial viene a calificarse como un “morir de éxito”.

De otro lado, algo mucho más concreto y predeterminado, como es la extensión de este tipo de procedimientos al ámbito de la función pública, para lo cual puede resultar muy positiva la experiencia previa ya apuntada de la intervención del sistema andaluz en la esfera del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Por su superior complejidad no ha sido abordado hasta el momento presente la implementación de la legislación existente sobre el particular. Indiscutiblemente aquí nos situamos en otro espacio cualitativamente diferente, cuando menos por el mero hecho de que a estos empleados no le es de aplicación el régimen jurídico propio del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de Procedimiento Laboral, que es justamente el aparato normativo donde se encuentran las reglas que permiten con mayor facilidad que estos procedimientos de solución desplieguen todas sus potencialidades. No obstante, también es cierto que la propia legislación relativa a la negociación

colectiva de los funcionarios públicos abre paso a que se puedan desarrollar algunas de estas técnicas compositivas y, sobre todo, que el relativamente todavía nuevo Estatuto Básico del Empleado Público abre nuevas expectativas a la implantación de estos procedimientos entre los empleados públicos. Frente a la regulación más lacónica, menos motivadora contenida en la normativa precedente y sin gran convencimiento por parte del legislador y sin expectativa de que las partes tuvieran una voluntad real de sacarle el debido partido al mismo, desde 2007 el citado Estatuto se decanta por favorecer sin particulares restricciones los sistemas de solución de conflictos entre los empleados públicos. Por tanto, resulta indiscutible la oportunidad a estas alturas de celebrar un pacto o acuerdo colectivo entre las organizaciones sindicales representativas de los funcionarios públicos y la propia Administración, en orden a complementar el sistema diseñado en lo esencial por la norma legal. A mayor abundamiento, el hecho de que este tipo de pactos y acuerdos colectivos se puedan celebrar dentro del ámbito de una concreta Administración Pública, permite que sus reglas de complemento se adapten más propiamente a las peculiaridades de la misma. En esa línea es digno de resaltar el compromiso asumido por los interlocutores sociales, ya a través del V y del VI Acuerdo de Concertación Social Andalúz, siendo probablemente a estas alturas el momento idóneo para llevarlo a la práctica.

6. LA DINÁMICA DE LAS COMPETENCIAS EJECUTIVAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA

Conscientemente hemos dejado para el final del presente estudio el tratamiento de la intervención de la Administración laboral en el juego que viene desempeñando dentro del sistema de relaciones laborales en Andalucía. No cabe la menor duda de que el poder ejecutivo constituye no sólo el punto de partida de la instauración de un marco autonómico de relaciones laborales, sino que por añadidura se presenta como la premisa inexcusable para que podamos hablar de esta realidad. De no haberse producido una atribución competencial relevante a favor de la Junta de Andalucía en materia laboral, resultaría de todo punto inconcebible la conformación de un ámbito novedoso de desenvolvimiento de las relaciones laborales. De este modo, el progresivo mayor protagonismo de la Administración autonómica ha sido el motor de arranque de este fenómeno y el instrumento de impulso permanente al mismo. Por ello, no es necesario entrar en ningún detalle para demostrar que la autoridad laboral andaluza asume un papel muy influyente no sólo en lo formal, sino que además está constantemente interviniendo en cuantos asuntos de trascendencia se desarrollan dentro del territorio de nuestra Comunidad Autónoma.

Desde el primer momento la Administración andaluza mostró un particular interés en extender su ámbito competencial a cuantas materias laborales y sociales le pudieran ser atribuidas de acuerdo con el diseño constitucional y el campo de competencias reconocido por el Estatuto de Autonomía. A tenor de ello, desde muy temprano fue recibiendo el conjunto de competencias de ejecución de la legislación laboral, en términos tales que a estas alturas puede considerarse que tal transferencia competencial resulta casi plena, quedando muy pocas y aisladas en las que todavía pueda identificarse alguna cuestión pendiente de ser transferida a la autoridad laboral andaluza²⁷. A su vez el Tribunal Constitucional ha allanado considerablemente el camino, identificando el alcance interpretativo que ha de otorgarse a la previsión constitucional de atribución competencial al Estado y a las Comunidades Autónomas. En particular, el Tribunal Constitucional ha perfilado los rasgos diferenciales entre la actividad legislativa, atribuida al Estado, y la competencia de ejecución, remitida a las Comunidades Autónomas²⁸; qué haya de entenderse por “laboral” en el reparto de competencias en material laboral²⁹.

En todo caso, lo más impactante es que en los momentos presentes la Administración autonómica se encuentra presente en cuantos asuntos delicados se produzcan en el ámbito territorial andaluz, tanto en la vertiente individual como en la colectiva de las relaciones laborales. El cúmulo de competencias transferidas, no sólo por lo que afecta a lo laboral sino en general al conjunto de las políticas públicas sectoriales ajenas a lo laboral (educación, asistencia sanitaria, asistencia social y servicios sociales, ordenación del territorio, infraestructuras y transportes, política industrial, medio ambiente, cuencas hidrográficas, gestión de la Administración de la Justicia, Administración local, cultura y un largo etcétera), con todo el alcance de gestión presupuestaria que ello implica, permite que se produzca una intervención transversal de la Administración autonómica en cuantos asuntos socioeconómicos se desarrollen y, con ello, abordar las correspondientes consecuencias que su gestión puede

²⁷ Las principales normas de transferencia competencial se encuentran en las siguientes disposiciones: RD 4.043/1982, de 29 de diciembre (BOE de 3 de febrero de 1983); RD 467/2003, de 25 abril (BOE de 30 de abril); RD 1.035/1984, de 9 de mayo (BOE de 1 de junio); RD 4.103/1982, de 29 de diciembre (BOE de 24 de febrero de 1983).

²⁸ STC 33/1981, de 5 de noviembre, BOE 19 noviembre; 249/1988, de 20 de diciembre, BOE 19 enero 1989; 18/1982, de 4 de mayo, BOE 18 mayo; 7/1985, de 25 enero, BOE 12 febrero.

²⁹ STC 35/1982, de 14 de junio, BOE 28 junio; 7/1985, de 25 de enero, BOE 12 de febrero; 360/1993, de 3 de diciembre, BOE 29 diciembre; 17/1986, de 4 de febrero, BOE 5 marzo; 39/1982, de 30 junio, BOE 10 julio; 249/1988, de 20 diciembre, BOE 19 enero 1989; 33/1981, de 5 de noviembre, BOE 19 noviembre.

producir sobre las relaciones laborales. Ello acaba otorgando a la Administración autonómica un plus de protagonismo, que va más allá de las estrictas facultades jurídicas asumidas en materia laboral.

Por lo que afecta de manera inmediata a las competencias de ejecución de la legislación laboral, el mapa de competencias asumidas y efectivamente transferidas puede afirmarse que resulta, como ya hemos apuntado, completo. Un repaso pormenorizado de las facultades jurídicas de diverso calado atribuidas por la legislación laboral a la Administración actualmente son ejercidas en su totalidad por la autoridad laboral autonómica: funciones registrales formales o de mera recepción de información, funciones registrales sustanciales como requisito jurídico de reconocimiento de facultades jurídicas, facultades administrativas certificatorias, facultades de autorización administrativa directas o supletorias de la autonomía colectiva, facultades de ordenación y conformación de derechos, de funciones de colaboración con la Administración de Justicia, funciones de servicios públicos y subvencionales, competencias de mediación y arbitrales, facultades de política y potestad sancionadora de la Administración.

A resultas de todo lo anterior, tan sólo se aprecian dos materias aún pendientes de transferencia competencial, derivadas precisamente de la aprobación del texto del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007: inmigración e Inspección de Trabajo. De un lado, a la competencia relativa a la competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado. Esta competencia incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción (art. 61.1.b Estatuto de Autonomía). De otro lado, la incorporación del personal correspondiente a la Inspección de trabajo en materia laboral; la Administración autonómica ya desde sus inicios ejercía la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora en todo lo previsto respecto a las materias de empleo y relaciones laborales, pero haciéndolo instrumentalmente con la colaboración de funcionarios de la Inspección adscritos orgánicamente al Ministerio de Trabajo. Ahora, el Estatuto de 2007 contempla la posibilidad que ello se haga directamente por medio de personal funcionario propio, adscrito a la propia Administración autonómica (art. 63.2 Estatuto de Autonomía).

Se trata de dos cuestiones de cierta complejidad en cuanto a la forma de su articulación práctica, pero no por ello inviable en términos técnicos. Compleja la competencia relativa a las autorizaciones administrativas de los permisos de trabajo para extranjeros, por cuanto que requieren de una eficaz coordinación con las políticas generales estatales en materia de inmigración, teniendo en

cuenta sobre todo que los permisos de residencia permanecen como competencia exclusiva del Estado, que se pretende que el interesado obtenga una autorización única por medio de un único acto administrativo de residencia y de trabajo, que debe conectarse con las posteriores autorizaciones para trabajar en todo el territorio español y debe articularse un sistema de contratación en origen del flujo de inmigrantes. Complejidad de la transferencia del personal correspondiente a la Inspección de Trabajo, en la medida en que permanece como competencia exclusiva del Estado la correlativa función pública Inspector en materia de Seguridad Social, lo que requiere de los debidos puentes de conexión entre una y otra. En todo caso, insistimos, se trata de una cuestión de complejidad técnica, que no obsta a la clara decisión política de asumir estas nuevas competencias por parte de la Junta de Andalucía.

Más allá de las competencias laborales en el sentido estricto del término, se aprecia igualmente un embrionaria tendencia a que la Administración autonómica vaya asumiendo en paralelo la gestión de ciertas competencias respecto de materias que se encuentran en los aledaños de lo “laboral” en el sentido reductivo del término, pero que inciden de manera directa sobre la evolución del mercado de trabajo en su conjunto. El ejemplo más emblemático que se puede traer a colación como novedad reciente es la previsión de que las Comunidades Autónomas puedan recibir la encomienda de la gestión de las funciones relativas al registro de los contratos celebrados entre los trabajadores autónomos económicamente dependientes y sus empresas clientes³⁰. Conforme a la normativa general reguladora de esta singular institución de la encomienda de gestión, la titularidad de la competencia permanece atribuida a la Administración encomendante, es decir, continúa correspondiendo en este caso concreto la titularidad de la competencia a la Administración General del Estado³¹. No obstante

³⁰ “En virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Servicio Público de Empleo Estatal, podrá encomendar el registro de los contratos para la realización de la actividad económica o profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas que así lo soliciten, sin que ello afecte al carácter estatal y único del registro de los contratos de los trabajadores autónomos económicamente dependientes” (disposición adicional 5ª Real Decreto 197/2009, de 23 febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos (BOE 4 de marzo de 2009).

³¹ “1. La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

2. La encomienda de gestión no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o Entidad encomendante

ello, desde el punto de vista material la actividad de gestión que puede llegar a realizar la Administración autonómica puede resultar sustancialmente completa y, por ello, desde el punto de vista práctico muy escasas diferencias se apreciarían entre este tipo de encomienda de gestión y una transferencia competencial en el sentido estricto del término³².

Es cierto que el ejemplo mencionado es ciertamente muy limitado en cuanto a su alcance, en la medida en que se trata de una intervención administrativa puramente reglada y automática de registro, por añadidura para un colectivo que probablemente no será muy numeroso, al menos en sus orígenes. No obstante, lo importante a nuestro juicio es que con ello se abre un importante precedente a la posibilidad de expansión de la gestión competencial por parte de la Administración andaluza hacia esos espacios aledaños de influencia, de modo que si el resultado es percibido como positivo por todos sus protagonistas puede convertirse en un factor adicional para caminar en esta dirección. Téngase presente que, incluso la normativa, por vía indirecta, ha atribuido también a la autoridad laboral y, por efecto reflejo a la autonómica, la competencia relativa a la autorización de trabajo de los autónomos menores en espectáculos públicos³³, así como que por su contenido igualmente la ostenta en materia de registro de las asociaciones de autónomos³⁴, de determinación de las asociaciones de autónomos representativas en el ámbito de cada Comunidad Autónoma³⁵, sin olvidar tampoco las importantes competencias que vienen desplegando las Comunidades Autónomas en materia de fomento y promoción del autoempleo, así como la presencia de las Comunidades Autónomas en el Consejo Estatal del Trabajo Autónomo³⁶ sin perjuicio de la posibilidad contemplada legalmente de constitución de Consejos Consultivos en el ámbito de las

dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda” (art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE 27 de noviembre).

³² Sobre la institución en general, cfr., por todos, L. C. Hernando Orejana, *La encomienda de gestión*, Colegio Universitario de Segovia, Segovia 1998. V. Manteca Valdelande, *La encomienda de gestión*, *Actualidad administrativa* nº 4 y 5 (2009). A. J. Sánchez Sáez, *La encomienda de gestión como instrumento racionalizador del ejercicio de las competencias administrativas*, *Administración andaluza. Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 53 (2004).

³³ “en el caso de prestaciones de servicios en espectáculos públicos se estará a lo establecido en el artículo 6.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo” (9.2. Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (BOE 12 de julio de 2007).

³⁴ Art. 20.3 Estatuto del trabajo autónomo.

³⁵ Disposición adicional 6ª Estatuto del trabajo autónomo.

³⁶ Art. 22.3 Estatuto del trabajo autónomo.

respectivas Comunidades Autónomas en materia socioeconómica y profesional del trabajo autónomo³⁷. En resumen, todo ello da como resultado que se haya conformado una fuerte tendencia a que todo cuanto se refiere a las relaciones profesionales de los autónomos, tanto en su vertiente individual como en la colectiva, sea asumido desde el punto de vista de la actuación administrativa por parte de las Comunidades Autónomas.

Pero, sobre todo, dejando ya de lado cuanto se refiere al trabajo autónomo, me interesa hacer hincapié en el hecho de que la exploración de la utilización de la institución de la encomienda de gestión puede constituir un instrumento útil para profundizar en ciertas esfera de la descentralización administrativa a favor de las Comunidades Autónomas en terrenos todavía no explorados, pero que podrían ser interesantes en la medida en que repercuten en su conjunto sobre la gestión del mercado de trabajo o bien facilitan la relación del ciudadano con la Administración Pública. Por citar un ejemplo de ello, me atrevo a sugerir la posibilidad de estudiar el juego que ello pudiera tener en una gestión material, completa e integrada, de las políticas de empleo por parte de las Comunidades Autónomas, tanto las activas como las pasivas.

En todo caso, una vez completado el marco general de asunción de competencias por parte de la Junta de Andalucía, los cambios que previsiblemente se pueden verificar pueden provenir por vía indirecta a resultas de virtuales cambios que se produzcan en la legislación laboral a nivel estatal; cambios legislativos que pueden implicar alteraciones en la intervención administrativa contemplada en materia laboral que, como efecto reflejo, repercutan en las correlativas competencias de ejecución de la legislación laboral que constitucional y estatutariamente han de corresponder a la Administración andaluza. Una vez que las diversas Comunidades Autónomas han asumido el conjunto de competencias de ejecución, se trata de un proceso de no retorno en esa decidida voluntad política y constitucional de descentralización de la estructura del Estado.

No obstante ello, el Estado sí que conserva una capacidad de impacto general sobre la intensidad y la extensión de la capacidad interventora de la Administración en el ámbito laboral y, por ello, mantiene un importante margen de decisión acerca de cuál puede llegar a ser el nivel de presencia de la Administración autonómica en el desarrollo de las relaciones laborales.

En concreto, nos referimos al hecho de que existe un permanente diálogo entre el legislador laboral (estatal) y el ejercicio de facultades de ejecución de esa legislación (autonómica). Es el legislador quien diseña en qué materias, con qué método y con qué grado se ha de producir el intervencionismo administrativo en las relaciones laborales. De este modo, el Estado carece de toda capa-

³⁷ Art. 22.7 Estatuto del trabajo autónomo.

cidad para autoatribuirse el ejercicio de competencias de ejecución, que ya no ostenta, pero lo que sin lugar a dudas puede hacer es incrementar o reducir las facultades ejecutivas de la Administración laboral, que a estos efectos es la autonómica.

Ello resulta perfectamente perceptible en reformas laborales precedentes, donde se han producido cambios relevantes tanto en la intensidad como en la metodología de intervención de la Administración Pública en el ámbito de las relaciones laborales, lo que por efecto reflejo ha tenido la correspondiente repercusión sobre el grado y modo de protagonizar la autoridad laboral autonómica su condición de sujeto del marco autonómico de relaciones laborales. Por ello, de igual forma como se ha producido este resultado en el pasado, puede suceder también en el futuro a resultas de otras tantas reformas legales que puedan aprobarse. Habrá que estar atentos a partir de ahora a cómo se proyectan tales virtuales cambios y, sobre todo, qué nuevas concepciones se van asentando respecto del papel que han de tener los poderes públicos, en particular el ejecutivo, en el desarrollo de las relaciones laborales.

Por mencionar un ejemplo concreto, en la medida en que se materialice la propuesta que va adquiriendo progresivo consenso de otorgar un papel más relevante a las agencias privadas de colocación y a las empresas de recolocación, ello tendrá su obvia repercusión sobre el espacio tanto formal como material de actuación de la autoridad autonómica en materia de intermediación en el mercado de trabajo. De un lado, esa superior presencia de esas entidades privadas no dejará de hacerse sin los debidos controles públicos del correcto funcionamiento de las mismas, lo que naturalmente comportará la asunción de nuevas competencias de seguimiento y colaboración por parte de los servicios autonómicos de empleo. De otro lado, cierto tipo de profesionales canalizarán sus necesidades de intermediación a través de esas entidades privadas, en detrimento de la intervención directa de los servicios autonómicos de empleo, pero al propio tiempo éstos últimos tendrán que reorientarse hacia otros grupos que no serán atendidos por la iniciativa privada, con lo cual las necesidades de actuación para con ellos serán mucho más decisivas por parte de los servicios públicos.

Dentro de este horizonte de futuro se vislumbra una importante reforma legislativa en materia de prestación de servicios, que inicialmente permanecerá ajena a la esfera de lo laboral que estamos analizando aquí. Me refiero en concreto a la próxima trasposición de la Directiva relativa a los servicios en el

³⁸ “La presente Directiva no afecta al Derecho laboral, es decir, a cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o las relaciones entre empleadores y trabajadores, que los Estados miembros apliquen de acuerdo con la legislación nacional conforme al Derecho comunitario. Tampoco afecta a la

mercado interior, que expresamente sitúa fuera de su ámbito de aplicación a las actividades de servicios integradas dentro del Derecho del Trabajo³⁸; exclusión que se reitera el proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios, cuya exposición de motivos así lo refleja expresamente y su articulado define servicio como cualquier actividad económica “por cuenta propia” (art. 3.1), con lo que implícitamente excluye los servicios en régimen de subordinación sometidos a la legislación laboral, al tiempo que expresamente excluye los servicios de las empresas de trabajo temporal (art. 2.1.d)³⁹; aunque curiosamente no excluye otras empresas de servicios en el ámbito de lo laboral como pueden ser las agencias de colocación, los servicios de prevención ajenos o las empresas de auditoría en prevención, por ejemplo.

En todo caso, esa exclusión formal del ámbito de la libre prestación de servicios económicos y profesionales respecto de aquellas que se muevan en el ámbito aplicativo de la legislación laboral, no implica una absoluta impermeabilidad de las reglas relativas a la libre prestación de servicios dentro de lo laboral. De un lado, aunque la norma comunitaria prevea la exclusión de la Directiva mencionada, ello no comporta que la legislación nacional se encuentre obligada a realizar también ella una correlativa exclusión, por cuanto que nada impide que la normativa de cada Estado miembro proceda a incluir a sectores o actividades inicialmente excluidos; prueba de ello es que el propio Gobierno español pretende reformar algunas normas laborales con motivo de la mencionada transposición, aunque lo sea con retoques muy limitados por lo que refiere a las empresas de auditoría en prevención de riesgos laborales o en materia de actuación inspectora de trabajo⁴⁰. De otro lado, por cuanto que esta política legislativa de liberalización de servicios a estas alturas constituye un principio general de orientación de la intervención de los poderes públicos en el ámbito económico, en clave tanto comunitaria como nacional, lo que comporta que su espíritu vaya progresivamente influyendo sobre espacios cada vez más generalizados.

En concreto, no es descartable que cierto tipo de lógicas y metodologías de actuación se vayan universalizando en todas las funciones de intervención de

legislación nacional en materia de seguridad social de los Estados miembros” (art.1.6 Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre -DOUE 27 de diciembre-), relativa a los servicios en el mercado interior).

³⁹ Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de 3 de abril de 2009, http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_023-01.PDF

⁴⁰ Arts. 7 a 10 Anteproyecto de Ley de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio,

<http://www.meh.es/Documentacion/Publico/SGPEDC/09-03-27%20M%20LEY%20C3%93MNIBUS.pdf>

las Administraciones Públicas. Por ejemplo, que esa idea de primar el control administrativo “ex post” de carácter cualitativo, como alternativa a la tendencia histórica entre nosotros al control administrativo “ex ante” de carácter cuantitativo, vaya cuajando por doquier, incluido también lo que corresponde a la esfera de control de la legalidad propia de la autoridad laboral.

Por mencionar otra de las consecuencias materiales de las medidas que se vienen adoptando en el marco de transposición de la mencionada Directiva, se establece la regla general de que allí donde perviva la exigencia de obtener una autorización administrativa expresa a los efectos de desarrollar una actividad de servicios, dicha autorización tenga alcance para la totalidad del territorio español, aun cuando la misma haya sido expedida por una Administración autonómica⁴¹. En términos materiales, desde la perspectiva que estamos analizando en estos momentos ello implicará que las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus funciones autorizatorias van a realizar una intervención administrativa con un alcance que llega a desbordar el ámbito territorial que les corresponde a cada una de ellas, pues su autorización administrativa va a tener efectos sobre el conjunto del territorio español, salvo las excepciones que se contemplan. Este fenómeno no es en absoluto desconocido en el ámbito de las relaciones laborales, por cuanto que ya contamos con alguna experiencia sobre el particular, como es el caso de la acreditación administrativa para poder actuar como Servicio de Prevención ajeno⁴², la autorización de las personas o entidades especializadas que pretendan desarrollar la actividad de auditoría del sistema de prevención de riesgos laborales⁴³, la certificación de las entidades facultadas para impartir la formación en materia preventiva cuando la misma se vaya a desarrollar mediante la modalidad a distancia⁴⁴, o bien la autorización administrativa para la utilización de los medios telemáticos a los efectos de las comunicaciones de la celebración de contratos de trabajo y de sus copias básicas; autorización, que puede efectuarse por cualquier Servicio Público de Empleo, sea autonómico o estatal, teniendo en cualquier caso “validez en todo el territorio estatal”, aun cuando haya sido una Comunidad Autónoma la que haya concedido dicha autorización administrativa⁴⁵. Más allá de estos supuestos muy concretos traídos a colación aquí, lo que me interesa resaltar por encima de todo es que esta regla que hasta el presente se contemplaba como

⁴¹ Art. 7.3 Proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

⁴² Arts. 23 ss RD 39/1997, de 17 de enero, BOE 31 enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

⁴³ Art. 33 RD 39/1997, de 17 de enero.

⁴⁴ Art. 8.1 OM 27 de junio de 1997.

⁴⁵ Art. 7 RD 1424/2002, de 27 de diciembre, BOE 19 de febrero de 2003, por el que se regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo, y el uso de medios telemáticos en relación con aquella.

excepcional en nuestro ordenamiento y, en particular, en nuestro ordenamiento laboral, a partir de ahora puede convertirse en la regla general de ejercicio de las competencias autorizatorias por parte de las Comunidades autónomas, con lo cual de manera indirecta se da un paso más en la extensión de la descentralización administrativa y, con ella, del protagonismo de la autoridad laboral en nuestras relaciones laborales.

Como reflexión final de cierre del presente apartado, a la vista del extenso e intenso protagonismo consolidado de las Administraciones autonómicas en el panorama laboral, como en general en el conjunto de las políticas sectoriales públicas, ello requiere como contrapartida una actuación legal de las autoridades autonómicas respecto del conjunto del funcionamiento del sistema. En concreto, que la indiscutible mayor eficacia que aporta el intenso protagonismo de la autoridad autonómica en el sistema de relaciones laborales, también incorpora dosis superiores de complejidad a la hora de lograr el también deseable objetivo de mantenimiento de la cohesión territorial y la unidad del mercado de trabajo dentro de un sistema de relaciones laborales que se pretende que siga siendo homogéneo y convergente para el conjunto del Estado. A tenor de ello, la citada superior complejidad está llamando a reforzar igualmente los instrumentos de cooperación y coordinación tanto entre las diversas Comunidades Autónomas entre sí, como de éstas con la Administración General del Estado. Ello constituye a la postre uno de los grandes retos a los que nos vamos a enfrentar en el inmediato futuro al objeto de lograr un equilibrio tanto de nuestro sistema de relaciones laborales como en su conjunto de nuestro sistema socioeconómico.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA DE REFERENCIA

M. E. Casas Baamonde

Relaciones laborales y autonomías territoriales, RL 1991 (II)

AA. VV. (A. Ojeda Aviles coord.)

Las Relaciones Industriales en Andalucía, Instituto de Desarrollo Regional, Universidad de Sevilla, Sevilla 1987

AA. VV. (J. Cruz Villalón y M. Rodríguez-Piñero coord.)

Veinte años de relaciones laborales en Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2003

AA. VV. (C. Molina Navarrete)

La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía. Un estudio particular de los Estatutos andaluz y catalán, ed. Mergablum, Sevilla 2007

AA. VV. (F. J. Prados de Reyes coord.)

Políticas laborales y de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, ed. Mergablum, Sevilla 2008

LA SITUACIÓN ACTUAL DEL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA

MANUEL ALCAIDE CASTRO

*Catedrático de Organización de Empresas
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Palabras Clave: Mercado de Trabajo, España, Andalucía

Durante años la característica del mercado de trabajo español que ha generado un mayor grado de preocupación ha sido su elevada tasa de desempleo. Después de una prolongada etapa de expansión económica su nivel era, por fin, muy similar al de países como Alemania y Francia. En las prioridades y preocupaciones de los gobiernos, de los agentes sociales e incluso de la inmensa mayoría de los ciudadanos, el problema del desempleo fue poco a poco sustituido por el de la calidad del empleo. Han bastado unos pocos meses de desaceleración económica y algunos de rápida e intensa recesión para que, de nuevo, el panorama del mercado de trabajo se haya vuelto extraordinariamente sombrío. Se cuestiona el modelo de crecimiento de la última etapa expansiva, se reivindica la necesidad de aumentar la competitividad, de aumentar la productividad y se cuestionan abiertamente nuestras instituciones laborales, a las que se acusa de ser “ingenuamente proteccionistas”. En suma, se afirma que, una vez concluida la actual crisis económica, será imposible que, sin reformas estructurales, España recupere una senda de crecimiento similar a la experimentada desde 1995. La situación económica actual y el debate derivado de la misma, exigen analizar con un cierto grado de detalle lo ocurrido en los mercados de trabajo de España y de Andalucía durante 2008 y ponerlo en conexión con lo sucedido en otros periodos de nuestra historia reciente.

ABSTRACT

Key words: Labour Market, Spain, Andalusia

For a long time, the feature of the Spanish labour market which gave rise to the greatest concern was the high unemployment rate. After a long period of economic expansion and intense creation of employment, its level was finally similar to countries like Germany and France, which have labour markets that are traditionally in a better situation than the Spanish market. The problem of unemployment was increasingly substituted by the quality of employment in the priorities and concerns of governments, social partners and, even, most citizens. The reduction in temporary employment became the main objective of labour reforms in 1997, 2001 and 2006. Only a few months of economic deceleration and a few others of fast and intense recession have sufficed for a sombre outlook on the labour market to arise once again in Andalusia and in Spain as a whole. The growth model in the last expansion stage is questioned, a demand is made on the need to increase competitiveness, increase productivity and our labour institutions are openly questioned and accused of being “ingenuously protectionist”. In short, the statement is made that Spain, after the current economic crisis, will not be able to recover a similar growth pattern than in 1995 without structural reforms. The current economic situation, and the debate derived from it, requires us to analyse in some detail what happened to the labour markets in Spain and Andalusia in 2008 and connect it with what has happened in other periods of our recent history.

ÍNDICE*

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS FASES DE ESTANCAMIENTO Y EXPANSIÓN DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA
3. LA EVOLUCIÓN DEL DESEMPLEO
4. LAS DISCREPANCIAS ENTRE EL PARO ESTIMADO Y EL PARO REGISTRADO
5. LA EVOLUCIÓN DE LA ACTIVIDAD
6. LA EVOLUCIÓN DE LA OCUPACIÓN
7. LA EVOLUCIÓN DE LA OCUPACIÓN DIFERENCIANDO ENTRE UNO Y OTRO SEXO, ENTRE SECTORES DE ACTIVIDAD Y ENTRE OCUPACIONES
8. LA EVOLUCIÓN DEL EMPLEO POR CUENTA PROPIA Y POR CUENTA AJENA
9. LOS CAMBIOS EN EL EMPLEO FIJO Y TEMPORAL
10. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Durante el transcurso del año 2007 fueron apareciendo, primero indicios y después, claras evidencias del final de la larga fase de expansión que ha experimentado la economía española desde 1995. El 28 de enero pasado, el Banco de España informaba que en el cuarto trimestre de 2008 la economía nacional, al igual que la de la Unión Europea, entraba formalmente en recesión al encadenar el Producto Interior Bruto (PIB) su segunda contracción consecutiva. Esta información fue posteriormente confirmada por el Instituto Nacional de Estadística, al hacer público un crecimiento entre el tercer y el cuarto trimestre de 2008 de un -1 por ciento. La última vez que la economía nacional entró en recesión fue en el primer trimestre de 1993, cuando el crecimiento entre trimestres se situó en el $-1,1$ por ciento, después de que en el cuarto trimestre de 1992 disminuyera un $0,4$. Dadas las singularidades y la gravedad de la crisis económica actual, adquiere especial interés el análisis de lo ocurrido en el mercado de trabajo, tanto a escala nacional como regional, durante el año 2008. La publicación el pasado día 23 de enero por parte del Instituto Nacional de Estadística de los datos de la Encuesta de Población Activa (EPA) relativos al cuarto trimestre de 2008, permite hacer una valoración de lo ocurrido durante este año. Sin embargo, para contextualizar este análisis es necesario comenzar recordando las fases de estancamiento y expansión por las que ha atravesado la economía nacional desde 1976 hasta el momento presente.

* Este trabajo fue concluido el 26 de febrero de 2009.

2. LAS FASES DE ESTANCAMIENTO Y EXPANSIÓN DE LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

Durante los años transcurridos desde 1976 hasta 2008 la economía española y andaluza han atravesado diversas fases de estancamiento y expansión que han tenido un impacto muy considerable sobre el mercado de trabajo de ambos territorios. A este respecto es posible diferenciar las siguientes etapas:

- En primer lugar, un largo periodo de estancamiento que abarca desde 1975 hasta finales de 1984. Durante esta etapa el crecimiento anual medio de la economía nacional en términos reales se sitúa en un porcentaje que no llega al 1,5. Por su parte, la construcción experimenta en esta misma tasa un crecimiento negativo y próximo al 2 por ciento, el sector primario y la industria un crecimiento en torno al 1 por ciento y tan sólo el sector servicios crece en términos reales y anuales medio a una tasa cercana al 2 por ciento. Son años en los que los sistemas productivos de España y de Andalucía experimentan un serio ajuste en materia de empleo como consecuencia de unas tasas de crecimiento económico reducidas y como consecuencia, también, de la eliminación de parte del subempleo potencial¹ que había sido característico de la economía española durante el Régimen previo a la Constitución de 1978.

- En segundo lugar, una etapa de expansión económica que transcurre entre 1985 y finales de 1990. Durante estos años la economía nacional logra tasas de crecimiento económico, en términos reales y anuales medio, superiores al 4,5 por ciento, debido al importante crecimiento experimentado, sobre todo, por la construcción, pero también por el sector servicios y por la industria. Se trata de una etapa donde la realidad de la creación de empleo superaba incluso las propias previsiones gubernamentales. Eran sobre todo fuentes sindicales las que moderaban este optimismo al advertir que la intensa creación de empleo que se estaba produciendo coexistía con un importante aumento del empleo temporal e incluso con la sustitución de empleo fijo por este último tipo de empleo de menor calidad. Hay que recordar, en este sentido, que fue en 1984 cuando se produjo la reforma del Estatuto de los Trabajadores que facilitó de forma decisiva el recurso de los empresarios españoles a la contratación temporal.

¹ El subempleo potencial hace referencia a un empleo caracterizado por una productividad anormalmente baja.

- En tercer lugar, a partir de 1990 se inicia una fase de estancamiento, de duración relativamente corta, ya que se puede considerar que termina en 1994, pero especialmente intensa, que afectó en mayor medida a la industria y que tuvo unas consecuencias muy negativas sobre el empleo. El conjunto de la economía nacional creció, en términos reales y anuales medio, un reducido 1 por ciento, la industria un exiguo 0,5, la construcción tuvo un crecimiento negativo y tan sólo el sector servicios logra un nivel en este indicador que supera ligeramente el 2 por ciento.

- En cuarto lugar, a partir de 1994 se inicia una larga fase de expansión económica que se prolonga hasta bien entrado el año 2007. Han sido trece años con un crecimiento anual medio en términos reales que se ha situado entre el 4 y el 4,5 por ciento para el conjunto de la economía nacional. Durante este periodo la construcción vuelve a tener un crecimiento muy intenso, seguido del sector servicios y en menor medida, aunque en torno a un estimable 3,5 por ciento, de la industria. Ha sido una fase de expansión económica larga, más equilibrada que otras etapas desde la óptica de importantes variables macroeconómicas (inflación, déficit público, tipos de interés, etc.). Durante esta etapa la relación entre crecimiento económico y creación de empleo experimenta una transformación importante en beneficio de esta última variable, como consecuencia sobre todo del importante crecimiento del sector servicios. En el debe de esta fase hay que situar la disminución de la productividad a nivel macroeconómico² y el fuerte aumento del endeudamiento en el que han incurrido familias y empresas.

- Finalmente, durante el año 2007 se inicia una nueva etapa de crisis económica, especialmente intensa, que ha tenido durante 2008 unas consecuencias realmente devastadoras sobre los mercados de trabajo de España y de Andalucía. Durante el tercer y cuarto trimestre de 2008 la economía nacional ha tenido un crecimiento trimestral negativo lo que permite ya formalmente hablar de recesión.

² No obstante, hay que tener presente a este respecto que las conclusiones que se pueden obtener como consecuencia de una disminución de la productividad macroeconómica son diferentes de las que se pueden obtener a escala de unidades productivas.

3. LA EVOLUCIÓN DEL DESEMPLEO

Desde el cuarto trimestre de 2007 hasta el cuarto de 2008 el desempleo³ ha crecido en 1.280.300 personas en España y en 326.200 en Andalucía. Como se puede observar en los Gráficos⁴ nº 1 y 2, se trata del mayor incremento que se ha producido en el desempleo en un solo año en ambos territorios desde 1976. A escala nacional se produjo también un importante incremento del paro en 1993, aunque muy alejado del actual ya que no llegó a las 700.000 personas. En Andalucía, en el año 1984, el paro experimentó también un aumento importante, al acercarse a las 120.000 personas, aunque menos de la mitad del que se ha producido en 2008.

³ Las series de la Encuesta de Población Activa que van a ser utilizadas son las proporcionadas en la actualidad por el Instituto Nacional de Estadística. A este respecto hay que ser conscientes de que existen ciertos problemas insubsanables con relación a la homogeneidad de estas series. No obstante, en lo relativo a los datos del paro estimado hay que señalar que a partir del primer trimestre de 2001, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento 1897/2000 de la CE, se modificó su definición operativa utilizada hasta entonces en la EPA. Para evitar parte del problema de la falta de homogeneidad de la serie histórica de esta importante variable se ha utilizado la reestimación realizada por el INE desde 1976 en consonancia con la nueva definición de desempleo. De acuerdo con la EPA, para que una persona sea considerada desempleada y, por tanto, forme parte del paro estimado, debe satisfacer de forma simultánea tres requisitos: no haber trabajado ni siquiera una hora durante la semana de referencia (semana previa a aquella en la que se realiza la entrevista a través de la cual se materializa la encuesta), estar disponible para trabajar durante las dos semanas siguientes al domingo de la semana de referencia y haber buscado activamente empleo (a veces se critica a la EPA porque algunas de las formas de búsqueda activa de empleo que contempla son realmente muy poco activas) durante las cuatro semanas previas al domingo de la semana de referencia.

⁴ Los Gráficos 1 y 2 se han construido sustrayendo al número de personas desempleadas existentes en el cuarto trimestre de cada año el número de personas desempleadas existentes en el cuarto trimestre del año anterior. Si la diferencia es positiva la barra se encuentra por encima del cero y se puede hablar de aumento del desempleo. En caso contrario, la barra se encuentra por debajo del cero, existiendo disminución del desempleo.

Gráfico N° 1

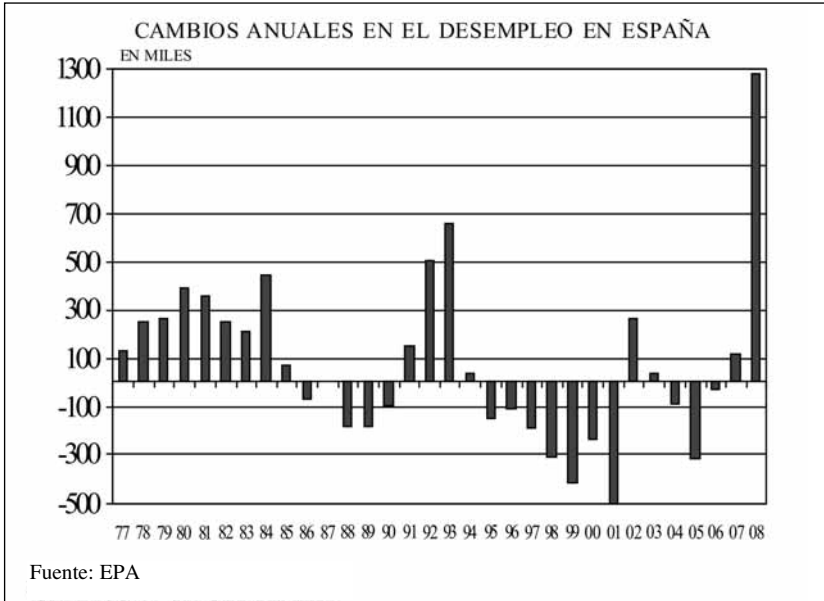
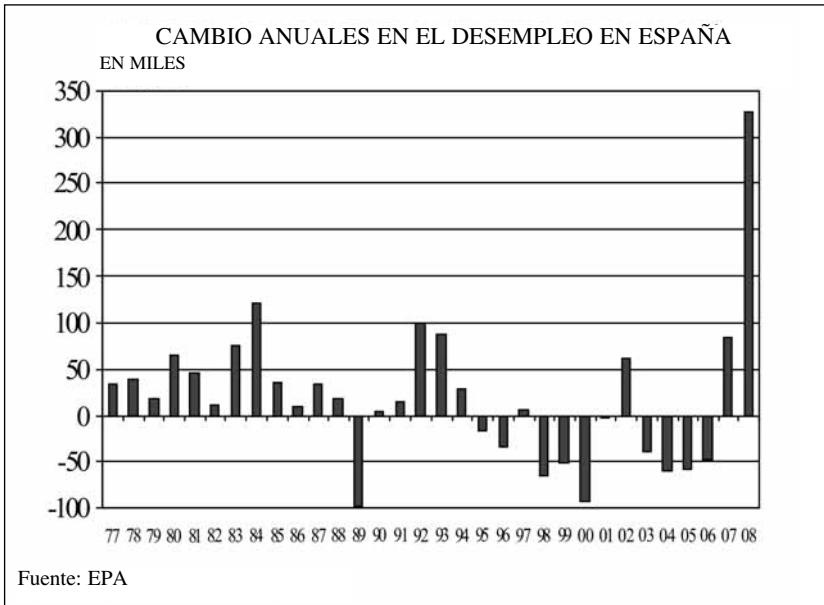
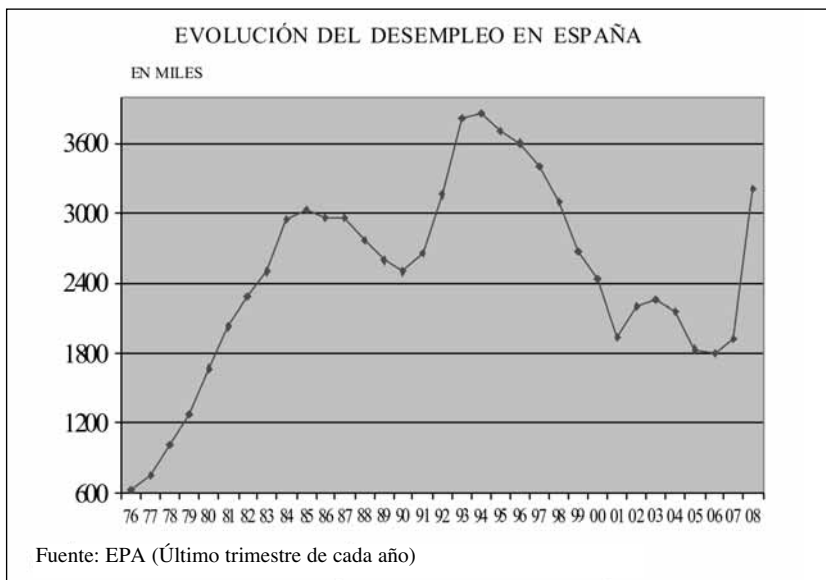


Gráfico N° 2



El considerable incremento del desempleo que se ha producido en ambos territorios ha dado lugar a que en el cuarto trimestre de 2008 las personas paradas ascendieran en España a 3.207.900⁵ y en Andalucía a 850.300. Mientras que a escala nacional este número total de parados se encuentra todavía relativamente alejado del máximo histórico, que se produce en el primer trimestre de 1994 con 3.513.100 personas desempleadas, en Andalucía nunca han existido un mayor número de parados desde 1976, ya que la cifra más cercana a la actual se alcanza en el tercer trimestre de 1995 con 848.100 personas. Por lo que respecta a la tasa de desempleo⁶, el máximo se produce durante la crisis de la primera mitad de la década de los 90. Concretamente, este máximo tiene lugar en España en el primer trimestre de 1994, con un 22,52 por ciento, y en el cuarto del 1994 en Andalucía, con un 32,43 por ciento. En la actualidad, es decir, en el cuarto trimestre de 2008, esta tasa es considerablemente más reducida en ambos territorios, al situarse en un 13,91 en el caso de España y un 21,78 en el de Andalucía (Véanse los Gráficos nº 3, 4 y 5).

Gráfico N° 3



⁵ Cerca del 36 por ciento de los desempleados existentes en España en cuarto trimestre de 2008 son personas de referencia en el seno de la vivienda familiar.

⁶ La tasa de desempleo refleja el porcentaje que los parados representan con respecto a la población activa. Esta tasa ha sido calculada utilizando las series de paro y, por tanto, de activos, revisadas por el Instituto Nacional de Estadística de acuerdo con lo establecido en el Reglamento 1897/2000 de la CE que, como ya se ha indicado anteriormente, modificó la definición operativa de desempleo que se había venido utilizando hasta 2001 por la EPA.

Gráfico N° 4

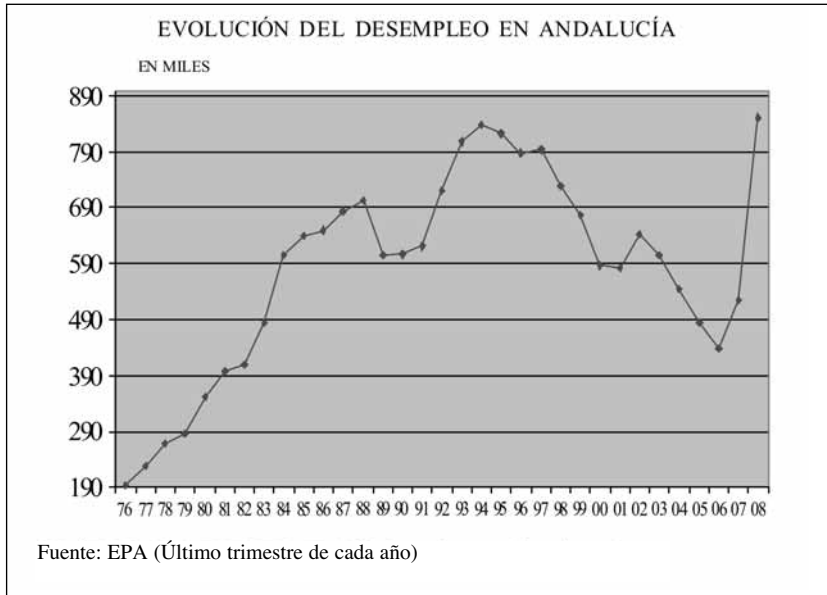
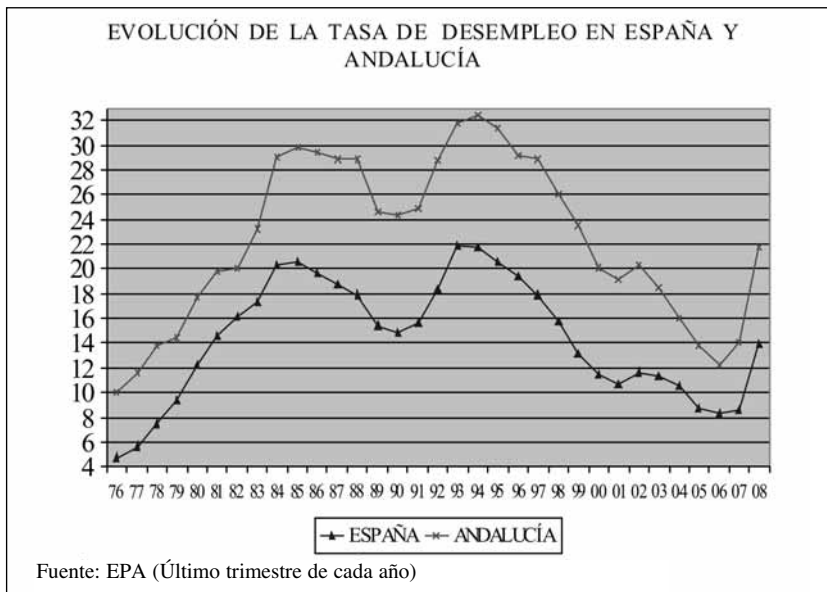


Gráfico N° 5



De otra parte, tal como se puede observar en la Tabla nº 1 tanto en España como en Andalucía existían, en el cuarto trimestre de 2008, importantes diferencias en lo que respecta a las tasas específicas de desempleo en función del sexo, la edad, los niveles de instrucción y la nacionalidad, siendo posible realizar las siguientes observaciones al respecto:

- En primer lugar, tanto en España como en Andalucía y tanto en un trimestre como en otro la tasa de desempleo es superior en el caso de las mujeres que en el de los hombres. No obstante, las diferencias se han reducido sustancialmente en el cuarto trimestre de 2008, sobre todo a escala nacional, debido a que el desempleo ha afectado en mayor medida a los hombres que a las mujeres. Conviene recordar a este respecto que al final de la última fase expansiva, en algunas comunidades autónomas, la situación del mercado de trabajo para los hombres podía ser considerada prácticamente de pleno empleo, ya que las tasas de paro existentes se aproximaban a las de carácter friccional.

- En segundo lugar, en ambos territorios y en ambos trimestres, con alguna excepción de escaso relieve, las tasas de desempleo disminuyen a medida que aumenta la edad y aumentan los niveles de instrucción.

- En tercer lugar, entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008, tanto en un territorio como en otro, la tasa de desempleo aumenta para uno y otro sexo, para todos los tramos de edad considerados, para los diversos niveles de instrucción y tanto en el caso de la población nacional como de la extranjera. Además, mientras menor es el nivel de instrucción mayor es el aumento de la tasa de paro.

- En cuarto lugar, hay que destacar el notable incremento que se produce en Andalucía, entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008, en la tasa de desempleo de los analfabetos, los jóvenes y la población extranjera no perteneciente a la Unión Europea.

- Finalmente, en ambos trimestres y para todos los grupos tomados en consideración la tasa de paro es siempre superior en Andalucía que en España, salvo en el caso de los analfabetos en el cuarto trimestre de 2007, con una tasa muy similar en ambos territorios.

Tabla nº 1

Tasas de desempleo				
	España		Andalucía	
	IVT-2007	IVT-2008	IVT-2007	IVT-2008
Total	8,60%	13,91%	13,99%	21,78%
Sexo				
Hombres	6,83%	12,96%	10,45%	19,71%
Mujeres	11,00%	15,14%	19,11%	24,64%
Tramos de edad				
De 16 a 19 años	31,34%	45,80%	35,16%	53,42%
De 20 a 24 años	15,30%	24,79%	20,66%	33,34%
De 25 a 34 años	8,80%	15,11%	13,95%	22,45%
De 35 a 44 años	6,96%	12,15%	11,41%	19,13%
De 45 a 54 años	6,85%	10,20%	11,32%	17,11%
De 55 y más años	5,69%	8,49%	12,45%	15,57%
Nivel de instrucción				
Analfabeto	26,18%	33,61%	25,23%	58,94%
Estudios Primarios	11,59%	20,53%	18,45%	29,79%
Estudios Secundarios primera etapa y formación e inserción laboral correspondiente	10,77%	18,19%	16,29%	27,42%
Estudios Secundarios segunda etapa y formación e inserción laboral correspondiente	8,22%	13,35%	12,52%	19,49%
Educación superior	5,41%	7,46%	8,95%	11,65%
Doctorado	1,96%	2,06%	4,93%	2,63%
Nacionalidad				
Española	7,95%	12,52%	13,87%	20,76%
Extranjera perteneciente a la Unión Europea	11,39%	18,01%	14,54%	22,07%
Extranjera no perteneciente a la Unión Europea	12,79%	22,63%	15,40%	33,71%

El análisis relativo al crecimiento del paro en 2008 por comunidades autónomas, permite mostrar en la Tabla nº 2 cómo esta tasa de crecimiento se aproxima en Andalucía a la media nacional. Mientras que en España el número de desempleados crece un 66,42 por ciento, en Andalucía crece en un 62,24 por ciento. Las comunidades autónomas en las que el crecimiento del desempleo resulta más elevado, desde el cuarto trimestre de 2007 al cuarto de 2008, son Canarias, Murcia, Cantabria, Castilla-La Mancha, Navarra, Aragón y Cataluña, en las que el paro experimenta un crecimiento por encima del 80 por ciento en un solo año⁷.

Tabla nº 2

Parados (en miles)	IVT-2007	IVT-2008	Crecimiento del paro
Canarias	112,8	223,6	98,23%
Murcia (Región de)	57,3	112,6	96,51%
Cantabria	12,8	25,1	96,09%
Castilla – La Mancha	73,6	143,9	95,52%
Navarra (Comunidad Foral de)	13,0	25,1	93,08%
Aragón	33,1	63,6	92,15%
Cataluña	251,8	455,8	81,02%
Rioja (La)	8,9	15,6	75,28%
Comunitat Valenciana	223,2	381,7	71,01%
España	1.927,6	3.207,9	66,42%
Madrid (Comunidad de)	209,4	345,3	64,90%
Castilla y León	81,3	133,1	63,71%
Andalucía	524,1	850,3	62,24%
País Vasco	60,7	88,6	45,96%
Balears (Illes)	49,0	69,5	41,84%
Galicia	96,5	129,0	33,68%
Asturias (Principado de)	38,7	48,9	26,36%
Extremadura	70,5	86,8	23,12%
Ceuta	5,8	5,3	-8,62%
Melilla	5,1	4,3	-15,69%

⁷ No se realizan comentarios sobre Ceuta y Melilla porque los resultados pueden estar afectados por importantes errores de muestreo. En este sentido el Instituto Nacional de Estadística debería realizar un mayor esfuerzo para subsanar los problemas de errores de muestreo que existen con respecto a estas dos provincias y también a las comunidades autónomas de carácter uni-provincial.

Por su parte, las comunidades autónomas en las que es superior el porcentaje de hogares en los que todas las personas activas se encuentran en situación de desempleo son Canarias y Andalucía. Mientras que en el cuarto trimestre de 2008 este porcentaje se situaba en España en un 6,47 por ciento, en Andalucía alcanzaba el 11,33 y en Canarias el 11,53, experimentado entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008 un aumento aproximado de 3, 5 y 7 puntos porcentuales, respectivamente.

4. LAS DISCREPANCIAS ENTRE EL PARO ESTIMADO Y EL PARO REGISTRADO

Tradicionalmente ha existido una cierta preocupación por las discrepancias encontradas entre las cifras de paro estimado y registrado⁸, proporcionadas respectivamente por el Instituto Nacional de Estadística y el Instituto Nacional de Empleo, respectivamente. Cabe decir que, a pesar de los esfuerzos realizados en los últimos años para atenuar dichas discrepancias, éstas continúan siendo bastante importantes al analizar los datos a escala de comunidad autónoma. La Tabla nº 3 permite obtener diversas conclusiones a este respecto:

- De una parte, en todas las comunidades autónomas se produce un incremento tanto del paro registrado como estimado. No obstante, el crecimiento del paro estimado es muy superior al crecimiento del paro registrado, salvo en los casos de Baleares y Extremadura donde se produce la situación inversa. En este sentido destacan las enormes discrepancias en cuanto a crecimiento del desempleo de Canarias (un 98,23 por ciento frente a un 42,82), Navarra (93,08 por ciento frente a 44,66), Cantabria (96,09 por ciento frente a 48,19) y Castilla La Mancha (95,52 por ciento frente a 48,66).

⁸ El concepto de “paro registrado” hace referencia, según la Orden de 11 de marzo de 1985 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a las demandas de empleo pendientes de satisfacer el último día del mes en las Oficinas Públicas de Empleo, excluyendo las correspondientes a toda una serie de situaciones, entre las que destacan: trabajadores ocupados y que solicitan un empleo para compatibilizarlo con el actual o cambiarlo por el que ocupan; trabajadores sin disponibilidad inmediata para el trabajo o situación incompatible con el mismo; trabajadores que demandan exclusivamente un empleo de características específicas; trabajadores eventuales agrarios beneficiarios del subsidio especial por desempleo que están percibiéndolo o que, habiéndolo agotado, no haya transcurrido un período superior a un año desde el día del nacimiento del derecho; también se excluyen los demandantes con demanda suspendida y los que rechacen acciones de inserción laboral adecuadas a sus características, según se establece en el Art. 17, aptdo.2, del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, y anteriormente el Art. 46, aptdo. 1.2, de la Ley 8/1988, de 7 de abril.

Tabla nº 3

Parados en miles	Paro estimado		Paro registrado		Crecimiento del paro estimado	Crecimiento del paro registrado	Discrepancia entre el paro estimado y el registrado en el cuarto trimestre de 2008
	Cuarto trimestre de 2007	Cuarto trimestre de 2008	Media de los tres últimos meses de 2007	Media de los tres últimos meses de 2008			
Canarias	112,8	223,6	138,38	197,78	98,23%	42,92%	13,05%
Murcia (Región de)	57,3	112,6	50,06	86,04	96,51%	71,87%	30,87%
Cantabria	12,8	25,1	20,90	30,97	96,09%	48,19%	-18,94%
Castilla - La Mancha	73,6	143,9	93,16	138,48	95,52%	48,66%	3,91%
Navarra (Comunidad Foral de)	13,0	25,1	20,86	30,17	93,08%	44,66%	-16,80%
Aragón	33,1	63,6	37,44	62,68	92,15%	67,39%	1,47%
Cataluña	251,8	455,8	260,99	401,36	81,02%	53,78%	13,57%
Rioja (La)	8,9	15,6	10,37	15,08	75,28%	45,47%	3,44%
Comunitat Valenciana	223,2	381,7	209,15	334,16	71,01%	59,77%	14,23%
España	1.927,6	3.207,9	2090,87	2978,75	66,42%	42,47%	7,69%
Madrid (Comunidad de)	209,4	345,3	227,44	330,31	64,90%	45,23%	4,54%
Castilla y León	81,3	133,1	106,19	139,945	63,71%	31,79%	-4,89%
Andalucía	524,1	850,3	506,49	703,63	62,24%	38,93%	20,84%
País Vasco	60,7	88,6	74,25	94,40	45,96%	27,14%	-6,15%
Baleares (Illes)	49,0	69,5	45,07	66,81	41,84%	48,22%	4,03%
Galicia	96,5	129,0	151,36	179,72	33,68%	18,73%	-28,22%
Asturias (Principado de)	38,7	48,9	50,17	58,59	26,36%	16,79%	-16,54%
Extremadura	70,5	86,8	75,37	93,83	23,12%	24,49%	-7,49%
Ceuta	5,8	5,3	6,80	7,34	-8,62%	7,91%	-27,77%
Melilla	5,1	4,3	6,42	7,45	-15,69%	16,10%	-42,31%

- De otra parte, centrando la atención en el cuarto trimestre de 2008, cabe indicar que aunque a escala nacional las discrepancias en el número de parados, según uno y otro concepto, no son excesivas (en torno a un 7,5 por ciento de acuerdo con el indicador de discrepancia utilizado⁹), no se puede realizar la misma afirmación a escala de comunidad autónoma, donde las discrepancias son más importantes. Destacan, especialmente, los casos de Murcia y de Andalucía, donde el paro estimado era en el cuarto trimestre de 2008 muy superior al paro registrado. En sentido contrario hay que resaltar los casos de Galicia, Cantabria, Navarra y Asturias en los que el paro registrado era en el cuarto trimestre de 2008 sensiblemente superior al estimado.

5. LA EVOLUCIÓN DE LA ACTIVIDAD

El incremento del paro que se ha producido en España y Andalucía durante 2008 se debe tanto al aumento del número de personas activas como a la destrucción de la ocupación¹⁰. Como se puede observar en la Tabla nº 4 el 48,96 por ciento del aumento del paro en Andalucía está motivado por el crecimiento del número de personas activas, mientras que este porcentaje se eleva al 51,57 por ciento en el caso de España.

Tabla nº 4

Explicación del aumento del paro entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008	España		Andalucía	
Aumento del paro	1.280.300	100%	326.200	100%
Aumento de personas activas	660.200	51,57%	159.700	48,96%
Destrucción de la ocupación	620.100	48,43%	166.500	51,04%

⁹ La discrepancia entre el paro estimado y el paro registrado ha sido calculada restando al paro estimado el registrado, multiplicando esta diferencia por 100 y dividiendo este producto por el paro registrado.

¹⁰ La ocupación o el empleo se mide por el número de personas ocupadas y no por el número de puestos de trabajo existentes. Se considera que una persona se encuentra ocupada si durante la semana de referencia ha trabajado al menos una hora ya sea a cambio de un sueldo, salario, comisión, gratificación u otra forma de retribución en metálico o en especie, o bien a cambio de un beneficio o de una ganancia familiar, igualmente ya sea en metálico o en especie.

El progresivo deterioro económico que se ha producido durante el año 2008 en la economía nacional ha coexistido con un considerable incremento del número de personas activas. Como se puede observar en la Tabla nº 5, en España, la población activa ha aumentado en 660.200 personas, de las cuales 507.100 han sido mujeres, mientras que en Andalucía este aumento ha sido de 159.700, de las cuales 108.000 han sido, igualmente, mujeres. Se trata de un crecimiento de la población activa muy similar, o incluso superior, al experimentado por esta misma variable durante los últimos años de la fase de expansiva que termina en 2007, lo cual puede ser explicado con los siguientes argumentos:

- De una parte, porque a pesar de la situación de crisis económica, continúa el proceso de incorporación de la mujer al mercado de trabajo a consecuencia de las profundas transformaciones sociales y culturales que durante las últimas décadas se han producido en España.

- De otra parte, porque la intensidad de la crisis y las perspectivas de pérdida del empleo han dado lugar a un aumento del número de personas en el seno de los hogares, fundamentalmente mujeres, que deciden buscar un empleo en previsión de una eventual pérdida de ingresos familiares.

Tabla nº 5

Crecimiento del número de personas activas entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008	España		Andalucía	
	Términos absolutos	Términos porcentuales	Términos absolutos	Términos porcentuales
Total	660.200	2,95%	159.700	4,26%
Hombres	153.200	1,19%	51.800	2,34%
Mujeres	507.100	5,32%	108.000	7,05%

Tal como se presenta en la Tabla nº 6 tanto en España como en Andalucía existían, en el cuarto trimestre de 2008, ciertas diferencias en lo que respecta a las tasas de actividad¹¹ en función del sexo, la edad, los niveles de instrucción y la nacionalidad, siendo posible obtener las siguientes conclusiones al respecto:

¹¹ La tasa de actividad ilustra el porcentaje que suponen las personas activas, es decir, la suma de los ocupados y de los desempleados, con respecto a la población de 16 y más años.

- En primer lugar, tanto en España como en Andalucía y tanto en el cuarto trimestre de 2007 como en el cuarto de 2008, la tasa de actividad es muy superior en el caso de los hombres que en el de las mujeres. No obstante, continúa el proceso de reducción de la diferencia entre ambas tasas. Así, mientras que en España esta diferencia era, en el cuarto trimestre de 1976, de 50 puntos porcentuales (77,57 por ciento en el caso de los hombres y 28,53 en el de las mujeres), en la actualidad se sitúa en torno a los 18 puntos porcentuales. Por su parte, en Andalucía, durante el periodo indicado, esta diferencia se reduce de los 55 puntos del cuarto trimestre de 1976 (75,76 por ciento en el caso de los hombres y 20,58 en el de las mujeres) a los 20,5 puntos porcentuales del momento presente.

- En segundo lugar, en ambos territorios y en ambos trimestres, las tasas de actividad más elevadas se sitúan en el tramo de edad que va de los 25 a los 34 años, seguido del que va de los 35 a los 44.

- En tercer lugar, con alguna excepción poco relevante en Andalucía, se puede afirmar que las tasas de actividad aumentan a medida que lo hacen los niveles de instrucción de la población.

- En cuarto lugar, tanto en España como en Andalucía, como en ambos trimestres, las tasas de actividad de la población extranjera son muy superiores a las de la población nacional.

- En quinto lugar, cabe destacar que, tanto en el cuarto trimestre de 2007 como en el cuarto de 2008, las tasas de actividad son más reducidas en Andalucía que en España para uno y otro sexo y para todos los tramos de edad considerados.

- Finalmente, entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008, tanto en un territorio como en otro, la tasa de actividad se mantiene prácticamente estable en el caso de los hombres mientras que aumenta en el caso de las mujeres, 2 puntos porcentuales en España y 2,5 en Andalucía.

Tabla nº 6

Tasas de actividad				
	España		Andalucía	
	IVT-2007	IVT-2008	IVT-2007	IVT-2008
Total	59,12%	60,13%	56,74%	58,36%
Sexo				
Hombres	69,23%	69,21%	68,14%	68,77%
Mujeres	49,37%	51,38%	45,70%	48,28%
Tramos de edad				
De 16 a 19 años	28,16%	26,62%	32,92%	30,81%
De 20 a 24 años	66,94%	68,27%	67,77%	68,03%
De 25 a 34 años	86,82%	87,72%	82,12%	84,94%
De 35 a 44 años	84,24%	85,79%	78,79%	82,42%
De 45 a 54 años	77,36%	78,83%	71,55%	72,51%
De 55 y más años	51,01%	53,30%	42,81%	45,19%
Nivel de instrucción				
Analfabeto	9,83%	12,14%	7,56%	8,61%
Estudios Primarios	30,46%	30,95%	35,11%	35,10%
Estudios Secundarios primera etapa y formación e inserción laboral correspondiente	67,73%	67,82%	66,77%	67,42%
Estudios Secundarios segunda etapa y formación e inserción laboral correspondiente	70,67%	71,35%	66,73%	64,56%
Educación superior	82,12%	82,00%	79,32%	80,09%
Doctorado	83,96%	92,15%	88,14%	84,44%
Nacionalidad				
Española	57,00%	57,71%	55,11%	56,77%
Extranjera perteneciente a la Unión Europea	70,28%	72,36%	72,90%	67,07%
Extranjera no perteneciente a la Unión Europea	77,67%	79,59%	77,39%	79,88%

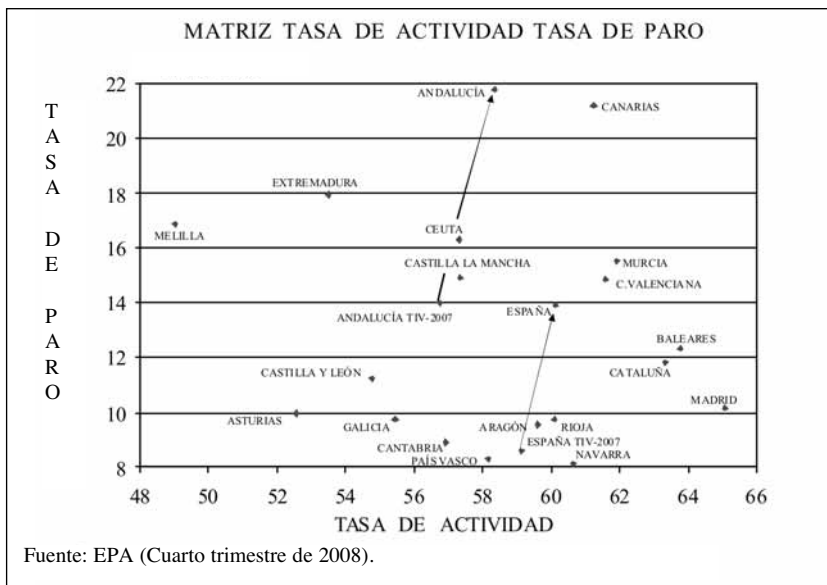
Andalucía se encuentra entre las comunidades autónomas en las que se ha producido un mayor crecimiento porcentual de la población activa entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008. Como se muestra en la Tabla nº 7, tan solo Murcia y Castilla-La Mancha han experimentado tasas de crecimiento en su población activa superiores, aunque muy cercanos, a los de Andalucía.

Tabla nº 7

Crecimiento de la población activa en términos porcentuales entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008			
	Ambos sexos	Varones	Mujeres
Ceuta	7,24%	2,60%	15,18%
Murcia (Región de)	4,63%	2,36%	8,11%
Castilla - La Mancha	4,33%	2,92%	6,56%
Andalucía	4,26%	2,34%	7,05%
Comunitat Valenciana	3,94%	1,49%	7,32%
Balears (Illes)	3,69%	0,79%	7,70%
Madrid (Comunidad de)	3,63%	2,30%	5,23%
Asturias (Principado de)	3,25%	0,64%	6,47%
Canarias	3,05%	2,49%	3,80%
España	2,95%	1,19%	5,32%
Galicia	2,44%	-0,19%	5,75%
Aragón	2,31%	1,91%	2,85%
Castilla y León	2,06%	0,26%	4,59%
Cantabria	1,85%	-0,56%	5,25%
Navarra (Comunidad Foral de)	1,81%	0,29%	3,81%
Rioja (La)	1,52%	0,32%	3,24%
Cataluña	1,47%	-0,38%	3,89%
Extremadura	0,50%	0,10%	1,08%
País Vasco	0,43%	-0,86%	2,11%
Melilla	-11,99%	-8,84%	-16,22%

Para mostrar la situación del mercado de trabajo de un territorio determinado en comparación con otros, es frecuente que se recurra a la matriz tasa de actividad - tasa de desempleo. Se puede afirmar que la situación de un mercado de trabajo será más favorable mientras más reducida sea su tasa de desempleo y más elevada su tasa de actividad. Por el contrario, será más desfavorable mientras más elevada sea la primera de las tasas anteriores y más reducida la segunda. En el Gráfico nº 6 se muestra el lugar que ocupa cada comunidad autónoma en un sistema de coordenadas en cuyo eje de abscisas se sitúa la tasa de actividad y en cuyo eje de ordenada se sitúa la tasa de desempleo. La información recogida en el mencionado Gráfico hace referencia al cuarto trimestre de 2008, aunque para mostrar la evolución durante el año, queda reflejada también la situación del mercado de trabajo en España y en Andalucía, con respecto a estas dos variables, en el cuarto trimestre de 2007. Las flechas que aparecen muestran la evolución experimentada por los mercados de ambos territorios en las variables mencionadas y durante el periodo indicado.

Gráfico N° 6



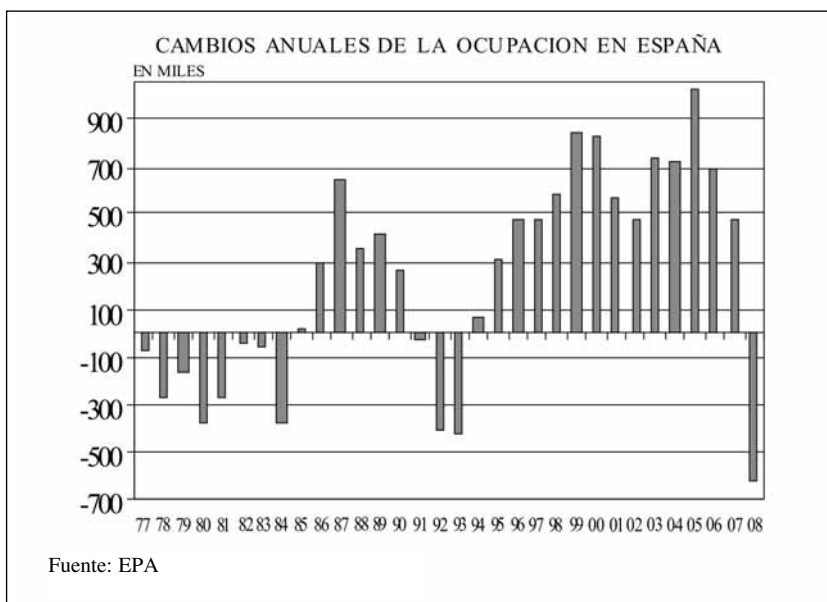
Varias son las conclusiones que pueden ser obtenidas de la observación del Gráfico anterior:

- En primer lugar, que Andalucía, Canarias y a cierta distancia Extremadura son las comunidades autónomas con las mayores tasas de desempleo de España.
- En segundo lugar, que el importante incremento experimentado por Andalucía y España en materia de tasa de paro, del 14 por ciento a cerca del 22, en el primer caso, y del 8,6 por ciento a cerca del 14 en el segundo, ha ido acompañado en ambos casos de un incremento en las tasas de actividad.
- Finalmente, que Navarra, Rioja, Cataluña, Baleares y Madrid son las comunidades autónomas cuyos mercados de trabajo se encuentran, en el cuarto trimestre de 2008, en una situación más favorable en el contexto nacional.

6. LA EVOLUCIÓN DE LA OCUPACIÓN

Como se indicó anteriormente, el incremento del paro que se ha producido en España y Andalucía, durante 2008 se debe tanto al aumento del número de personas activas como a la destrucción de la ocupación. En los Gráficos nº 7 y 8 se presentan los cambios anuales en la ocupación en términos absolutos en España y en Andalucía¹², respectivamente, mientras que en el Gráfico nº 9 se muestran los cambios anuales de la ocupación en términos relativos en ambos territorios¹³.

Gráfico N° 7



¹² Los Gráficos 7 y 8 se han construido sustrayendo al número de personas ocupadas existentes en el cuarto trimestre de cada año el número de personas ocupadas existentes en el cuarto trimestre del año anterior. Si la diferencia es positiva la barra se encuentra por encima del cero y se puede hablar de aumento de la ocupación. En caso contrario la barra se encuentra por debajo del cero, existiendo disminución del número de ocupados.

¹³ El Gráfico nº 9 ha sido construido calculado la tasa de crecimiento del empleo anual. Esta tasa expresa el porcentaje que representa la diferencia entre el número de ocupados existentes en el cuarto trimestre de cada año y el número de ocupados existentes en el cuarto trimestre del año anterior con respecto al número de ocupados existentes en el cuarto trimestre de este último año.

Gráfico N° 8

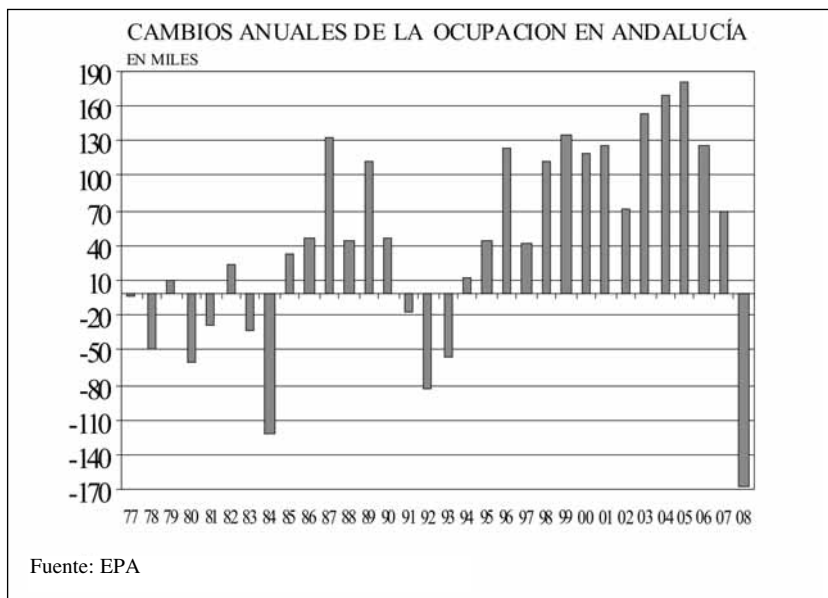
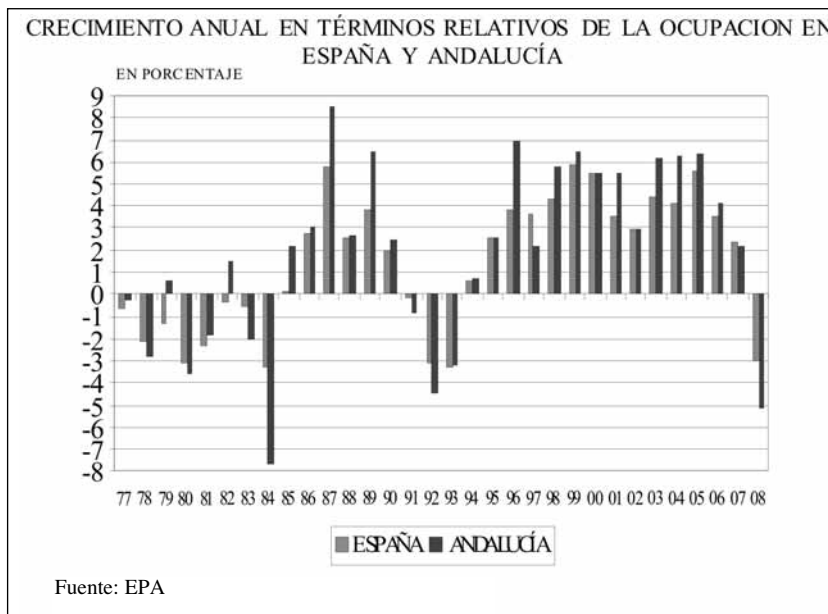


Gráfico N° 9



La observación simultánea de los tres Gráficos anteriores permite la obtención de una serie de conclusiones con respecto a lo acontecido con la ocupación en el año 2008, tanto a escala nacional como de Comunidad Autónoma:

- En primer lugar, destacar que, tanto en España como sobre todo en Andalucía, nunca se había producido una destrucción tan intensa de empleo en términos absolutos en un solo año desde que existe información trimestral al respecto, es decir, desde 1976. Hasta 2008, el año de mayor destrucción de empleo en España había sido 1993, con una reducción de la ocupación próxima a los 415.000 efectivos, lo cual se ha visto claramente superado por una destrucción que en 2008 supera los 620.000. Por su parte, en Andalucía, a excepción de 2008, el año de mayor destrucción en términos absolutos fue 1984, con una reducción de la ocupación cercana a los 122.000 efectivos, lo cual también ha sido ampliamente superado por lo acontecido en el último año, con una reducción de 166.500 personas ocupadas.

- En segundo lugar, resaltar que tanto en España como en Andalucía cuando se pasa de una fase de estancamiento a otra de expansión o de una de expansión a otra de estancamiento, normalmente existe un año de transición en el que aumenta o disminuye ligeramente la ocupación. Es lo que sucede en España y en Andalucía en el año 1985, cuando se inicia la fase expansiva de la segunda mitad de los ochenta, en 1991 cuando comienza la etapa de estancamiento de inicios de los noventa y en 1994, cuando se inicia la fase expansiva que termina en 2007. En este caso, sin embargo, al importante aumento de la ocupación de 2007, 465.100 ocupados más en España y cerca de 70.000 en Andalucía, le ha seguido sin solución de continuidad, en ambos territorios, una brusca e intensa caída del empleo en 2008.

- Finalmente, el Gráfico nº 6 muestra con claridad como en general durante las fases expansivas del ciclo, Andalucía crea en términos relativos más empleo que España, mientras que en las fases de estancamiento o recesión se destruye más empleo a escala de Comunidad Autónoma que a escala nacional. Se puede, por ello, afirmar que el empleo es en Andalucía más sensible que en España a las oscilaciones del ciclo económico. Igualmente, este mismo Gráfico permite observar cómo en ambos territorios han existido otros años más destructivos en materia de empleo que 2008, no en términos absolutos pero sí en términos relativos, tal como ocurrió en el año 1984 en Andalucía.

Como se muestra en la Tabla nº 8, Andalucía se encuentra junto con Canarias y Cataluña entre las comunidades autónomas que más empleo han

destruido en términos porcentuales durante 2008, con tasas de disminución de la ocupación superiores al 4 por ciento, mientras que en España esta tasa se sitúa en torno al 3.

Tabla nº 8

Empleo (en miles)	IVT-2007	IVT-2008	Crecimiento del empleo
Melilla	24,1	21,4	-11,20%
Canarias	911,5	832,0	-8,72%
Andalucía	3.220,9	3.054,4	-5,17%
Cataluña	3.547,3	3.399,0	-4,18%
Murcia (Región de)	635,8	612,6	-3,65%
Castilla - La Mancha	851,8	821,6	-3,55%
Extremadura	410,4	396,5	-3,39%
España	20.476,9	19.856,8	-3,03%
Rioja (La)	148,8	144,5	-2,89%
Comunitat Valenciana	2.249,1	2.188,1	-2,71%
Cantabria	263,5	256,4	-2,69%
Castilla y León	1.081,1	1.053,3	-2,57%
Aragón	616,4	601,0	-2,50%
País Vasco	998,6	975,4	-2,32%
Navarra (Comunidad Foral de)	290,6	283,9	-2,31%
Madrid (Comunidad de)	3.073,8	3.057,0	-0,55%
Galicia	1.196,1	1.195,1	-0,08%
Balears (Illes)	495,0	494,6	-0,08%
Asturias (Principado de)	437,6	442,8	1,19%
Ceuta	24,6	27,3	10,98%

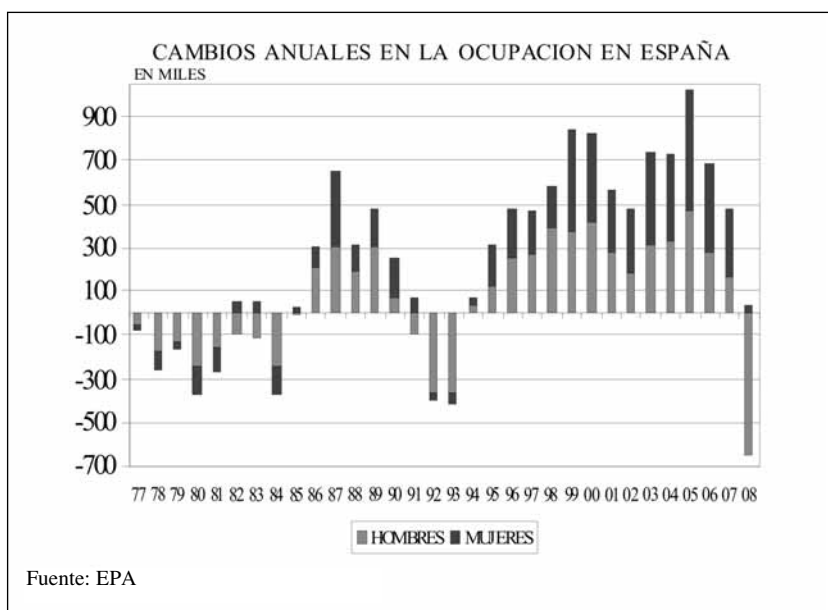
7. LA EVOLUCIÓN DE LA OCUPACIÓN SEGÚN SEXO, SECTOR DE ACTIVIDAD Y POR OCUPACIONES

En la evolución general de la ocupación que se ha producido durante 2008 coexisten tendencias muy diversas si se diferencia entre uno y otro sexo y, sobre todo, entre sectores de actividad.

- De una parte, en lo que se refiere a la creación y destrucción de empleo masculino y femenino, cabe indicar que 2008 se ajusta al comportamiento que ha venido mostrando el mercado de trabajo español y andaluz desde 1976. Durante las fases de expansión se crea

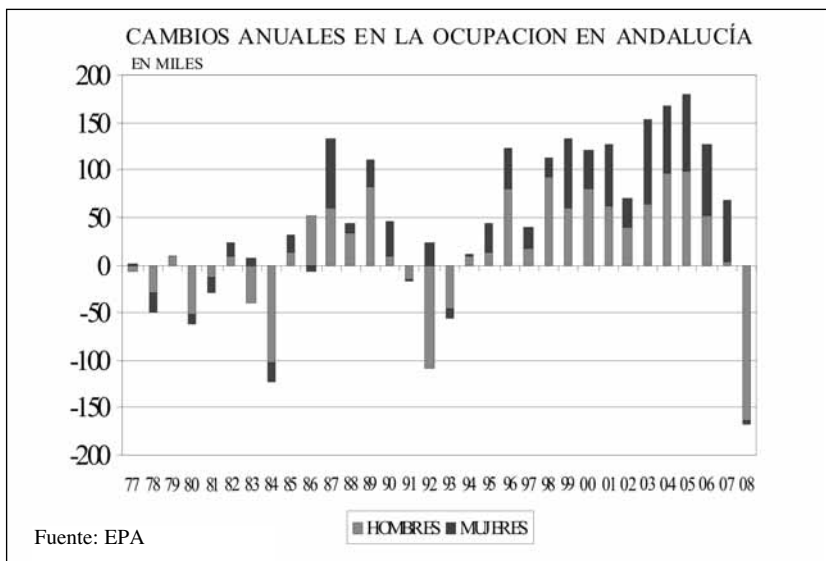
más empleo femenino que masculino, mientras que durante las fases de estancamiento se destruye más empleo masculino que femenino. Como se puede observar en el Gráfico nº 10 entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008, se han destruido en España 656.500 empleos ocupados por hombres y se han creado 36.400 empleos ocupados por mujeres. Por su parte, en el Gráfico nº 11 se muestra cómo en Andalucía la destrucción de empleo ocupado por hombres asciende a 163.200 y el ocupado por mujeres se limita tan sólo a 3.300¹⁴. Se puede afirmar, por tanto, que la importante destrucción de la ocupación de 2008 ha sido, sobre todo, tanto en España como en Andalucía, empleo ocupado por hombres, lo cual, como inmediatamente se verá, presenta cierta coherencia con los procesos de creación y destrucción de empleo por sectores de actividad.

Gráfico N° 10



¹⁴ En este caso los Gráficos 10 y 11 han sido elaborados de la misma forma que los Gráficos nº 7 y 8 aunque diferenciando entre hombres y mujeres.

Gráfico N° 11



- De otra parte, en lo que se refiere a la creación y destrucción de empleo por sectores¹⁵, los Gráficos n° 12 y 13¹⁶, el 14¹⁷ y la Tabla n° 9 permiten realizar las siguientes observaciones:

- En primer lugar, que la mayor parte de la intensa destrucción de empleo del año 2008, tanto en España como en Andalucía, se ha producido en el sector de la construcción. En España se ha destruido en este sector 558.500 empleos en un solo año, lo que supone cerca del 20,73 por ciento del empleo total existente en el mismo en el cuarto trimestre de 2007. Por su parte, en Andalucía la destrucción asciende a 143.200 empleos lo que supone cerca del 30 por ciento del empleo total existente en el cuarto trimestre de 2007 (véase Gráfico n° 14). Mientras que en la crisis de los primeros años de la década de los noventa el sector más afectado fue el industrial, en la actualidad la destrucción de empleo está afectando en mayor medida al sector de la construcción.

¹⁵ A partir de 1987 se utiliza la Clasificación Nacional de Ocupaciones de 1993.

¹⁶ En este caso los Gráficos n° 12 y 13 han sido elaborados de la misma forma que los Gráficos 7 y 8, aunque diferenciando entre sectores de actividad.

¹⁷ El Gráfico n° 14 muestra el crecimiento que se ha producido en el empleo en términos relativos entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008 diferenciando entre sectores de actividad.

- En segundo lugar, que la destrucción de empleo en el sector industrial ha sido también de cierta intensidad tanto en España como en Andalucía. En España esta destrucción asciende a 219.500 empleos, lo que representa el 6,69 por ciento del total del sector en 2007. Por su parte, la destrucción de empleo de la industria andaluza ha sido más intensa y más grave que en España, lo cual es especialmente preocupante dada la tradicional debilidad que caracteriza al tejido industrial en Andalucía. Concretamente, se destruyen 27.600 empleos, lo que supone el 8,37 por ciento de la totalidad del empleo industrial que existía en el territorio a finales de 2007. En la Tabla nº 9 se puede observar la intensa destrucción que experimentan en Andalucía en términos relativos las Industrias extractivas, refino de petróleo, industria química, transformación de caucho, metalurgia, energía y agua.

- Finalmente, a diferencia de lo que ocurre con los dos sectores anteriores, que tienen un fuerte carácter cíclico, es decir, que destruyen empleo durante las fases de estancamiento y lo crean durante las de expansión, el sector primario casi todos los años destruye empleo, como consecuencia de los incrementos de productividad debidos fundamentalmente a la mecanización y a los cambios tecnológicos, mientras que el sector servicios crea intensamente empleo durante los años de expansión y también, incluso, aunque de forma más moderada, en algunos años de las fases de estancamiento. Concretamente, en España entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008 se crean en torno a 200.000 empleos en este último sector, lo que supone una creación en términos relativos próxima al 1,5 por ciento, mientras que Andalucía esta creación asciende a 17.300, lo que supone un porcentaje del 0,8 por ciento. No obstante, debido a las características de la actual crisis, es muy probable que la destrucción de empleo se extienda al sector servicios en 2009. En la Tabla nº 9 se puede observar la considerable destrucción de empleo, en términos relativos, que se ha producido ya en Andalucía en la rama de Transporte, almacenamiento y comunicaciones y de Intermediación financiera, actividades inmobiliarias y servicios empresariales. Igualmente, destaca la notable creación de empleo que se produce en Andalucía y España en Administración Pública, educación, actividades sanitarias y veterinarias y servicios sociales.

Esta evolución del empleo sectorial es consistente con la creación y destrucción del empleo ocupado por hombres y por mujeres, debido a que los sectores y ramas de actividad en los que más ha disminuido la ocupación dan empleo fundamentalmente a hombres (construcción, transporte y ciertas ramas industriales), mientras que la mayor parte de las mujeres encuentran empleo en el sector servicios.

Gráfico N° 12

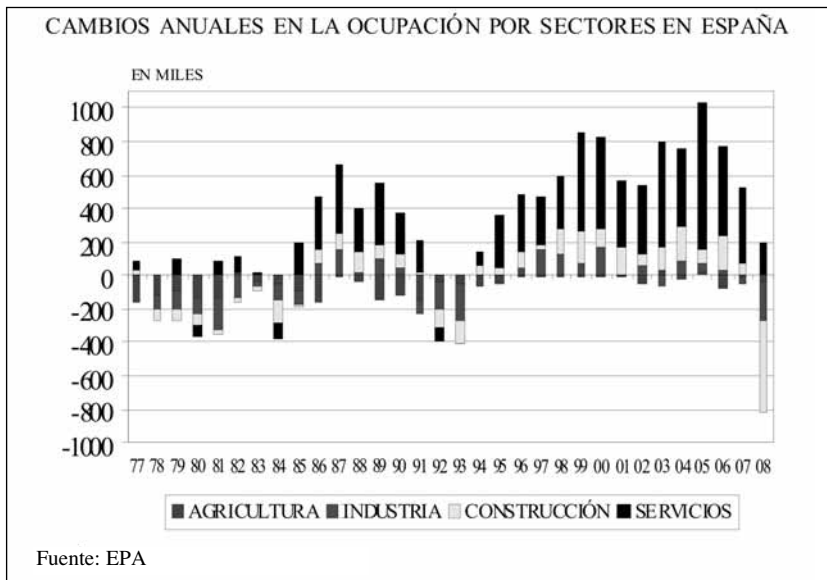


Gráfico N° 13

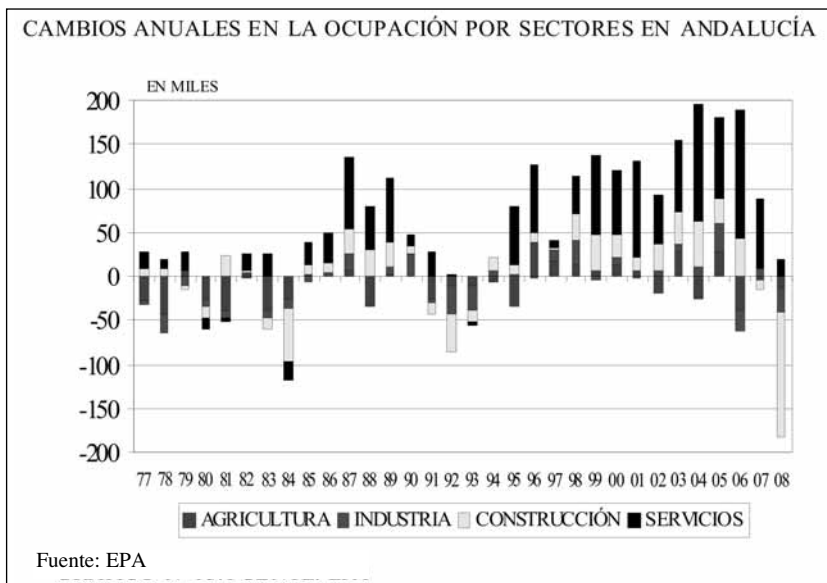


Gráfico N° 14

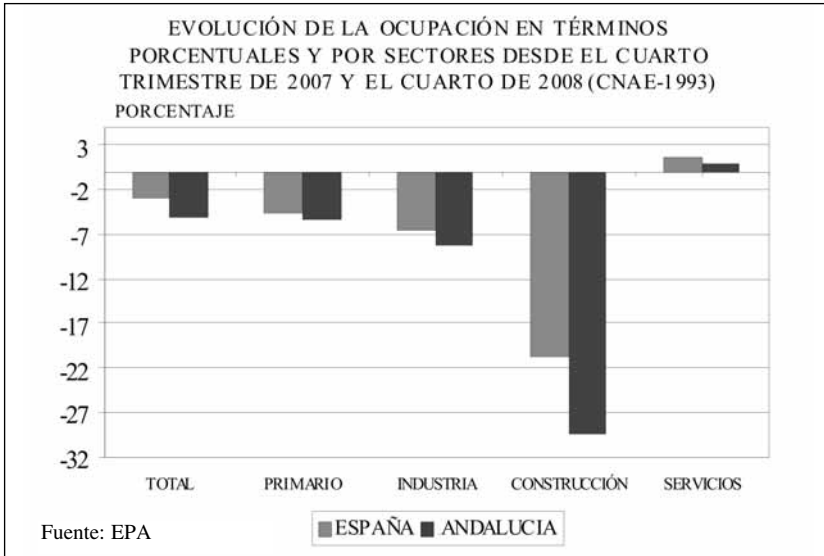


Tabla n° 9

Crecimiento del empleo entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008	España	Andalucía
Total	-3,03%	-5,17%
Agricultura, ganadería, caza, silvicultura y pesca	-4,68%	-5,44%
Industrias de alimentación, bebidas y tabaco; textil y confección; cuero y calzado; madera y corcho; papel, edición y artes gráficas	-6,97%	-5,38%
Industrias extractivas; refino de petróleo; industria química; transformación de caucho, metalurgia; energía y agua	-6,40%	-14,63%
Construcción de maquinaria, material eléctrico, material de transporte e industrias manufactureras diversas	-6,75%	-3,60%
Construcción	-20,74%	-29,50%
Comercio y Hostelería	-0,68%	2,94%
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	1,53%	-8,12%
Intermediación financiera, actividades inmobiliarias y servicios empresariales	-0,52%	-7,63%
Administración pública, educación, Actividades sanitarias y veterinarias; servicios sociales	6,26%	8,81%
Otros servicios; actividades de los hogares y Organismos extraterritoriales	0,15%	-7,15%

En la Tabla nº 10 se muestra la creación y destrucción de empleo diferenciando entre los diversos tipos de ocupaciones contempladas en la EPA. Como muestra la referida Tabla, en España solamente se ha creado empleo entre los Técnicos, profesionales, científicos e intelectuales, Trabajadores de Servicios de restauración, personales, protección y vendedor de comercio y Fuerzas Armadas. En Andalucía a la lista anterior hay que añadir la Dirección de las Empresas y de las Administraciones Públicas, aunque con una creación de empleo muy reducida. Por su parte, destaca la fuerte destrucción de empleo tanto en España como en Andalucía de las siguientes ocupaciones: Artesanos y trabajadores cualificados de industrias manufactureras, construcción, minería excepto operadores; Operadores de instalaciones y maquinaria; montadores y Trabajadores no cualificados.

Tabla nº 10

Evolución de la ocupación entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008	España		Andalucía	
	Términos absolutos en miles	Términos relativos	Términos absolutos en miles	Términos relativos
Total	-620,1	3,03%	-166,5	5,17%
Dirección de las empresas y de las Administraciones Públicas	-8,3	-0,53%	2,1	0,86%
Técnicos, profesionales, científicos e intelectuales	69,3	2,73%	24,5	7,27%
Técnicos y profesionales de apoyo	-5,9	-0,24%	-21,2	-5,91%
Empleados de tipo administrativo	-56,9	-2,99%	-5,2	-2,14%
Trabajadores de Servicios restauración, personales, protección y vendedor de comercio	131,6	4,19%	46,8	9,15%
Trabajadores cualificados De la agricultura y de la pesca	-31,7	-6,29%	1,7	2,20%
Artesanos y trabajadores cualificados de industrias manufactureras, construcción, minería excepto operadores	-444,1	-13,17%	-118,3	-20,69%
Operadores de instalaciones y maquinaria; montadores	-133,3	-6,93%	-19,1	-7,83%
Trabajadores no cualificados	-157,8	-5,23%	-81,3	-13,31%
Fuerzas Armadas	17	19,77%	3,5	15,09%

8. LA EVOLUCIÓN DEL EMPLEO POR CUENTA PROPIA Y POR CUENTA AJENA

La desagregación de la creación y destrucción de la ocupación entre las diversas categorías en las que se divide el empleo por cuenta propia y ajena también permite resaltar algunas conclusiones de interés. Como se muestra en la Tabla nº 11, entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008, en España se destruye empleo tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, aunque con mucha más intensidad en este último apartado. Por su parte, en Andalucía se destruye empleo por cuenta ajena con más intensidad que en España, un 6,65 por ciento frente a un 3,37, mientras que se crea, aunque de forma muy limitada, empleo por cuenta propia. Pero quizás la observación más relevante que se puede hacer a la vista de la Tabla nº 11 es que la considerable creación de empleo público que se ha producido durante 2008, un 4 por ciento en España y un 5 en Andalucía, ha mitigado la fuerte destrucción de empleo privado que se ha producido este mismo año. En este sentido hay que resaltar que desde el cuarto trimestre de 2007 al cuarto de 2008 el empleo por cuenta ajena de carácter privado ha experimentado una contracción en España cercana al 5 por ciento, mientras que esta contracción se ha elevado al 9,43 por ciento en el caso de Andalucía. Además, el empleo público creado en 2008 tanto en Andalucía como en España ha sido muy superior al creado durante los años inmediatamente anteriores de expansión económica, concretamente los años 2005, 2006 y 2007.

Tabla nº 11

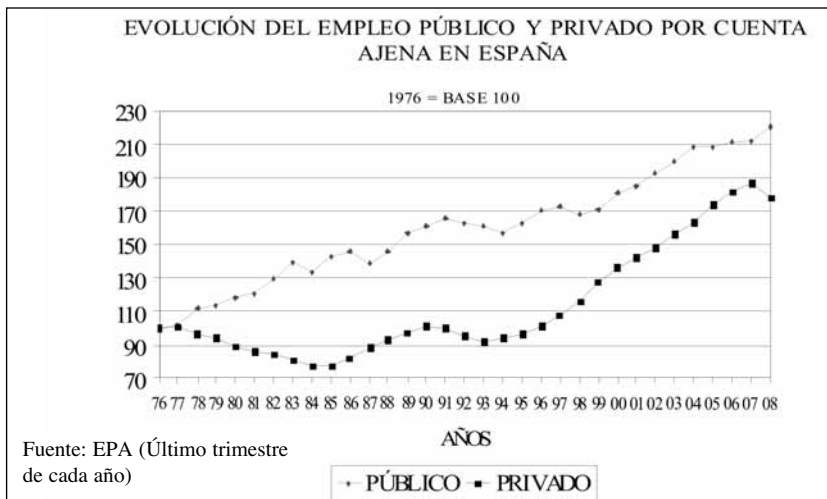
Evolución de la ocupación entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008	España		Andalucía	
	Términos absolutos en miles	Términos relativos	Términos absolutos en miles	Términos relativos
Total	-620,10	-3,03%	-166,50	-5,17%
Ocupados por cuenta propia	-58,20	-1,62%	10,10	1,80%
Empleador	29,00	2,55%	20,10	11,25%
Empresario sin asalariados o trabajadores autónomos	-75,70	-3,46%	-5,20	-1,56%
Miembros de cooperativa	-6,20	-9,04%	-1,40	-17,28%
Ayuda familiar ¹⁸	-5,30	-2,62%	-3,30	-7,91%
Asalariados	-568,30	-3,37%	-176,70	-6,65%
Asalariados del sector público	116,20	3,99%	25,70	5,03%
Asalariados del sector privado	-684,60	-4,90%	-202,40	-9,43%
Otra situación	6,50	91,55%	0,10	3,85%

¹⁸ Se trata de personas que trabajan sin una remuneración reglamentada en el negocio o la empresa de un familiar con el que conviven.

En el Gráfico nº 15 se presenta, desde el cuarto trimestre de 1976 hasta el cuarto de 2008, la evolución del empleo público y privado por cuenta ajena en España¹⁹. Para la elaboración de este Gráfico se ha igualado a 100 ambos tipos de empleo en el cuarto trimestre de 1976 y se ha representado la evolución posterior, siempre tomando en consideración el cuarto trimestre de cada año. Varias son las conclusiones que se pueden obtener a la vista del referido Gráfico:

- En primer lugar, indicar que mientras el empleo privado por cuenta ajena tiene un marcado carácter cíclico, el de carácter público solo experimenta un cierto descenso durante la crisis de los primeros años de la década de los noventa.
- En segundo lugar, si se toman en consideración el año inicial y el final se puede afirmar que el empleo público ha crecido en España más que el privado por cuenta ajena, sin que por ello se haya producido una transformación fundamental en el peso de ambos tipos de empleo en el conjunto de la economía nacional. Si el peso del empleo público era en el cuarto trimestre de 1976 del 15,5 por ciento, en el cuarto trimestre de 2008 tan solo había ascendido al 18,58 por ciento.
- Finalmente, se puede observar la divergencia que se produce en 2008 entre ambos tipos de empleo, al coexistir un considerable incremento del de carácter público y una considerable disminución del privado.

Gráfico N° 15



¹⁹ Desafortunadamente no existe una información similar referida a Andalucía que abarque un periodo tan amplio.

En la Tabla nº 12 se muestra la creación y destrucción del empleo asalariado total, de carácter público y de carácter privado entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008 por comunidades autónomas. Como se puede observar en todas las comunidades se destruye empleo asalariado de carácter privado y con especial intensidad en los casos de Canarias, Andalucía, Extremadura y Murcia, con tasas de destrucción superiores al 6 por ciento. Sin embargo, una amplia mayoría de comunidades autónomas crean empleo asalariado de carácter público, destacando a este respecto Baleares, Murcia, Canarias, Madrid y Asturias con tasas de creación superiores al 6 por ciento.

Tabla nº 12

Creación y destrucción de empleo asalariado por comunidades autónomas entre el cuarto trimestre de 2007 y el cuarto de 2008			
	Asalariados	Asalariados	Asalariados
España	-3,37%	3,99%	-4,90%
Andalucía	-6,65%	5,03%	-9,43%
Aragón	-3,70%	0,71%	-4,77%
Asturias (Principado de)	0,40%	6,5%	-1,18%
Baleares (Illes)	-1,11%	23,38%	-4,87%
Canarias	-10,03%	7,68%	-13,87%
Cantabria	-3,50%	1,96%	-4,86%
Castilla y León	-2,89%	-0,22%	-3,63%
Castilla – La Mancha	-1,90%	1,78%	-2,98%
Cataluña	-4,67%	2,61%	-5,73%
Comunitat Valenciana	-2,27%	4,92%	-3,38%
Extremadura	-4,25%	2,75%	-7,29%
Galicia	1,40%	-2,55%	2,47%
Madrid (Comunidad de)	-0,46%	6,54%	-1,88%
Murcia (Región de)	-3,65%	14,99%	-6,92%
Navarra (Comunidad Foral de)	-2,19%	-3,57%	-1,86%
País Vasco	-2,81%	-0,88%	-3,21%
Rioja (La)	-3,12%	-5,19%	-2,67%
Ceuta	6,51%	0,88%	12,87%
Melilla	-16,67%	9,57%	-46,53%

9. LOS CAMBIOS EN EL EMPLEO FIJO Y TEMPORAL

Por lo que respecta al empleo asalariado fijo y temporal, la EPA comenzó a proporcionar información al respecto con carácter trimestral a partir del

segundo trimestre de 1987, en el caso de España, y a partir del primer trimestre de 2005, en el de Andalucía.

A escala nacional es posible realizar las siguientes observaciones en lo relativo a la evolución de ambos tipos de empleo asalariado (Véase el Gráfico nº 16²⁰):

- En primer lugar, durante los años de la segunda mitad de la década de los ochenta sobre los que existe información al respecto, cabe indicar que la creación neta de empleo asalariado es el resultado de dos tendencias contradictorias: considerable creación de empleo temporal y destrucción de empleo fijo. Durante este periodo se destruyen 247.300 empleos fijos y se crean 1.795.900 empleo temporales. La fuerte creación de empleo de estos años es exclusivamente de carácter temporal, unido a una importante sustitución de empleo fijo por este otro empleo menos estable para el conjunto del mercado de trabajo. La tendencia hacia una menor estabilidad laboral fue puesta reiteradamente de manifiesto por los sindicatos durante este periodo.

- En segundo lugar, durante la fase de estancamiento que transcurre desde el cuarto trimestre de 1990 hasta el cuarto de 1994, y en contra de las predicciones de la mayoría de los analistas, se destruye empleo fijo y se crea ligeramente empleo temporal. Probablemente el carácter eminentemente industrial de esta crisis explique la aparente paradoja que supuso que el empresario eliminara el empleo que resultaba más costoso destruir, ya que la industria era, y continúa siendo, el sector con menor tasa de temporalidad²¹. Durante este periodo se destruye empleo fijo casi todos los trimestres, a la vez que en la mayoría se crea empleo temporal. No obstante, hubo algunas excepciones en las que se destruyó intensamente empleo temporal, como así ocurrió en el cuarto trimestre de 1992 y el primero de 1993, como consecuencia de la finalización de la Exposición Universal y de las Olimpiadas. Durante este periodo se destruyen cerca de 700.000 empleos fijos y se crean aproximadamente 100.000 empleos temporales.

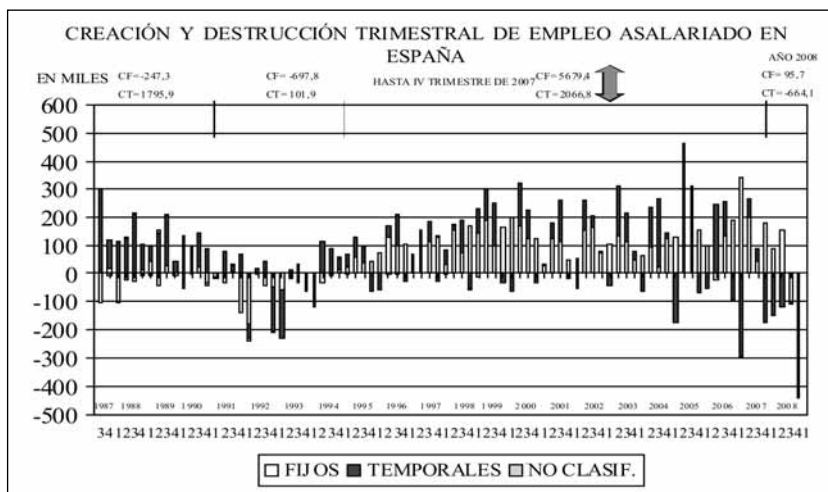
- En tercer lugar, durante la fase expansiva que transcurre entre el cuarto trimestre de 1994 y el cuarto de 2007, se produce una intensa creación neta de empleo asalariado. En este periodo el número de asala-

²⁰ El Gráfico nº 16 ha sido elaborado restando al empleo fijo o temporal existente cada trimestre el existente en el trimestre anterior. Si el empleo fijo o temporal aumentan en un trimestre, la barra correspondiente se encontrará por encima del cero, en caso contrario se encontrará por debajo.

²¹ La tasa de temporalidad ilustra

riados crece en cerca de 7.750.000 efectivos, aunque a diferencia de la anterior etapa expansiva, la mayor parte del empleo creado fue de carácter fijo. Concretamente, se crearon 5.679.400 empleo fijos y 2.066.800 de carácter temporal. Por otra parte, mientras que hubo trimestres en los que se creó empleo temporal y otros en los que se destruyó, el empleo fijo creció en todos los trimestres de esta larga etapa expansiva, con la salvedad poco relevante del segundo trimestre de 2006.

- Finalmente, durante el año 2008, de fuerte destrucción de empleo, a diferencia de lo sucedido durante la crisis de principios de los noventa, el empleo que se ha destruido ha sido exclusivamente de carácter temporal, mientras que el fijo, paradójicamente, ha crecido ligeramente. De los cuatro trimestres de 2008, en los dos primeros, se crea en España empleo estable, 88.900 y 153.400 empleos, respectivamente, y en los dos últimos se destruye este tipo de empleo. Sin embargo, en los cuatro trimestres se destruye empleo temporal y con especial intensidad en el último trimestre del año, en el que desaparecen cerca de 400.000. En este sentido hay que tener presente que durante la crisis actual la contracción del sector de la construcción, donde abunda el empleo temporal, ha adquirido una enorme importancia. No obstante, el comportamiento ha sido muy desigual en el sector privado y en el público, como se puede observar en la Tabla nº 13. Así en España, el primero de los sectores anteriores crea ligeramente empleo fijo y destruye una gran cantidad de empleo temporal, mientras que el segundo crea empleo tanto fijo como temporal. En Andalucía, el sector privado destruye ligeramente empleo fijo e intensamente el temporal, mientras que el sector público solamente crea empleo de carácter temporal.



En el Gráfico nº 17 se presenta la evolución de la tasa de temporalidad en España trimestre a trimestre desde el segundo de 1987 hasta el cuarto de 2008. Como muestra el Gráfico indicado, la evolución experimentada por el empleo fijo y temporal, anteriormente comentada, ha dado lugar durante los últimos tres años a una reducción sustancial de la tasa de temporalidad que se sitúa a niveles del cuarto trimestre de 1989 y en torno a un 28 por ciento. Esta reducción de la tasa de temporalidad es el resultado, en primer lugar, de los efectos combinados de las diversas medidas puestas en práctica por la reforma laboral de 2006, lo cual debe ser valorado de forma positiva, aunque también es consecuencia de la fuerte destrucción del empleo temporal que se ha producido en el sector de la construcción durante 2008.

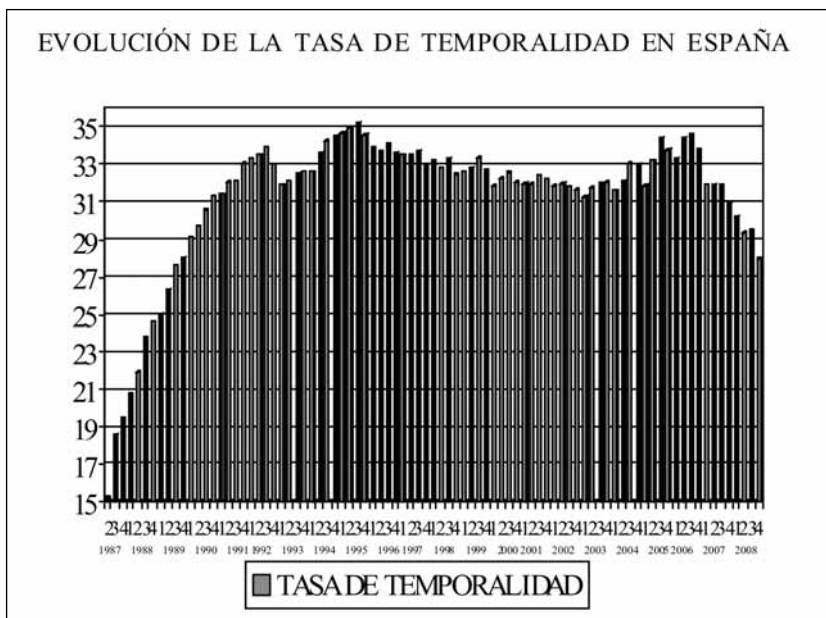


Tabla nº 13

Creación y destrucción de empleo asalariado por tipo de contrato Desde el cuarto trimestre de 2007 al cuarto de 2008				
	España		Andalucía	
	Términos absolutos en miles	Términos relativos	Términos absolutos en miles	Términos relativos
Asalariados total	-568,3	-3,37%	-176,7	-6,65%
Asalariados con contratos indefinidos	95,7	0,82%	-5,3	-0,35%
Asalariados con contratos temporales	-664,1	-12,73%	-171,4	-15,13%
Asalariados del sector privado	-684,6	-4,90%	-202,4	-9,43%
Asalariados del sector privado con contratos indefinidos	32,7	0,34%	-5,3	-0,47%
Asalariados del sector privado con contratos temporales	-717,3	-16,01%	-197,1	-19,53%
Asalariados del sector público	116,2	3,99%	25,7	5,03%
Asalariados del sector público con contratos indefinidos	63	2,90%	0	0,00%
Asalariados del sector público con contratos temporales	53,1	7,20%	25,7	20,83%

La evolución anterior del empleo fijo y temporal a escala nacional ha dado lugar a que en todas las comunidades autónomas la tasa de temporalidad general y la del sector privado hayan experimentado una considerable reducción durante el año 2008 (véase la Tabla nº 14). Destaca en este sentido la disminución en la tasa de temporalidad en el sector privado en Canarias, Asturias, La Rioja y Andalucía. A la vez, en un número considerable de comunidades autónomas, la tasa de temporalidad del sector público ha aumentando, destacando los casos de Cantabria, Castilla-León, Murcia y Andalucía. Por su parte, la comunidad autónoma con la tasa de temporalidad más elevada en el cuarto trimestre de 2008 continúa siendo Andalucía, seguida de Extremadura, Murcia y Canarias. En lo relativo al sector privado las tasas de temporalidad más elevadas eran, en el cuarto trimestre de 2008, las de Andalucía, Murcia, Extremadura y Castilla La Mancha, mientras que en lo tocante al sector público eran las de Extremadura, Canarias, País Vasco y Navarra.

Tabla nº 14

	Tasa de temporalidad general		Tasa de temporalidad en el sector privado		Tasa de temporalidad en el sector público	
	IVT-2007	IVT-2008	IVT-2007	IVT-2008	IVT-2007	IVT-2008
España	30,92%	27,93%	32,09%	28,34%	25,31%	26,10%
Andalucía	42,64%	38,76%	47,05%	41,80%	24,14%	27,77%
Aragón	27,38%	25,35%	28,46%	25,36%	22,95%	25,30%
Asturias (Principado de)	31,05%	25,66%	31,96%	26,09%	27,52%	24,16%
Baleares (Illes)	28,80%	26,13%	29,38%	26,99%	25,05%	21,80%
Canarias	37,31%	31,92%	38,25%	31,24%	32,91%	34,46%
Cantabria	28,25%	26,53%	30,39%	26,83%	19,32%	25,42%
Castilla y León	26,37%	24,90%	27,74%	24,83%	21,40%	25,15%
Castilla – La Mancha	32,84%	30,70%	34,26%	31,02%	28,04%	29,75%
Cataluña	23,42%	19,39%	23,27%	18,89%	24,44%	22,57%
Comunitat Valenciana	34,34%	31,84%	35,35%	32,61%	27,76%	27,27%
Extremadura	39,78%	38,04%	40,83%	37,65%	37,27%	38,85%
Galicia	29,49%	29,86%	30,54%	30,44%	25,55%	27,55%
Madrid (Comunidad de)	24,45%	22,16%	25,61%	23,24%	18,71%	17,21%
Murcia (Región de)	39,32%	36,46%	41,79%	38,06%	25,29%	29,06%
Navarra (Comunidad Foral de)	27,42%	23,34%	26,15%	21,92%	33,67%	30,69%
País Vasco	28,37%	25,86%	27,15%	24,05%	34,26%	34,42%
Rioja (La)	26,05%	21,06%	27,00%	21,20%	21,70%	20,40%
Ceuta	33,95%	37,55%	37,62%	30,70%	31,58%	44,355
Melilla	31,02%	39,44%	30,69%	53,70%	31,30%	33,33%

10. CONCLUSIONES

En suma el análisis de los datos de la EPA relativos al cuarto trimestre de 2008 en España y en Andalucía, permite llegar a tres conclusiones fundamentales:

- En primer lugar, que aunque los mercados de trabajo nacional y andaluz han estado, en términos relativos, en peor situación en otros momentos de nuestra historia reciente nunca, desde que existe información al respecto, se había producido un deterioro tan intenso en un solo año.

- En segundo lugar, que una parte importante de las mejoras logradas en el mercado de trabajo, tanto a escala nacional como autonómica, durante trece años de expansión económica continuada, han desaparecido una vez transcurrido poco más de un año desde el inicio de la crisis económica actual.

- En tercer lugar, se confirma una vez más que en momentos de crisis económica el mercado de trabajo andaluz experimenta una evolución más negativa que el mercado de trabajo nacional.

- Finalmente, indicar que, a la luz de lo acontecido en el mercado de trabajo durante 2008, la necesidad de llevar a cabo un importante programa de reformas parece imponerse. Reformas que deberán desbordar con mucho el ámbito de lo laboral y que por su profundidad deberán tener como base un amplio consenso social.

EL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO: BALANCE SUMARIO Y PERSPECTIVAS

ANTONIO MARTÍN VALVERDE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Magistrado del Tribunal Supremo*

EXTRACTO

Palabras Clave: Trabajo Autónomo

El análisis sucinto, pero pormenorizado, del conjunto normativo que ha supuesto la aprobación de la Ley 20/2007 y de su normativa reglamentaria de desarrollo constituye el objeto principal del presente trabajo. A tal fin se presentan los grandes bloques temáticos de la nueva regulación, entre los que destacan los referidos al trabajo económicamente dependiente, incluidas las múltiples variedades por razón subjetiva o del especial sector profesional en el que se insertan sus protagonistas (transportistas, agentes comerciales y/o de seguros).

El estudio no elude precisar por ello las consecuencias dogmáticas que en la reformulación del concepto de dependencia supone la creación de esta nueva zona fronteriza o marca, caracterizada por situarse precisamente intra y extra muros –al mismo tiempo- de los dos grandes campos o áreas de delimitación de las formas de trabajo y empleo: el asalariado y el autónomo por cuenta propia, en el sentido de vaticinar el necesario repliegue dogmático que supone del área laboral entendida en sentido estricto. Así como su repercusión en el quehacer de la Jurisdicción Social como consecuencia de la reforma de las normas de competencia o por el devenir de las formas de asociación y representación que se permiten a este nuevo perfil profesional.

ABSTRACT

Key Words: Self-Employed

The concise, yet detailed, analysis of the legal body entailed by Law 20/2007 and its normative development constitutes the main object of this work. To this end, the main theme blocks of this new regulation are presented; amongst these, economically dependent work stands out, including the multiple varieties thereof, either due to subjective reasons or due to the special professional sector in which the protagonists work in (transport, sales and/or insurance agents).

The study does not avoid the dogmatic consequences entailed by the creation of this new bordering area or mark in reformulating the concept of dependence, characterised by being, at the same time, on the inside and the outside of the two main fields or areas that limit the forms of labour and employment: waged work and self-employment. It looks at the prospects of the necessary dogmatic fold in the area of labour, understood in a strict sense. Similarly, the repercussion it will have in the work of Social Jurisdiction as a consequence of amending competence regulations or the evolution of forms of association and representation allowed in this new professional profile.

ÍNDICE

1. LA LEY Y EL REGLAMENTO DEL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO
2. “RÉGIMEN PROFESIONAL”, “DERECHOS COLECTIVOS” Y “PROTECCIÓN SOCIAL” DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN LA LEY DEL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO
3. REGULACIÓN LEGAL DE LAS CONDICIONES DE EMPLEO Y TRABAJO DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES
4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ACTIVIDAD DEL AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE
5. FORMA Y FORMALIDADES DEL CONTRATO DE ACTIVIDAD DEL AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE
6. DIVERSIDAD Y HETEROGENEIDAD DEL CONTENIDO DE LA LEY 20/2007 Y DE SU REGLAMENTO DE DESARROLLO
7. NOVEDAD PRINCIPAL DE LA LEY 20/2007: LA “MARCA” O DISTRITO INTERMEDIO DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES
8. REPERCUSIONES DOGMÁTICAS DE LA LEY DEL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO
9. LOS “ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL” Y EL IMPACTO DE LA LEY 20/2007 EN EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN DE INTERESES PROFESIONALES
10. PREVISIONES SOBRE EL IMPACTO DE LA LEY DEL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO EN LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

1. LA LEY Y EL REGLAMENTO DEL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO

La dilatada tramitación parlamentaria de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA)¹ terminó con la aprobación de la misma por parte del Congreso de los Diputados en la sesión de 28 de junio de 2007. El texto legal se publicó en el BOE de 12 de julio de 2007. Con carácter general, su entrada en vigor tuvo lugar “a los tres meses de su publicación” oficial (Disposición final 3^a), es decir el 12 de octubre de 2007. Pero, a efectos de la puesta en práctica efectiva de muchos de sus preceptos, precisamente los más innovadores, hay que tener en cuenta las disposiciones transitorias y las

¹ La Ley 20/2007 se autodenomina del “trabajo autónomo”, pero la delimitación de su ámbito de aplicación se lleva a cabo por referencia, no a elementos objetivos (el trabajo autónomo) sino a elementos subjetivos (los trabajadores autónomos) y de actividad (los contratos de obras o servicios de dichos trabajadores). Por otra parte, la referencia a los “trabajadores autónomos” combina mejor, seguramente, con el término “estatuto” que la referencia al “trabajo autónomo”. Sobre la gestación de la Ley, A. Montoya Melgar, R. Martín Jiménez, *Estatuto del Trabajo Autónomo.- Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007; y VV. AA. (Dir. J. Cruz Villalón, F. Valdés Dal-Ré), *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, La Ley, Madrid, 2008. Noticia de las vicisitudes de la tramitación parlamentaria de los distintos preceptos que componen la Ley en VV. AA. (Dir. I. García Ninet, Coord. I. Ballester), *Comentario a la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo*, CISS, Bilbao, 2007.

previsiones reglamentarias de la Ley, relacionadas entre sí del modo que veremos luego. Buena parte de estas previsiones reglamentarias, pero no todas, se han cumplido mediante la aprobación en fecha reciente del RD 197/2009, de 23 de febrero, publicado en el BOE del pasado 4 de marzo.

Las competencias invocadas para la aprobación de la LETA ponen de relieve la ubicación de la misma en una zona de contacto de varias ramas del Derecho. De acuerdo con su Disposición final 1ª, dichos títulos competenciales son los mencionados en el art. 149.1.5ª (“Administración de Justicia”), 6ª (“Legislación mercantil”), 7ª (“Legislación laboral”), 8ª (“Legislación civil”) y 17ª (“Legislación básica...de la Seguridad Social”)². Este dato de la diversidad de títulos competenciales afectados refleja con claridad uno de los rasgos característicos del Estatuto del Trabajo Autónomo, que es su afectación pluridisciplinar. Si en la regulación de las condiciones de empleo y trabajo la inspiración de la nueva normativa es inequívocamente laboral, en otros aspectos fundamentales, como las fuentes de las obligaciones contractuales o el régimen de la actividad profesional, la impronta civil y mercantil (o administrativa) es bien notable.

La sistemática de la LETA, que proporciona otra buena primera visión de su contenido, distingue en su parte articulada, después de la delimitación del trabajo autónomo por vía de definición y de inclusiones y exclusiones concretas (Título I, arts. 1-2), entre el “régimen profesional del trabajador autónomo” (Título II), los “derechos colectivos del trabajador autónomo” (Título III), la “protección social del trabajador autónomo” (Título IV), y el “fomento y promoción del trabajo autónomo” (Título V). Esta parte articulada está precedida de un “preámbulo”, con datos de interés sobre el volumen y la diversidad del grupo profesional regulado; y seguida por la habitual cohorte de disposiciones extrasistemáticas (adicionales, transitorias y finales), entre las que destacan las modificaciones de la Ley de Procedimiento Laboral y las normas sobre colectivos especiales de autónomos (transportistas, agentes de seguros, agentes comerciales).

Por su parte, el RD 197/2009, Reglamento de desarrollo de la LETA, ha dado cumplimiento, como era de esperar, a los principales encargos de regulación complementaria contenidos en la Ley; a saber, el encargo de regular la “forma”, las “características” y el “registro” de los contratos de actividad de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADEs) (art. 12.1), y el encargo de determinar los supuestos de inclusión de los agentes de seguros

² La DF 1ª del Reglamento aprobado por RD 197/2009 se remite también a estos títulos competenciales, con excepción del mencionado en el art. 149.1.5ª (“Administración de Justicia”), materia reservada a Ley.

en este grupo de los TRADEs (Disposición Adicional décimoséptima)³. El primero de estos encargos legales de desarrollo reglamentario iba acompañado de un plazo expreso para su cumplimiento: “un año desde la entrada en vigor” de la Ley (Disposición Final quinta). Por su parte, la determinación de los supuestos en que un contrato de agente de seguros quedaría sujeto a dicha regulación del contrato de actividad del TRADE no está sometida a plazo de manera explícita (DA 17^a), si bien concurrían sólidas razones para entender que la manera adecuada de cumplir tal previsión reglamentaria era la de atenerse al plazo previsto en la DF 5^a.

La imposición de un plazo al encargo reglamentario sobre el contrato el contrato de actividad del TRADE, extendido en buena lógica al contrato del agente de seguros sometido a la misma normativa del TRADE, no es difícil de comprender a la vista de las disposiciones transitorias de la Ley, que han producido el efecto práctico de diferir hasta el desarrollo reglamentario la aplicación efectiva de algunos aspectos de su articulado, precisamente los más novedosos. Tales disposiciones transitorias son las que se refieren a la “adaptación de los contratos vigentes” de los TRADEs a la nueva regulación legal, adaptación que se ha de producir “dentro del plazo de seis meses desde la entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias” de la LETA (Disposición Transitoria segunda); salvo “en el sector del transporte” y “en el sector de los agentes de seguros”, donde el plazo de adaptación de los contratos se amplía “hasta los dieciocho meses” desde la misma fecha de vigencia del reglamento de desarrollo de la LETA (Disposición Transitoria tercera)⁴.

³ Otros encargos reglamentarios pendientes son el desarrollo de los “criterios objetivos” de representatividad de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, entre ellos los criterios enunciados por vía de ejemplo en la Ley (art. 21.1 y 2); y la regulación detallada de la composición y el funcionamiento de un organismo consultivo llamado “Consejo del Trabajo Autónomo” (art. 22.6). Téngase en cuenta, además, que la Disposición Final tercera contiene una habilitación general al Gobierno “para dictar cuantas disposiciones sean necesarias” para la aplicación y desarrollo de la Ley, habilitación utilizada en el RD 197/2009 (Capítulo III, artículos 12-20) para la regulación del “Registro estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos”, cuya creación, como registro “específico y diferenciado del de cualesquiera otras organizaciones sindicales, empresariales o de otra naturaleza”, prevé el art. 20.3 LETA; y cuya labor se encarga en el mismo artículo de la Ley a una “oficina pública establecida al efecto en el “Ministerio de Trabajo” o en el órgano homólogo de la “correspondiente Comunidad Autónoma”.

⁴ Como se habrá advertido, el RD 197/2009 ha cumplido con algún retraso (cuatro meses y unos días) el encargo del legislador sobre el contrato de actividad TRADE (DF 5^a Ley 20/2007).

2. “RÉGIMEN PROFESIONAL”, “DERECHOS COLECTIVOS” Y “PROTECCIÓN SOCIAL” DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN LA LEY DEL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO

Como es bien sabido, una de las claves de la LETA es la distinción de dos grandes grupos de trabajadores autónomos: los autónomos de régimen común u ordinario y los ya citados autónomos económicamente dependientes (TRADEs). Esta clasificación introduce un factor de diversidad de régimen jurídico muy notable entre unos y otros. De ahí la importancia de precisar con la máxima claridad posible las notas que distinguen a los TRADEs, entre las que destaca la prestación de servicios de manera predominante para un mismo cliente⁵.

Pero no nos vamos a detener en el presente trabajo en este complejo problema de los diferentes ámbitos subjetivos del Estatuto del Trabajo Autónomo. Nuestro propósito aquí es más limitado. Se trata de ofrecer un balance sumario del impacto previsible de la nueva normativa en los principales sectores de la vida social en que la misma va a incidir o está incidiendo ya, con mayor o menor intensidad. Estos sectores de la vida social en los que se percibe el impacto de la nueva legislación son – quizás no esté de más adelantarlo aquí – la ordenación jurídica del trabajo, el mercado de empleo, la representación de los grupos profesionales y la jurisdicción social.

Para llevar a cabo este balance sumario es conveniente exponer primero las novedades más destacadas del Estatuto del Trabajo Autónomo, exposición que podemos efectuar siguiendo el orden sistemático de la LETA, donde se separan, como hemos visto, disposiciones sobre el “régimen profesional”, los “derechos colectivos” y la “protección social” de los trabajadores autónomos⁶. Respecto de estos tres grupos de disposiciones cabe distinguir un tronco común de

⁵ Respecto de los autónomos comunes, los TRADEs se diferencian, como dice la LETA y hemos visto más arriba, por la prestación de actividad “predominante” para un solo cliente; la definición de actividad predominante se determina sobre la base de un umbral numérico, que es el 75 % de los “ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales” del autónomo (art. 11.1 LETA). El art. 2.1 RD 197/2009 aporta precisiones sobre los ingresos computables, dentro de los que se incluye la remuneración “en especie”, valorada con los criterios de la legislación fiscal; y, en caso de que el autónomo desempeñe paralelamente trabajo por cuenta ajena, la retribución salarial.

⁶ No tratamos aquí del cuarto de los apartados de la Ley, dedicado al “fomento y promoción del trabajo autónomo”. De este apartado, integrado por disposiciones programáticas bastante inconcretas, se puede prescindir con tranquilidad en este repaso sumario. El objetivo del fomento del trabajo autónomo es plausible; pero lo importante para conseguirlo no es la retórica del legislador sino la creación de un marco normativo que efectivamente lo favorezca, y también lo que hagan en realidad los poderes públicos en la aplicación de la legislación de empleo establecida.

preceptos que se aplica a todos los trabajadores autónomos y una rama principal de normas para los trabajadores autónomos económicamente dependientes. El tronco común está constituido en su mayor parte por una compilación de disposiciones que, expresadas en reglas o contenidas en principios generales, ya pertenecían al ordenamiento jurídico. La principal novedad en este tronco común radica precisamente en la formulación, recopilación y presentación conjuntas. Las disposiciones especiales para los trabajadores autónomos económicamente dependientes sí contienen, en cambio, como se verá en el próximo apartado, mayores y más sustantivas innovaciones en el ordenamiento jurídico de la actividad profesional.

El contenido de los contratos de actividad de los trabajadores autónomos procede de distintas fuentes que se encarga de enumerar el art. 3 de la Ley 20/2007. Si bien se mira, la lista de fuentes de regulación de su apartado 1 es la que resulta de la adaptación a este sector de los contratos de obras o servicios de los preceptos contenidos en los artículos 1º y 6º del Código Civil. La novedad en la materia radica en la inclusión en el cuadro de fuentes de “los acuerdos de interés profesional”. Pero conviene advertir que esta fuente de regulación está prevista exclusivamente en el apartado 2 para el “régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”⁷.

Téngase en cuenta, además, que la aplicación al trabajo autónomo de la “legislación laboral” queda descartada en principio en el apartado 3 del propio art. 3, “excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente”. Llama la atención, en fin, el propósito expreso de la LETA de armonizar sus preceptos con los de las distintas legislaciones especiales sobre los contratos de actividad de los trabajadores autónomos [art. 3.1: “El régimen profesional del trabajador autónomo se regirá por: a) Las disposiciones contempladas en la presente Ley, en lo que no se opongan a las legislaciones específicas aplicables a su actividad así como al resto de las normas legales y reglamentarias complementarias que sean de aplicación”].

Buena parte de los preceptos de la LETA pertenecientes al tronco común del estatuto de los trabajadores autónomos están formulados en términos de derechos individuales o colectivos. Como viene siendo habitual en las leyes recientes, el legislador se recrea en la suerte, reproduciendo, unas veces con adornos y otras veces literalmente, derechos constitucionales o legales ya reconocidos. Esta redundancia no tiene probablemente mucho sentido en términos

⁷ Ver J. Cruz Villalón, “Los acuerdos de interés profesional”, en VV. AA. (Dir. J. Cruz Villalón, F. Valdés Dal-Ré), *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, La Ley, Madrid, 2008, p. 375-421; y C. Bermúdez Rodríguez, “Los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, *Actualidad laboral*, 2008, nº 22.

de ordenación de las relaciones sociales, y podría plantear más de un problema desde el punto de vista de la técnica legislativa. Nos limitaremos aquí, prescindiendo de estas normas redundantes, a mencionar las formulaciones o contenidos normativos más novedosos, y también algunas ausencias significativas.

En la lista de novedades relativas a derechos individuales merecen ser destacados: 1) en materia de prevención de riesgos, el derecho del trabajador autónomo que desempeña actividad en locales o centros de trabajo de una empresa principal a obtener indemnización de daños y perjuicios cuando exista “relación causal directa” de los daños y perjuicios sufridos con incumplimientos de deberes preventivos de la empresa principal (art. 8) ; 2) en materia de protección de menores, la extensión al trabajo autónomo de la prohibición de trabajar para quienes no han cumplido la edad mínima de dieciséis años establecida para el trabajo asalariado, con la salvedad del trabajo en “espectáculos públicos” debidamente autorizado (art. 9), también prevista en el Estatuto de los Trabajadores; 3) en materia de garantía de cobro del trabajo realizado, el reconocimiento de “acción contra el empresario principal” por el importe de la deuda que éste tenga con el contratista o subcontratista del trabajador autónomo (art. 10.2, inspirado obviamente en el art. 1597 del Código Civil); 4) también en materia de garantías económicas, la imposición de restricciones objetivas y temporales a la ejecución del embargo de la “vivienda que constituye su residencia habitual” (del trabajador autónomo) (art. 10.5); y 5) en materia de conciliación de la vida familiar y el trabajo, el “derecho a suspender su actividad” en determinadas circunstancias familiares y “siempre que su duración no sea inferior a un año” [(art. 4.3.g) de redacción oscura].

En la lista de novedades relativas a derechos colectivos de los trabajadores autónomos llaman la atención: 1) el derecho a afiliarse bien a un sindicato, bien a una asociación empresarial [(art. 19.1.a)]; 2) el derecho a “[a]filiarse y fundar asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos” [(art. 19.1.b)], sometidas a la Ley Orgánica 1/2002, de las asociaciones de régimen común (art. 20.1); 3) el establecimiento de determinadas normas particulares sobre constitución y representatividad de estas asociaciones profesionales (arts. 20 y 21); 4) la asignación a las mismas de ciertas atribuciones de acción colectiva, entre las que destaca la de “concertar acuerdos de interés profesional para los trabajadores autónomos económicamente dependientes afiliados” [(art. 19.2.a)]; 5) la determinación de la forma, contenido y eficacia de estos acuerdos de interés profesional (art. 13); y 6) la omisión de cualquier referencia al derecho de huelga o al derecho de adoptar medidas de conflicto colectivo, en línea con la jurisprudencia constitucional en la materia⁸.

⁸ Sobre el tema, J. García Murcia, “Los derechos colectivos del trabajador autónomo”, *Actualidad laboral*, 2009, nº 9.

Las novedades en materia de protección social se pueden reducir a las siguientes: 1) la obligatoriedad de cobertura de la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal a partir de 1 de enero de 2008 (hasta entonces era voluntaria), con la excepción de los autónomos agrarios (Disposición adicional tercera); 2) a partir de la misma fecha, la obligatoriedad de cobertura del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional para los autónomos económicamente dependientes (art. 26.3); 3) la previsión de jubilación anticipada “en atención a la naturaleza tóxica, peligrosa o penosa de la actividad ejercida” “en los mismos supuestos y colectivos para los que está establecido dicho derecho respecto de los trabajadores por cuenta ajena” (art. 26.4); y 4) la exclusión de la “cobertura por desempleo” de la acción protectora dispensada a los familiares asalariados empleados por los trabajadores autónomos” (Disposición adicional décima)⁹.

3. REGULACIÓN LEGAL DE LAS CONDICIONES DE EMPLEO Y TRABAJO DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

Algunas de las especialidades del régimen jurídico de los TRADEs han sido ya expuestas, en cuanto que están ubicadas en la articulación de esta rama normativa con el tronco común de la regulación de los trabajadores autónomos. Nos vamos a referir ahora a otras normas particulares del autónomo económicamente dependiente, que tratan de las vicisitudes y extinción de dicho contrato de actividad, de sus condiciones de trabajo, y del ejercicio de sus derechos de acción ante los tribunales de justicia. Las características del contrato de actividad que le vincula con su cliente, que la LETA remite en gran parte a la regulación reglamentaria de desarrollo, serán analizadas en el apartado siguiente.

El cuadro de causas de extinción del contrato de actividad del TRADE contenido en el art. 15 de la nueva Ley parece estar inspirado, en la estructura o configuración formal del precepto, en el cuadro de causas de extinción del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores. Pero, como era de esperar, entre uno y otro existen significativas variaciones de contenido. Cabe la extinción por “[c]ausas válidamente consignadas en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto”. Cabe también la extinción por “[v]oluntad del cliente”, si bien no se trata de un desistimiento libre sino de un desistimiento “por causa justificada”. Se reconoce, en cambio, al trabajador autónomo econó-

⁹ Ver M. A. Castro Argüelles, “Puntualizaciones sobre Seguridad Social de los autónomos económicamente dependientes”, *Actualidad laboral*, 2009, nº 9.

micamente dependiente la facultad de “desistimiento” del contrato, pero sometida al “preaviso estipulado o conforme a los usos y costumbres”. Y, lógicamente, es factible la resolución de una u otra parte del contrato “fundada en un incumplimiento contractual”, con “derecho a percibir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados”. También corresponde indemnización por extinción “por voluntad del cliente sin causa justificada”. En fin, si la extinción se produce por desistimiento del trabajador autónomo “el cliente podrá ser indemnizado cuando dicho desistimiento le ocasione un perjuicio importante que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad”.

Pero la extinción del contrato de actividad del autónomo económicamente dependiente no es la única solución para supuestos en que se alteran las previsiones sobre las que las partes se han apoyado en el momento del consentimiento contractual. El art. 16 de la Ley contiene una lista de “causas debidamente justificadas de interrupción de la actividad”, lista que puede ser ampliada mediante contrato o acuerdo de interés profesional. La lista incluye, entre otras, la atención a “responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles”, la “incapacidad temporal, maternidad o paternidad” y la “fuerza mayor”. Todos estos supuestos no son causa justificada de extinción por parte del cliente, salvo “perjuicio importante [para el mismo] que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad”.

Además, el art. 14 de la Ley 20/2007 regula el tiempo de actividad profesional del autónomo económicamente dependiente, destacando la fijación de un mínimo de “interrupción de su actividad anual de 18 días hábiles”, y la remisión a “contrato individual o acuerdo de interés profesional” del “régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos, así como “la cuantía máxima de la jornada de actividad y, en el caso de que la misma se compute por mes o año, su distribución semanal”.

En último lugar, pero no menos importante, “[l]os órganos jurisdiccionales del orden social serán los competentes para conocer las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente”, y “serán también los competentes para conocer de todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia” (art. 17).

4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE ACTIVIDAD DEL AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE

En el diseño legal, más que una relación contractual distinta, el contrato de servicios del autónomo económicamente dependiente es una modalidad espe-

cial de los diferentes tipos de contratos de actividad que pueden unir a un trabajador autónomo con sus potenciales clientes en el mercado del empleo y de los servicios profesionales. Esta modalidad especial de trabajo autónomo deriva, como se ha visto, de la vinculación contractual predominante a un único cliente, y consiste en un régimen jurídico de protección más intensa del TRADE en lo que concierne a las condiciones de trabajo y empleo. La dicción del art. 3.1.b) LETA presupone esta pluralidad de tipos contractuales al incluir en el cuadro de fuentes del “régimen profesional” de los autónomos a la “normativa común relativa a la contratación civil, mercantil o administrativa reguladora de la correspondiente relación jurídica del trabajador autónomo”¹⁰.

Son tres, como ya se ha dicho al paso, los tipos de contratos de actividad de trabajadores autónomos TRADEs que menciona la LETA; y lo mismo hace el Reglamento: la agencia de seguros, la agencia comercial y el transporte de mercancías. Pero se trata de una enumeración, determinada por la presencia de normas particulares, que sin duda no agota la lista de contratos de actividad autónoma posibles sometidos a régimen TRADE. Antes al contrario: la modalidad “contrato de actividad TRADE” puede aparecer, como regla general, en todas las ramas económicas o profesionales y en todos los tipos de contratos nominados o innominados regulados en las leyes civiles, mercantiles y administrativas¹¹. Sólo quedan fuera, por expreso mandato de la Ley, 1) los “titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales”, 2) los titulares de “oficinas y despachos abiertos al público” y 3) los “profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho” (art. 11.3). Por cierto, para estos últimos, la Disposición adicional octava del Reglamento aclara que la exclusión prevista con carácter general no impediría la situación TRADE en relación con un “cliente distinto de la sociedad o persona jurídica en la que está inserto”.

El contrato de actividad del TRADE tiene por objeto, al igual que el del autónomo de régimen profesional común, una obligación de resultado y no una mera obligación de medio; lo que quiere decir que se trata de trabajo por cuenta propia, donde el *periculum obligationis* corre de cuenta del TRADE y no del cliente. Este rasgo se podía deducir de la interpretación del art. 11.1 y 2 LETA

¹⁰ Sobre los “contratos de actividad no laborales” y en general sobre las actividades profesionales que pueden desarrollarse en régimen autónomo, AA.VV. (Dir. J. García Murcia), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

¹¹ Ver A. Montoya Melgar, R. Martín Jiménez, *Estatuto del Trabajo Autónomo.-Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 111 ss.

en conjunción con el art. 1.2 LETA. El Reglamento se encarga de aclararlo y remacharlo, al ordenar reiteradamente que el TRADE “asumirá el riesgo y ventura de la actividad” [art. 4.1.c)], y que el documento del contrato del TRADE expresará que “[e]l riesgo y ventura de la actividad será asumido por el trabajador autónomo, que recibirá la contraprestación del cliente en función del resultado de su actividad” [art. 5.1.c)]. La regla general tiene, sin embargo, la importante excepción, ya señalada en la LETA y reiterada en el RD 197/2009, de los agentes comerciales (“intermediarios independientes” en “actos u operaciones de comercio”), a los que no se les exige, para ser considerados TRADEs, la asunción del “riesgo y ventura de tales operaciones” (DA 19ª LETA y DA 2ª RD 197/2009)¹².

5. FORMA Y FORMALIDADES DEL CONTRATO DE ACTIVIDAD DEL AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE

Según la LETA, el contrato de actividad del autónomo económicamente dependiente requiere “siempre” forma escrita (art. 12.1: “[e]l contrato para la realización de la actividad profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente celebrado entre éste y su cliente deberá formalizarse siempre por escrito”). La misma formulación normativa, con la misma enfática locución adverbial “siempre”, se repite en la exposición de motivos del RD 197/2009 y en el art. 4.1 del propio Reglamento¹³. Además, el contrato de actividad del TRADE ha de ser registrado “en la oficina pública correspondiente”, a la que tendrán acceso los “representantes legales de los trabaja-

¹² ¿Quiere ello decir que la nota de ajenidad o trabajo por cuenta ajena (en su manifestación de ajenidad en los riesgos) puede concurrir en el trabajo del agente comercial? ¿Quiere ello decir que el agente comercial TRADE es un trabajador autónomo pero no un trabajador por cuenta propia, en el sentido de que no asume el riesgo de pérdida de la utilidad del trabajo realizado? ¿Debe entenderse, por tanto, este precepto sobre agentes comerciales TRADEs como una excepción a la regla general del art. 1.1 LETA, que incluye en la definición del trabajador autónomo la nota de trabajo “por cuenta propia”? ¿Acaso esta particularidad del agente comercial TRADE se explica por la forma de retribución a comisión habitual en esta actividad? Dejamos sin respuesta estas interrogantes, formuladas aquí como meras incitaciones a la reflexión del lector.

¹³ Por lo demás, la regulación reglamentaria de la forma constitutiva del contrato de actividad TRADE es bastante detallada. El art. 4.2 precisa los “extremos” que deberán “constar necesariamente” en el documento escrito; el art. 4.3 se refiere a cláusulas que cabe “estipular” en el propio documento; y el art. 5 abunda en las “precisiones específicas” que el escrito del contrato deberá incluir, entre ellas una “declaración del trabajador autónomo” sobre las circunstancias personales y profesionales que determinan su condición de TRADE (art. 5.2). El modelo que con valor indicativo brinda el Anexo del RD 197/2009 incluye, como era de esperar, todas estas especificaciones.

dores” (art. 12.1)¹⁴. Se presume “que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido”, pero es posible también fijar “una duración o un servicio determinado” (art. 12.3)¹⁵.

La selección del criterio de umbral de ingresos para la definición del TRADE comporta necesariamente deberes de comunicación por parte de esta clase de trabajador autónomo al cliente “predominante”, que le ha encargado “la ejecución de una obra o serie de ellas” o la “prestación de uno o más servicios” en que puede consistir el objeto del contrato. Es claro que este cliente predominante ni debe ni está en condiciones de investigar los ingresos del TRADE. De ahí que el régimen TRADE sólo puede ser aplicable cuando el trabajador autónomo acredite al cliente predominante, mediante comunicación debidamente formalizada, la existencia y la subsistencia de tal situación de predominio de actividad.

La anterior consecuencia jurídica se podía deducir de una lectura atenta del art. 12 LETA; en particular de lo que dispone su apartado 2: “El trabajador autónomo deberá hacer costar expresamente su condición de dependiente económicamente respecto del cliente que le contrate, así como las variaciones que se produjeran al respecto”. El art. 1.2 del RD 197/2009 extrae de manera expresa, y sin dejar lugar a dudas, la conclusión que se desprende de la disposición anterior: “el trabajador ... que se considere autónomo económicamente dependiente comunicará al cliente dicha condición, no pudiendo acogerse al régimen jurídico establecido en este real decreto en el caso de no producirse tal comunicación”.

Ahora bien, no basta la simple comunicación de los datos acreditativos de la actividad predominante para que se desencadenen todos los efectos jurídicos del régimen profesional TRADE. La nueva legislación del trabajo autónomo prevé, además, que, en determinados supuestos, el cliente predominante acepte

¹⁴ La formalidad de registro del contrato de actividad de autónomo en la modalidad TRADE se regula en el art. 6 del RD 197/2009. Otra formalidad de esta especial contratación es la información sobre los contratos a los representantes de los trabajadores del empresario “cliente”, a la que se dedica el art. 7 del propio RD 197/2009. Tal información a los representantes de los trabajadores ha de tener lugar “en un plazo no superior a diez días hábiles a partir de la contratación de un trabajador autónomo económicamente dependiente” (art. 7.1), expresando la “identidad del trabajador autónomo”, el “objeto del contrato”, el “lugar de ejecución” y la “fecha de comienzo y duración” (art. 7.2); y con observancia por parte de los representantes “de las normas que sobre sigilo profesional están establecidas para los miembros del comité de empresa” (art. 7.3).

¹⁵ Sobre los complicados problemas de interpretación que plantea el art. 12 LETA, J. I. García Ninet, *Comentario al art. 12*, en VV. AA. (Dir. I. García Ninet, Coord. I. Ballester), *Comentario a la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo*, CISS, Bilbao, 2007, que se inclina también por la consideración de la forma como requisito constitutivo de la aplicación del régimen TRADE, en los términos que veremos a continuación (p. 276).

voluntariamente, bien en el momento inicial del contrato bien *ex post facto*, el régimen jurídico TRADE. La interpretación conjunta de la LETA y de su Reglamento permite distinguir al respecto tres situaciones distintas: a) contrato de actividad TRADE anterior a la entrada en vigor de la LETA (ocurrida, como se dijo, el 12-10-2007); b) contrato de actividad TRADE posterior a esta fecha de vigencia de la LETA; y c) “circunstancia sobrevenida” de actividad predominante para un solo cliente de “trabajador autónomo que contratase con varios clientes su actividad profesional o la prestación de sus servicios” (art. 12.3 LETA).

Respecto del contrato de actividad TRADE suscrito antes de la entrada en vigor de la LETA, la propia Ley establece que en el período de adaptación del contrato (seis meses o dieciocho meses desde la aprobación del Reglamento, según los distintos tipos de contratos de actividad TRADE suscritos) cualquiera de las partes puede optar por “rescindirlo” (DT 2ª y DT 3ª LETA). Respecto del contrato de actividad TRADE posterior a la vigencia de la LETA la aceptación, expresa o tácita, del régimen jurídico TRADE se entiende producida *ab initio* con “efectos jurídicos plenos”, sin perjuicio del deber de adaptación en el período previsto (DT 1ª y 2ª RD 197/2009). En todo caso, la “circunstancia sobrevenida” de predominio de la actividad para un solo cliente no supone la conversión automática del contrato a la modalidad TRADE; en esta situación, se haya generado antes o después de la entrada en vigor de la LETA, “se respetará íntegramente el contrato firmado por las partes hasta la extinción del mismo, salvo que éstas acordasen modificarlo para actualizarlo a las nuevas condiciones que corresponden a un trabajador autónomo económicamente dependiente” (art. 12.3 LETA).

A la vista de las reglas que se acaban de exponer cabe afirmar que el régimen TRADE ocupa una posición intermedia y singular entre el “derecho necesario” característico de las leyes laborales y el “derecho dispositivo supletorio” (*naturalia negotii*) que prevalece en el derecho común de obligaciones y contratos. No es “derecho necesario” porque ni el TRADE está obligado a comunicar la situación de actividad predominante, ni el cliente puede verse sorprendido *ex post facto* con la imposición del régimen jurídico TRADE en contra de su voluntad. Pero tampoco es “derecho dispositivo supletorio”, al menos en la acepción más habitual de la expresión, en cuanto que entra en juego solamente cuando las partes lo han incorporado de manera expresa al contenido del contrato, sin perjuicio de su exclusión cuando el TRADE dejare de serlo.

Las consideraciones anteriores sobre comunicación, acreditación y aceptación bilateral del régimen TRADE en los contratos de actividad de los trabajadores autónomos explican y justifican la extraordinaria importancia que la forma adquiere en esta modalidad contractual, hasta el punto que, de acuerdo

con las previsiones de la LETA y del Reglamento, la constancia escrita de dicha modalidad contractual TRADE se eleva a la condición de requisito constitutivo. Lo que quiere decir que si no hay forma escrita no se despliega la modalidad del contrato de actividad autónoma de régimen TRADE, del mismo modo que, por ejemplo, si no hay pacto de prueba (art. 14.1 del Estatuto de los Trabajadores) no se puede imponer el régimen del período de prueba en la fase inicial del contrato de trabajo¹⁶.

6. DIVERSIDAD Y HETEROGENEIDAD DEL CONTENIDO DE LA LEY 20/2007 Y DE SU REGLAMENTO DE DESARROLLO

En los apartados anteriores hemos procurado una presentación de la normativa que se ha dado en llamar “Estatuto del Trabajo Autónomo”. Nos ceñimos en dicha presentación a una reseña escueta de los datos normativos de la LETA y de su Reglamento, absteniéndonos deliberadamente de cualquier consideración valorativa. Pero, una vez reseñado su contenido, parece oportuno prestar alguna atención al impacto o repercusión previsibles de la nueva regulación en distintos ámbitos de la realidad social. Veremos en primer lugar lo que el Estatuto del Trabajo Autónomo supone en el ordenamiento de la actividad profesional, y también indirectamente en el Derecho del Trabajo. Analizaremos luego su repercusión a medio o largo plazo en el mercado de empleo y en el sistema de representaciones profesionales. Y efectuaremos por último un pronóstico sobre lo que puede suponer su puesta en práctica en la vida forense.

El primer rasgo a destacar de la regulación de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo es su notable complejidad, que deriva de varias causas. Una de ellas es la diversidad de “régimenes” que dicho Estatuto ha establecido, según distintos grupos o clases de trabajadores autónomos. La clasificación principal a estos efectos es, como es bien sabido, la que distingue entre autónomos “de régimen común” y una clase de autónomos de régimen especial, denominados “autónomos económicamente dependientes”. Es a estos últimos, como se ha visto, a los que van destinadas las normas más innovadoras de la disposición legal recién aprobada.

¹⁶ Nótese que el contrato de actividad del autónomo no queda afectado en su validez por la carencia de forma escrita, sino en su eficacia como contrato sometido al régimen TRADE. Sobre los distintos tipos de “formas vinculadas” en el ámbito de la contratación, O. Fernández Márquez, *La forma en el contrato de trabajo*, CES, 2002, p. 56 ss., donde se distingue entre “formas cuyo incumplimiento afecta negativamente a la validez del contrato” y formas cuyo incumplimiento “repercute tan sólo sobre el plano de la eficacia”.

Ahora bien, además de la distinción entre el régimen común de los trabajadores autónomos y el régimen TRADE, la LETA y su Reglamento contienen otras normas particulares dirigidas a grupos específicos de trabajadores autónomos, que contribuyen también en mayor o menor medida a la diversificación de la regulación jurídica de este sector de la población activa. Así sucede con los preceptos particulares sobre agentes de seguros¹⁷, sobre agentes comerciales, sobre transportistas, sobre titulares de establecimientos o locales comerciales o industriales y de oficinas y despachos abiertos al público, y sobre profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en cualquier “forma jurídica admitida en derecho” (art. 11.3)¹⁸.

El otro factor de complejidad de la nueva regulación del trabajo autónomo no es subjetivo sino objetivo, y se refiere a la multiplicidad de aspectos normativos previstos en la LETA. Entre estos aspectos normativos figuran, como señalamos al principio de este estudio, el cuadro de fuentes de regulación del trabajo autónomo, los derechos individuales y colectivos de los trabajadores autónomos, determinadas ampliaciones de la protección social de los mismos, las condiciones mínimas de empleo y de trabajo de los autónomos económicamente dependientes, y la atribución al orden jurisdiccional social de las reclamaciones relativas a este último grupo de trabajadores, tanto las derivadas del contrato de actividad con su cliente como las relativas a la aplicación e inter-

¹⁷ Para la aplicación del régimen TRADE a los agentes de seguros el Reglamento de la Ley 20/2007 recién aprobado contiene las siguientes reglas especiales de adaptación o aclaración de las normas legales previstas para esta modalidad contractual: 1) Quedan “excluidos de la condición de trabajadores autónomos económicamente dependientes los agentes de seguros exclusivos y agentes de seguros vinculados que hayan suscrito un contrato mercantil con auxiliares externos” (art. 8 párrafo 2º RD 197/2009), entendiéndose así que estos auxiliares son “trabajadores por cuenta ajena” a los efectos del art. 11.2.a) LETA. 2) Las indicaciones de la Compañía a los agentes de seguros “relacionadas con su actividad” (y en particular, “las que deriven de la normativa interna de suscripción y de cobertura de riesgos”, de la normativa de seguros privados”, “de la normativa de protección de datos de carácter personal, de blanqueo de capitales u otras disposiciones de obligado cumplimiento”) se consideran “indicaciones técnicas” que no impiden la calificación de autónomo del trabajo realizado por el agente de seguros (art. 9.1 RD 197/2009), a efectos de lo previsto en art. 11.2.d) LETA. 3) A los efectos de exclusión del régimen TRADE no se considera relevante que la compañía de seguros proporcione al agente los siguientes elementos de trabajo: “la documentación”, “el material”, y “el uso de instrumentos o herramientas, incluidas las telemáticas” (art. 9.2 RD 197/2009). Y 4) La inscripción del contrato de agente de seguros TRADE en el Registro creado por la legislación del trabajo autónomo “se realizará sin perjuicio de la necesaria inscripción del agente de seguros en el Registro administrativo de mediadores de seguros, corredores de reaseguros y sus altos cargos” (art. 10.2 RD 197/2009).

¹⁸ Sobre la heterogeneidad del trabajo autónomo, F. Valdés Dal-Ré, “Marco jurídico general de la LETA”, en VV. AA. (Dir. J. Cruz Villalón, F. Valdés Dal-Ré), *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, La Ley, Madrid, 2008, p. 32 ss.

pretación de los acuerdos de interés profesional, a que nos referiremos más adelante.

7. NOVEDAD PRINCIPAL DE LA LEY 20/2007: LA “MARCA” O DISTRITO INTERMEDIO DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

El régimen común de los trabajadores autónomos de la Ley 20/2007 recopila muchas referencias normativas ya existentes pero desperdigadas en disposiciones diversas, e incluye también algunas innovaciones de cierta importancia, que ya nos hemos encargado de reseñar. Pero lo más relevante para este sector de trabajadores autónomos, seguramente el más abundante en efectivos como veremos luego, es la propia existencia de un marco legal que les confiere una “visibilidad” de la que antes no disponían como colectivo profesional con aspiraciones y problemas propios. Teniendo en cuenta cómo se activan los procesos legislativos en nuestras sociedades mediáticas la dotación de un marco legal “visible” no es poca cosa.

Ahora bien, la novedad principal de la nueva legislación radica sin duda en el régimen TRADE. Para esta clase especial de autónomos la LETA supone la creación de un régimen profesional intermedio, en cuanto a nivel de protección, entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo de régimen común. Este régimen profesional intermedio se ha diseñado para un grupo o colectivo profesional cuyos contornos, como vimos, se han trazado por primera vez en la disposición legal comentada. Donde antes existía una simple línea fronteriza entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo la nueva Ley ha creado para estos colaboradores externos cualificados del empresario una zona o espacio propio, una especie de “distrito” o “marca”, en el sentido geopolítico de esta última expresión.

¿Dónde está ubicado el espacio de esta marca o distrito donde moran los autónomos económicamente dependientes? En pura lógica, hay tres y sólo tres posibilidades de contestación a la cuestión enunciada: 1) en zona fronteriza pero dentro del territorio del trabajo asalariado, ó 2) en zona fronteriza pero dentro del territorio del trabajo autónomo, ó 3) en zona fronteriza correspondiente en parte al territorio del trabajo asalariado y en parte al territorio del trabajo autónomo.

La opción por una u otra de estas posibilidades tiene importancia para la evaluación de la LETA desde la perspectiva del “progreso social”. Dicho sea de paso, no es éste, desde luego, el único criterio de valoración de las normas de regulación del trabajo, cuya bondad resulta casi siempre de una complicada transacción entre ventajas sociales y eficacia económica. En cualquier caso, la cuestión del trazado del ámbito personal del trabajo autónomo económicamente

dependiente tiene interés para averiguar el signo – avance, estabilización, repliegue – de la legislación social actual en un sector tan sensible como el de la regulación de las condiciones de empleo y trabajo.

Pues bien, de las tres opciones señaladas (a reserva claro está de lo que decida la jurisprudencia, a la que corresponde un muy importante papel complementario en la materia), el legislador parece en principio haber elegido la tercera de ellas. De todas maneras, aplicando los distintos criterios de la interpretación jurídica, resulta bastante probable que la “marca” o “distrito” del trabajo autónomo económicamente dependiente se haya situado (no en términos estrictamente dogmáticos pero sí en una apreciación de “derecho vivo”) más bien en el territorio del (antiguo) trabajo asalariado que en el territorio del (antiguo) trabajo autónomo. Dicho con otras palabras: el grueso del nuevo colectivo de trabajadores autónomos económicamente dependientes parece estar integrado por un sector de trabajadores, que la jurisprudencia actual viene considerando como asalariados, los cuales, aun prestando sus servicios con “autonomía funcional”, mantienen una colaboración personal estable en una determinada empresa u organización productiva.

Las consideraciones anteriores explican las críticas que acompañaron a la elaboración y aprobación de la nueva Ley por parte de un sector de los sindicatos. Se ha acusado a la Ley 20/2007, no sin cierta base, de establecer una protección social de este grupo profesional, “progresista” en apariencia, en cuanto que atribuye derechos sociales antes inexistentes, pero “regresiva” en el fondo, en cuanto que tal atribución se ha llevado a cabo a costa de comprimir las fronteras anteriores del trabajo asalariado. Claro está, en contra de esta crítica, los defensores del Estatuto del Trabajo Autónomo tal vez podrían argumentar que el régimen TRADE se ajusta mejor al sistema productivo emergente de “especialización flexible”, y a la consiguiente pérdida de terreno del sistema “de fábrica” o de producción fabril, sobre cuyos presupuestos se ha elaborado la protección jurídica del trabajo “clásica” o tradicional¹⁹. El tiempo dirá quién lleva la razón en esta polémica.

8. REPERCUSIONES DOGMÁTICAS DE LA LEY DEL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO

No podemos efectuar ahora una demostración detenida de las afirmaciones anteriores a propósito del espacio ocupado por el grupo de los trabajadores

¹⁹ Sobre el tema, dentro de una bibliografía desbordante, M. Piore y G. Sabel, *La segunda ruptura industrial*, Alianza, Madrid, 1990; y M. Castells, *La era de la información. Economía, sociedad, cultura*, vol. I, Alianza, Madrid, 1997.

autónomos económicamente dependientes. Nos bastará con indicar lo que constituye, a nuestro juicio, el elemento de convicción más palpable que sostiene nuestro diagnóstico. Este elemento de convicción se puede resumir de la siguiente manera: para crear el espacio de los autónomos económicamente dependientes, la LETA se ha visto forzada a redefinir en sentido restrictivo una de las notas características del concepto legal de “trabajo asalariado”. Nos referimos, como el lector habrá imaginado, a la subordinación o dependencia. La repercusión de esta operación conceptual salta a la vista. La restricción del concepto de dependencia comporta lógicamente la restricción del territorio del concepto de trabajador asalariado, y la ampliación correlativa del territorio del trabajo autónomo, en la medida necesaria para acondicionar la zona correspondiente a la marca o distrito intermedio de nueva creación.

Nuestro argumento se puede cerrar con dos consideraciones evidentes, pero que no está de más expresar aquí. Una es que el concepto de trabajo asalariado es, como es bien sabido, el que determina el ámbito de protección del ordenamiento laboral. Y la otra es que el concepto paralelo de trabajo autónomo delimita un sector del ordenamiento contiguo pero distinto al Derecho del Trabajo, al que sólo alcanza la protección laboral cuando la ley lo dice y en los términos limitados en que así se establezca. El art. 3.3 de la Ley 20/2007 se encarga de recordarlo, por si hiciera falta, remachando un precepto ya existente en el Estatuto de los Trabajadores: “En virtud de lo dispuesto en la disposición final primera del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ... el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente”.

En el mismo orden de ideas, el reconocimiento legal de la figura del “trabajador autónomo económicamente dependiente” obliga a distinguir con nitidez los conceptos de subordinación y de dependencia (sin adjetivos), los cuales hasta la LETA venían siendo utilizados como sinónimos. Ciertamente, a partir de la nueva Ley el uso del concepto de dependencia requiere adjetivación. La subordinación o “dependencia jurídica” se refiere al modo de ejecución del trabajo con sometimiento a órdenes o criterios organizativos de otra persona. El concepto de “dependencia económica”, que ahora ha sido acuñado por el legislador, se refiere en cambio a que la fuente predominante de los ingresos del trabajador proviene de un solo “cliente”, del que aquél pasa a depender en cuanto a provisión de medios de vida a partir de un cierto umbral.

Pero, con ser ya bastantes, las repercusiones dogmáticas de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo no se limitan a lo apuntado en los párrafos anteriores. El concepto y el régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente dependiente pueden generar (y van a generar probablemente) una reconsideración parcial del propio concepto de subordinación o dependencia jurídica, tal como ha sido construido por la jurisprudencia de los dos últimos decenios. De

acuerdo con esta jurisprudencia, la subordinación es un concepto elástico que admite graduaciones, aceptándose la existencia de subordinación, en su versión más laxa o flexible, en todos aquellos supuestos en que una persona “programa” la actividad de otra.

En líneas generales, como era de prever, el carácter graduable o flexible del concepto de subordinación no ha resultado afectado por las disposiciones de la LETA. Pero, a partir de su entrada en vigor, no es nada seguro que vaya a mantenerse el grado último o extremo de laxitud del concepto, de acuerdo con el cual, en determinados supuestos, la subordinación se manifiesta simplemente como programación del trabajo o actividad profesional de otro²⁰. De acuerdo con esta línea jurisprudencial, marcada entre otras en las sentencias sobre reporteros gráficos de prensa y sobre calificación de la relación de servicios de los peritos tasadores de seguros, la subordinación era reconocible en todos aquellos supuestos en que el trabajador no podía rechazar los encargos del “cliente que “programa” su actividad, aunque el trabajo fuera realizado con autonomía funcional. Es esta línea jurisprudencial la que coloca entre interrogantes la regulación comentada.

En verdad, son varios los datos normativos que apuntan a que el trabajo de los autónomos económicamente dependientes es un trabajo programado por el “cliente”, si no en el modo de ejecución, donde prevalecen los “criterios organizativos propios” del trabajador, sí en la aceptación y realización de los encargos del cliente, que el autónomo no parece estar facultado para rechazar. El más significativo de estos datos legales es quizás la ordenación del tiempo de trabajo de este grupo de autónomos contenida en el art. 14 de la nueva Ley, donde se establece una regulación de su dedicación profesional (jornada diaria, descanso semanal, vacaciones anuales, “realización de actividad por tiempo superior al pactado contractualmente”), que permitiría presuponer la programación de la misma por parte de la empresa cliente.

9. LOS “ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL” Y EL IMPACTO DE LA LEY 20/2007 EN EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN DE INTERESES PROFESIONALES

El cuadro de fuentes de regulación del trabajo autónomo de la LETA (que se refiere dicho sea de paso a “fuentes de obligaciones” y no sólo a “fuentes de

²⁰ Ver A. Martín Valverde, “Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 38, (2002); y en *Congreso de Magistrados del Orden Social: el futuro de la Jurisdicción Social*. Consejo General del Poder Judicial pág. 257-314 (2007).

derecho”) incorpora como novedad más destacada a los “acuerdos de interés profesional” (art. 3.2). Se trata de una modalidad particular de acuerdos colectivos de eficacia limitada, que contribuyen a la regulación de condiciones de empleo y trabajo de los “trabajadores autónomos económicamente dependientes”, cuya ámbito personal de aplicación “se limitará a las partes firmantes y, en su caso, a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello” (art. 13.4).

Los sindicatos firmantes aludidos son, desde luego, los sindicatos de trabajadores asalariados regulados en la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Ya esta última Ley reconocía a los autónomos el derecho a afiliarse a los mismos, aunque no el derecho a fundarlos (art. 3.1 LOLS), reservado en ella al grupo de los trabajadores asalariados. Así, pues, el art. 19.1.a) de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo, que reconoce el mismo derecho de afiliación o pertenencia, no aporta en este punto novedad alguna.

Pero las opciones de defensa profesional de los autónomos en este último precepto legal pueden inclinarse también (alternativa pero no cumulativamente, interpretamos nosotros) hacia una “asociación empresarial”. Es más, el abanico de posibilidades de organización profesional no se limita a estas dos opciones. La propia Ley reconoce a los trabajadores autónomos el derecho a “afiliarse y fundar asociaciones profesionales específicas” (art. 19.1.b), facultadas entre otras cosas para concertar los ya referidos “acuerdos de interés profesional” (art. 19.2.b).

Es probable que las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos, regidas por la Ley Orgánica 1/2002 reguladora del derecho de asociación, experimenten un impulso más o menos fuerte a raíz de la puesta en práctica de la Ley 20/2007. A estas asociaciones se dedican específicamente dos artículos de la Ley que estamos comentando; el art. 20 (“derecho de asociación profesional de los trabajadores autónomos”) y el art. 21 (“determinación de la representatividad de las asociaciones de trabajadores autónomos”). Para ellas se prevé, además, participación institucional ante Administraciones y organismos públicos (art. 21.5), representación institucional en el llamado “Consejo del Trabajo Autónomo” (art. 22), y a través de este último organismo posible presencia en el Consejo Económico y Social (Disposición Adicional 8ª).

Si crecen y prosperan estas asociaciones de trabajadores autónomos, el panorama de la representación de intereses profesionales en España puede cambiar apreciablemente. No hay que descartar el trasvase hacia ellas de autónomos actualmente afiliados a sindicatos afines de trabajadores asalariados. De todas maneras, conviene recordar que entre nosotros, en este campo de la representación de los intereses profesionales, apenas se puede hacer otra cosa que suposiciones o especulaciones. Nos encontramos ante un sector de la vida

social de muy escasa transparencia, donde no resulta fácil conocer datos precisos de representatividad (que incluso cuando son públicos no suelen ser difundidos), y donde resulta harto difícil conocer datos fiables de afiliación o implantación de las distintas clases de organizaciones representativas, sean sindicatos, o asociaciones profesionales, o asociaciones empresariales.

10. PREVISIONES SOBRE EL IMPACTO DE LA LEY DEL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO EN LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

La exposición de motivos de la LETA contiene una interesante sección II, donde se extiende en consideraciones sobre el trabajo autónomo “desde el punto de vista económico y social”. La primera de ellas es la constatación de la diversidad del colectivo de autónomos, cuyo reflejo jurídico hemos apreciado al comienzo de este estudio. Viene a decir el legislador que “junto al autónomo clásico, titular de un establecimiento comercial, agricultor y profesionales diversos”, son cada vez más importantes en el tráfico jurídico y en la realidad social “otras figuras tan heterogéneas, como los emprendedores, personas que se encuentran en una fase inicial y de despegue de una actividad económica o profesional, los autónomos económicamente dependientes, los socios trabajadores de cooperativas y sociedades laborales o los administradores de sociedades mercantiles que poseen el control efectivo de las mismas”.

Indagando en las fuentes estadísticas disponibles, la propia exposición de motivos revela algunos datos de interés para apreciar el impacto de la nueva Ley en el mercado de la actividad profesional: 1) a finales de junio de 2006, de las tres millones trescientas mil personas afiliadas a la Seguridad Social como trabajadores autónomos más de dos millones doscientas mil “corresponden a personas físicas que realizan actividades profesionales en los distintos sectores económicos”; 2) de este último grupo de autónomos que desarrollan su actividad “sin el marco jurídico de empresa” “el 94 % “no tienen asalariados o solo tienen uno o dos”; 3) en cifras absolutas y desglosadas: hay 1.755.703 autónomos “que no tienen asalariados”, y “del colectivo restante 330.000 sólo tienen uno o dos asalariados.

La exposición de motivos de la Ley no aventura ningún dato sobre los autónomos económicamente dependientes a los que, como se ha podido comprobar, afectan las disposiciones más innovadoras de la misma. Muchos del casi millón ochocientos mil de autónomos sin asalariados son sin duda autónomos clásicos de “régimen común”; otros muchos son “emprendedores” que acabarán siendo empresarios con trabajadores a su servicio; y otros más son trabajadores de cooperativas y sociedades laborales. Habrá que restar también, para la selección

final de los autónomos económicamente dependientes, aquéllos que se encuentran en la frontera de este territorio intermedio, pero que no cumplen los estrictos requisitos sustantivos y formales que la Ley exige actualmente para el reconocimiento de esta figura, y para la consiguiente atribución de los derechos y obligaciones que comporta su régimen especial.

En cualquier caso, sea cuál sea la cifra final del colectivo, lo cierto es que quienes sean o quienes crean ser autónomos económicamente dependientes podrán plantear sus reclamaciones ante el orden social de la jurisdicción, de acuerdo con los ya citados art. 17 y Disposición adicional 1ª de la Ley 7/2007. Teniendo en cuenta que la definición legal de esta clase especial de trabajadores autónomos está construida con elementos más bien elásticos o indeterminados, y teniendo en cuenta además el efecto llamada a la organización profesional que probablemente va a suponer la nueva Ley, no parece arriesgado pronosticar que por este nuevo cauce de litigiosidad puede llegar hacia los órganos de la jurisdicción social una caudalosa corriente de asuntos.

De todas maneras, la aludida corriente caudalosa de litigiosidad no parece, por ahora, que vaya a producirse a corto, sino a medio y largo plazo. Las tribulaciones actuales del mercado de empleo no son propicias para mudanzas de régimen jurídico. De un lado, por razones legales y económicas, no es a los potenciales empresarios-clientes a los que corresponde la iniciativa de la aplicación del régimen TRADE, por lo que no cabe esperar de ellos propuestas en tal sentido, salvo, claro está, la normalmente problemática propuesta de novación de un contrato de trabajo en un contrato de actividad TRADE. Y, de otro lado, los autónomos que pudieran reclamar el régimen TRADE no se han mostrado por ahora muy dispuestos a hacerlo; ni siquiera, al parecer, los que desarrollan actividades, como el transporte con vehículo propio o la agencia de seguros, donde el volumen de esta modalidad de trabajo autónomo puede ser apreciable. Esta reticencia es muy comprensible en una crisis de empleo tan dramática como la actual, teniendo en cuenta el amplio margen de desistimiento del contrato reconocido al empresario-cliente en el paso del régimen de autónomo común al régimen TRADE.

RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA Y RELACIONES LABORALES: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE SUS CONEXIONES TERMINOLÓGICAS Y SUSTANCIALES

SALVADOR DEL REY GUANTER

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Presidente del Instituto Internacional Cuatrecasas
de Estrategia Legal en Recursos Humanos

EXTRACTO

Palabras Clave: Responsabilidad Social

Conforme la denominada “responsabilidad social empresarial” (RSE, en adelante) se desarrolla en cuanto política pública y empresarial, se hace conveniente reflexionar sobre sus conexiones con el denominado “Orden Social”. A ello nos debe llevar la aparición no sólo de un cuerpo notable de doctrina científica sobre la materia, sino también de un conjunto de recomendaciones a nivel de organismos internacionales y europeos y de un creciente número de empresas (especialmente multinacionales) que, con distintos nombres y contenidos, han desarrollado y están desarrollando de forma creciente unas políticas empresariales que pueden ser incluíbles dentro de una concepción amplia de la denominada RSE. Precisamente una cierta ambigüedad es característica del ámbito sustancial de esas. El objetivo del presente estudio es establecer una estructura inicial de referencia respecto a las conexiones tanto terminológicas como sustanciales que pueden establecerse. Se trata, pues, de un objetivo limitado que indudablemente requiere aún de una labor posterior de desarrollo y de análisis individualizado.

ABSTRACT

Key words: Social Responsibility

In accordance with how so-called “Corporate Social Responsibility” (hereinafter, CSR) is developed with regard to public and corporate policy, it becomes convenient to reflect on its present and (possible) future connections with so-called “Social Order”, led by the appearance not only of a significant scientific doctrine on this topic but also, especially, by a set of recommendations from international and European institutions and the increasing number of undertakings (especially multinationals) that have developed and are increasingly developing, with different names and contents, business policies that, with different contents (and even name), could be included within the wide notion of so-called “corporate social responsibility”. A certain ambiguity is characteristic to both the substance of these policies –sometimes identified strictly through the mere governance of undertakings and/or responsibility of its administrators- and to the wide content which covers all relationships derived from the undertaking as a “social” entity. The aim of this study is to establish an initial reference structure between CSR and SO. Hence, this is a limited objective that undoubtedly requires further development and individualised analysis.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ALGUNAS REFLEXIONES TERMINOLÓGICAS (SUSTANCIALMENTE) RELEVANTES ENTRE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y ORDEN SOCIAL
3. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y ORDEN SOCIAL: ALGUNAS CONEXIONES SUSTANCIALES
 - 3.1. Respecto a los sujetos
 - 3.2. Fuentes de regulación y eficacia
 - 3.3. Respecto al contenido
4. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Conforme la denominada “responsabilidad social empresarial” (RSE, en adelante) se desarrolla en cuanto política pública y empresarial –y cada vez con mayores implicaciones políticas-, se hace conveniente reflexionar sobre sus conexiones presentes y (posiblemente) futuras, directas e indirectas, con el denominado “Orden Social” (OS, en adelante)¹.

A ello nos debe llevar la aparición no sólo de un cuerpo notable de doctrina científica sobre la materia, sino también, y diríamos sobre todo, de un conjunto de recomendaciones a nivel de organismos internacionales y europeos y de un creciente número de empresas (especialmente multinacionales) que, con distintos nombres y contenidos, han desarrollado y están desarrollando de forma creciente unas políticas empresariales que, aunque con distintos contenidos (e incluso denominación) pueden ser incluibles dentro de una concepción amplia de la denominada “responsabilidad social empresarial”².

Precisamente una cierta ambigüedad³ es característica tanto del ámbito sustancial de esas políticas –a veces se identifica estrictamente con la mera gobernanta de las empresas y/o la responsabilidad de sus administradores, a veces se le da un contenido amplísimo que prácticamente abarca todas las relaciones derivadas de las empresas en cuanto ente “social”- como del nivel de eficacia regulatoria que pueden desarrollar, a veces se consideran meras recomendaciones morales o éticas, a veces se le da un carácter vinculante legalmente pleno-, sin tener en cuenta la falta incluso de una aceptada definición

¹ Nos referimos al concepto de Orden Social tal como considerados en normas tales como el TRLISOS y el TRLPL .

² Al respecto, y por todos , véase los capítulos 2 a 5 que bajo el título “Perspectives on Corporate Social Responsibility” se contiene en Crane et al., 2008, pgs. 19 ss

³ Nos indica Mullerat que la teoría de la RSE esta todavía “llena de imprecisión” (Mullerat, 2005, pg. 5) .

de RSE⁴, lo cual hace complejo no sólo su identificación, sino, sobre todo, sus posibles vinculaciones con el ámbito jurídico propio del orden social.

Sin embargo, se hace cada vez más urgente delimitar en todos los niveles los dos ámbitos, lo cual lleva a establecer tanto diferencias como conexiones, a la vez que nos plantea la cuestión sobre su posible proceso de convergencia (parcial) futura. Convergencia que no sólo se predica de la incontrovertida inclusión de las relaciones empresa-empleados en la RSE, sino también, si se parte de una (ahora sí discutida) premisa, a determinar posteriormente en su exactitud, de que las políticas de RSE son, en lo referente a los empleados de la empresa, un estadio previo a la juridificación de tales políticas, sea como consecuencia de una intervención de la normativa estatal sea, más acentuadamente y por lo que se refiere a nuestro Ordenamiento jurídico, como resultado de la extensión a esas políticas sea de la de la negociación colectiva, sea de los poderes organizativos y directivos empresariales en el contrato de trabajo (de las “prácticas empresariales” colectivas e individuales en la terminología del artículo 41 del TRLET) .

El objetivo del presente estudio es establecer una estructura inicial de referencia respecto a las conexiones tanto terminológicas como sustanciales que pueden establecerse entre RSE y OS. Se trata, pues, de un objetivo limitado que indudablemente requiere aún de una labor posterior de desarrollo y de análisis individualizado.

2. ALGUNAS REFLEXIONES TERMINOLÓGICAS (SUSTANCIALMENTE) RELEVANTES ENTRE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y ORDEN SOCIAL

Ya de principio, y desde la perspectiva terminológica, los dos términos del binomio analizado (RSE/OS) no dejan de tener interesantes conexiones, no exentas de dimensiones sustanciales.

El término “empresarial” en la expresión RSE esta haciendo referencia al sujeto de la acción que se predica (la responsabilidad social). En este sentido, en la doctrina española (no así tanto en la latino americana), se ha optado mayoritariamente por este término en vez de la expresión “corporativa”, elección que creemos más acertada dada la ambigüedad que tiene este término entre nosotros, y no sólo desde la perspectiva estrictamente terminológica. En especial, y en el ámbito de las relaciones laborales, el término “corporativo” posee un significado histórico (preconstitucional) y político-institucional (procedente en

⁴ Sobre las muy distintas acepciones vid Carroll en Crane et al., 2008, pgs. 19 ss.

gran medida de la doctrina italiana) en nada conectado a la expresión presente en la doctrina anglosajona –y por extensión, a toda la desarrollada en lengua inglesa- de “corporate” (Corporate Social Responsibility)⁵.

En todo caso, con aquel adjetivo de “empresarial”, se establece una conexión directa con el sujeto jurídico “empleador” en las relaciones laborales, que el artículo 1.1 del TRLET asimila al de “empresario”, aunque tal asimilación no se reproduce posteriormente en el texto estatutario a favor del primero de estos términos. No obstante, con la identificación de aquella conexión no se quiere indicar que ambos términos sean totalmente coincidentes.

Aunque la responsabilidad social “empresarial” puede ser predicada de todo tipo de sujeto empresarial en un sentido económico, sociológico o jurídico-mercantil, puede ocurrir que tal sujeto, por no tener empleados, no lo sea a efectos jurídico-laborales. En este caso, aquella responsabilidad se desarrollará respecto a ámbitos no incluibles en el TRLET. Sin embargo, sí puede ser predicado del trabajador autónomo en cuanto tal merced a las conexiones que pueden establecerse entre dicha responsabilidad y la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA, en adelante), en tanto que al autónomo al que se refiere el artículo 1 de esa ley no se le requiere tener contratados trabajadores por cuenta ajena.

Si el término “empresarial” hace referencia al sujeto activo por excelencia de esa responsabilidad, respecto al término “social” se puede identificar una dimensión tanto subjetiva como objetiva⁶. Subjetivamente, con “social” en el ámbito del OS estamos determinando un conjunto de relaciones e instituciones jurídicas que se desarrollan en torno a un sujeto principal: el trabajador en el sentido del artículo 1.1 TRLET – aunque ciertamente existen otros sujetos accidentales, como el cooperativista en el TRLPL – . Precisamente, y como es sabido, “social” es el término escogido por nuestro legislador en normativas como la procesal y la infractora administrativa para designar el conjunto de ámbitos normativos que se desarrollan en torno a las relaciones laborales , y que abarca también la de prevención de riesgos laborales, la de empleo o la de seguridad social (tanto pública como privada). Aquí se produce una conexión importante terminológica, aunque no coincidencia, con el primer componente de nuestro binomio – la RSE –, en tanto que en la RSE lo “social” va a tener como uno de sus sujetos (pasivos) más importantes a los empleados de la empresa. Hay pues, una clara intersección subjetiva entre los dos ámbitos,

⁵ Sobre otras razones para este elección, Foro de Expertos, 2008, pg. 23.

⁶ Sobre el término “social” en este ámbito , vid Foro de Expertos, 2008, pg. 21) .

aunque es evidente que el término “social”, tal como aplicado a la responsabilidad empresarial, es mucho más amplio que el del “Orden Social”, abarcando a sujetos – y a ámbitos – como el de los consumidores o los ciudadanos en su conexión con el medio ambiente.

En fin, por lo que se refiere a la expresión “responsabilidad”, sí va a existir una importante diferencia con la utilización de este concepto en el ámbito jurídico propio del OS, aunque no por ello excluyente de determinadas conexiones. En efecto, en el ámbito de la RSE se va a hacer una utilización diferente de aquella expresión respecto a la que se aplica en el OS y ello veremos que será trascendental en la exacta delimitación de lo que es la RSE. En efecto, si partimos de la base de que ésta se refiere a un ámbito de actuación “voluntaria” por parte de la empresa, no exigible jurídicamente, y que, en principio, de su incumplimiento no se deriva una responsabilidad de carácter jurídico al menos en sentido estricto y de forma directa – en base a aquella inexigibilidad, en este caso el término “responsabilidad” no está utilizado de la misma forma en ambos ámbitos. En el OS, precisamente tanto el TRLISOS como el TRLPL nos recuerdan que toda obligación jurídica en aquel Orden tiene su reverso en una sanción en caso de incumplimiento. Como decíamos, esta importante diferencia no quiere decir que no existan importantes conexiones desde esta perspectiva de la responsabilidad. Es difícil pensar en un cumplimiento satisfactorio de las obligaciones derivadas de la RSE si se da un incumplimiento de obligaciones esenciales en el ámbito del OS – aunque lo inverso no sea estrictamente necesario –. Pero en ambos casos se trata del cumplimiento de una serie de “obligaciones” – jurídicas y no jurídicas –, de propiciar unos determinados comportamientos, aunque los instrumentos para facilitar su consecución sean diferentes. Además, téngase en cuenta que la distinción radical entre “norma jurídica” y “norma social” – por no utilizar la de “norma moral” – es cada vez más compleja, y ello particularmente y como veremos inmediatamente, en base a la aparición de instrumentos regulatorios bajo el denominado “soft law” cuyo componente “coercitivo” puede quedar diluido, y con ello el de la aplicación de una sanción en caso de incumplimiento.

Como vemos, es posible determinar que entre RSE y OS existen unas importantes conexiones ya en el plano terminológico que, es evidente, tienen unas claras manifestaciones en el plano sustancial que ahora pasamos más detenidamente a analizar. Con seguridad, la conexión esencial viene determinada por la utilización común del término “social”, aunque en el OS tiene un sentido más limitado que en la RSE, dado que en este último caso excede con mucho del ámbito de las relaciones laborales (o de la Seguridad “Social”) para introducirse plenamente en la más extensa relación (de todo tipo) entre empresa y sociedad.

3. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y ORDEN SOCIAL: ALGUNAS CONEXIONES SUSTANCIALES

3.1. Respeto a los sujetos

Desde el ámbito subjetivo, es evidente que el de la RSE es considerablemente más amplio que el del Orden Social. Ciertamente, desde la perspectiva empresarial, esta diferencia es menor. Mientras que en el OS tenemos, en base al art. 1.2 del ET, al empleador, que puede ser, aunque no es requisito, un empresario o un grupo de empresas – además de una ETT que va a ser un empleador muy especial –, en la RSE el ámbito es también la empresa, pero el acento está, más que en el componente estrictamente subjetivo, en aquélla en cuanto ámbito de organización y en cuanto origen de desarrollo de un producto o un servicio que le hace ponerse en contacto con terceros ajenos a la empresa en sí. En efecto, si lo vemos ahora desde la perspectiva de los sujetos receptores de la RSE, es donde se produce la enorme ampliación respecto al OS: ciertamente las mismas partes y sujetos del OS (trabajador, representantes legales de la empresa, organizaciones sindicales), clientes de la empresa, proveedores, ciudadanos en su conjunto.

En todo caso, es evidente que, además de la ampliación desde la perspectiva de los sujetos receptores, respecto al sujeto empresarial es más amplio en la RSE que en el OS. Mientras que en este último están incluidos los empresarios, con independencia de la dimensión de sus organizaciones empresariales –si es el caso, dado que no es necesario jurídicamente para ser empleador, como es bien conocido –, respecto a la RSE lo cierto es que está fundamentalmente centrada en la práctica en las empresas de mayor dimensión, y muy especialmente en aquellas de carácter transnacional, que es donde se ha originado básicamente este desarrollo de la RSE⁷. Por lo que se refiere a las PYMES, puede decirse que el desarrollo de la RES está en sus inicios, aunque ya podemos avanzar que su conformación será diferente de las políticas de RSE típicas de las grandes empresas. En ellas, el componente de agrupación territorial y sectorial está llamado a jugar un papel muy relevante, sobrepasando la mera unidad empresarial en sí (Foro de Expertos, 2008, pgs. 156 y 228).

Como puede verse, en este tema del ámbito subjetivo, lo que hay es una diferencia entre OS y RSE de carácter práctico. Mientras que el ámbito subjetivo del OS está claramente definido, no es el caso de la RSE, que es más ambiguo desde la perspectiva de los sujetos receptores, y respecto a los sujetos activos (empresariales) están más centrados en las empresas de mayor dimensión.

⁷ Zerk, 2006, pgs. 8 ss

Desde la perspectiva de las Administraciones Públicas, se da una coincidencia subjetiva en los dos ámbitos. En el Orden Social, es claro e indiscutible el papel de empleador de las mismas en cuanto parte de relaciones laborales colectivas e individuales. Respecto a la RSE, no es tampoco discutible que, como se ha indicado, “las Administraciones Públicas... tienen el deber de integrar los principios de responsabilidad en sus propios sistemas de gestión y en las relaciones con terceros”⁸.

3.2. Fuentes de regulación y eficacia

Respecto a las fuentes de regulación, la principal diferencia es que al menos en las definiciones tradicionales de RSE, se acentúa el elemento “voluntario”⁹, haciéndose además con especial énfasis en separar éste del componente “obligatorio” implícito en la norma jurídica¹⁰. No podemos ahora detenernos en el debate sobre la atribución de la obligatoriedad de un hacer o no hacer como carácter intrínscico a la norma, pero lo cierto es que es este un componente predicable de forma esencial.

No obstante, como ya hemos señalado, téngase en cuenta la existencia de normas que pueden tener un componente obligatorio de menor intensidad –“soft law”–, y que puede implicar un nivel de intersección importante con las “obligaciones” no jurídicas derivadas de un importante imperativo social. Con otros términos, téngase en cuenta que el propio Ordenamiento jurídico conoce una variedad de normas jurídicas en las cuales el nivel de “coactividad” puede estar más o menos difuso. A la norma imperativa que impone o prohíbe una determinada conducta se le ha de agregar normas incentivadoras o encauzadoras en las cuales este elemento coactivo queda acentuadamente en un segundo plano –aunque ciertamente existente–¹¹.

Además, hay materias que durante un tiempo han sido propias de la RSE que pueden fácilmente devenir parte integrante del Ordenamiento jurídico

⁸ Foro de Expertos, 2008, pg. 110.

⁹ RSE se ha caracterizado como “the obedience to the unenforceable” por el Institute of Global Ethics (Mullerat, 2005, pg. 5). Sobre el carácter de “voluntariedad” como distintivo de la RSE, Mullerat, 2008, pg. 4;

¹⁰ Este componente de voluntariedad esta presente en algunas de las definiciones más utilizadas de RSE : “conjunto de compromisos en el orden económico, social y medioambiental que constituyen un valor añadido al cumplimiento de sus obligaciones legales (de la empresa), contribuyendo a la vez al progreso social y económico en el marco de un desarrollo sostenible” Foro de Expertos, 2008, pg. 18.

¹¹ Sobre el debate “voluntariedad versus obligatoriedad” en sus distintos componentes Zerk, 2006, pgs. 32 ss

mediante una regulación al respecto, debido a ese proceso creciente de juridificación que hemos señalado ya en otras ocasiones¹². No obstante, ello no puede deberse como un proceso automático de limitación del ámbito material de la RSE, ya que ésta también va conociendo una progresiva ampliación respecto a sus posibles contenidos.

Otras matizaciones deben hacernos encuadrar el tema de las fuentes y de su eficacia jurídica respecto a los dos ámbitos.

El hecho de que los principios y reglas propios de la RSC no nazcan de una obligatoriedad jurídica no implica necesariamente una falta de instrumentos para obligar socialmente a su implementación y cumplimiento. En efecto, la carencia de obligatoriedad jurídica, que hace décadas marcaría la no aplicabilidad práctica de pautas de conducta, en la actualidad, merced a mecanismos indirectos de “obligatoriedad” tales como la libertad de información y expresión, acompañado de unos medios de comunicación e información masivos y globalizados, permiten desarrollar un nivel de coacción social a veces tanto o más efectivo que las sanciones propiamente jurídicas. La carencia de obligatoriedad jurídica no es sinónimo de ausencia de consecuencias negativas para el empresario en caso de incumplimiento de las obligaciones sociales derivadas de la RSE. La censurabilidad social de la comunidad ante determinados comportamientos puede tener consecuencias negativas incluso mayores que la estrictamente jurídicas, y ello es lo que marca las diferencias con etapas anteriores en las que las sanciones jurídicas ocupaban un lugar casi exclusivo a la hora de determinar efectos adversos para el incumplidor¹³.

Por otra parte, es necesario hacer algunas distinciones importantes respecto a las fuentes en el ámbito del OS. Las fuentes de regulación en el Orden Social están básicamente contempladas en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores, en una combinación algo peculiar respecto a fuentes de Derecho y fuentes de derechos y obligaciones en el contrato. No podemos detenernos ahora en ellas, sino sólo para poner de manifiesto dos características con relevancia en la RSE. Por un lado, y respecto a la norma estatal, hay que poner de relieve tanto su “autocontención” y la pluralidad en sus formas regulatorias. La autocontención se expresa esencialmente en un tendencia a limitar su desarrollo en relación a un posible protagonismo de la autonomía colectiva, y ello en base a la garantía del derecho a la negociación colectiva que se contiene en el artículo 37.1 CE; la segunda se refiere a una potenciación de formas de derecho dispositivo y una limitación de alternativas de

¹² Sobre este proceso Mullerat, 2008, pg. 4.

¹³ Lo anterior está muy ligado a la teoría de la RSE como expresión de las empresas como “good corporate citizens” (The Oxford Handbook, 2008, pgs. 64 ss)

derecho necesario, especialmente de derecho necesario absoluto. Así, el OS, con anterioridad concebido bajo el prisma exclusivo o predominante de las normas de derecho necesario, esta progresivamente receptivo a la integración del soft law mediante normas incitadoras, encauzadoras y de aperturas de alternativas, con expresiones normativas diferentes a las estrictamente prohibitivas o impositivas de conductas. La segunda característica, bien conocida, es la trascendencia incesante que en el protagonismo de las fuentes de Derecho en el OS tiene la negociación colectiva, fuente que en sus distintas formas, lo cierto es que podemos convenir que continúa extendiéndose desde la perspectiva material, abarcando continuamente un número progresivo de materias. En este sentido, la RSE, en cuanto origen de pautas de comportamiento esencialmente para la empresa respecto a sus empleados y en los contenidos que enumeraremos a continuación, no representa un desafío por definición para la negociación colectiva en cuanto fuente de regulación. Sobre todo si también tenemos en cuenta que en ella se desarrolla esa pluralidad de aproximaciones regulatorias que van desde normas imperativas, absolutas y relativas, a normas dispositivas e incluso a disposiciones carentes de una coerción jurídica.

En este último ámbito, hay que partir de la base de la idoneidad de la negociación colectiva para acometer, como fuente de regulación, contenidos propios de la RSE, en tanto que fuente de regulación que puede conocer reglas de muy distinto tipo, incluyendo aquéllas con un componente de voluntariedad propio de la RSE. Distinto será el tema de que pueda estimarse que, por la propia caracterización “voluntaria” de la RSE y el papel que en ello ha de jugar la decisión unilateral de la empresa, se estime que la negociación colectiva no deba asumir este protagonismo o debe asumirlo de una forma limitada. En este último caso, de preferencia por el protagonismo del poder regulatorio empresarial, podría predicarse como idóneo también mecanismos colectivos menos incisivos que la negociación colectiva, tales como la información y la consulta respecto a los representantes de los trabajadores.

No obstante, el que las políticas de RSE no nazcan de unas obligaciones legales, no quiere decir que, una vez establecidas, carezcan de eficacia legal sea respecto al mismo empresario sea respecto a otros potenciales sujetos, como puede ser el caso en relación a los empleados.

En efecto, a la hora de hablar de “voluntariedad”, como hemos visto, se está haciendo fundamentalmente referencia al hecho de que el desarrollo de una específica regulación por el empresario no nace de una norma que le obligue legalmente a ello. Sin embargo, el tema que hay que plantearse es el de la eficacia jurídica de tales políticas, una vez desarrolladas voluntariamente por el empresario – incluso, como hemos visto, cuando son “incentivadas” por la norma internacional o estatal o por la negociación colectiva –.

No obstante, en tanto que esas políticas de RSE pueden contener no sólo principios o pautas de comportamiento no vinculantes para los destinatarios, sino también obligaciones –por ejemplo, en la forma de comportamiento de los empleados respecto a los clientes de la empresa, otorgando a estos últimos derechos más allá de lo establecido en las normas–, en este caso las fuentes de regulación de contenidos adicionales derivados de la RSE poseen una verdadera eficacia jurídica. Para el empresario, la regulación desarrollada voluntariamente puede significar que, en base a su poderes organizativos derivados de los artículos 33 y 38 CE, deviene creadora de derechos y obligaciones jurídicamente exigibles.

En este sentido, se instrumentaliza el poder de dirección en el ámbito de la RSE de forma no diferente a como se utiliza aquél en el ámbito del OS. Aquí, como es bien sabido, el poder de dirección del empresario tiene claros efectos jurídicos. Lo tiene en cuanto creador de derechos (por ejemplo, las condiciones más beneficiosas) y obligaciones (instrucciones generales y específicas sobre la prestación de trabajo) respecto a las cuales se desarrolla el deber de obediencia del trabajador y, caso de incumplimiento, el poder disciplinario del empresario.

3.3. Respeto al contenido

Por lo ya indicado, es evidente que el contenido posible de la RSE excede con mucho de aquel propio del OS, aunque el referente a la relación con empleados se considera como esencial.¹⁴ Aunque hay convenios que incluso se han introducido en el ámbito del medio ambiente, que pueden contener cláusulas en las que, de una forma u otra, se afecta a la relación de la empresa con clientes y proveedores o, en fin, que hacen referencia a la gobernanza de la empresa, es evidente que tales materias, que constituyen el núcleo duro material de la RSE, tiene en el OS un carácter secundario, cuando no marginal.

Por tanto, al menos en la actualidad, el nivel esencial de regulación complementaria – entendida en sentido amplio – que se puede dar entre OS y RSE se refiere a los empleados y a sus relaciones con la empresa en sus distintas vertientes.

¹⁴ Al respecto, Fundación Alternativas, 2008, pg. 52 , que señala como los otros dos elementos del contenido de la RSE en la empresas españolas el de medio ambiente y el de relación con los clientes, en consonancia con otros estudios internacionales al que nos referimos en este estudio. Con un enfoque algo diferente, y respecto a los tres componentes esenciales de la RSE : política medioambiental, política de empleo (en sentido amplio , de relación con los empleados) y política de cooperación al desarrollo (sostenible) , Valor y Hurtado, 2009, pg. 39.

A continuación hacemos referencia a algunos de los ámbitos y temas en los que se puede –y de hecho se da –esa regulación complementaria derivada de compromisos de RSE más allá de las obligaciones jurídicas impuestas en el OS tal como configurado en nuestro Ordenamiento. No estamos con ello pronunciándonos sobre la conveniencia o no de esa regulación, sino tan sólo su posibilidad, en cuanto es este el “espacio vital” que nuestro sistema jurídico- laboral deja para una regulación originada en la voluntariedad, y no en la obligatoriedad.

Si adoptamos la perspectiva de las distintas vertientes del OS , y por lo que se refiere, en primer lugar al ámbito estrictamente laboral, la RSE encuentra distintos ámbitos en los cuales es posible un compromiso mayor de la empresa respecto a los imperativos estrictos de la norma estatal o la norma convencional. En la actualidad, temas como un mayor compromiso con la formación continua de los trabajadores, con la conciliación de vida laboral y privada, con la acción positiva respecto a colectivos desfavorecidos, respecto a los planes sociales de recualificación y recolocación en caso de suspensión o terminación del contrato de trabajo, pueden ser objeto de una política empresarial típica de RSE. En este ámbito de política laboral se ha desarrollado en las dos últimas décadas como expresión de la RSE las cuestiones relacionadas con la denominada “diversidad”. No podemos ahora detenernos en este importante tema, pero téngase en cuenta que ésta última va más allá de lo que es la obligación legal de no discriminación. Ciertamente, no discriminar por razón de edad, sexo o raza es esencial para que pueda existir diversidad en el personal de la empresa, pero el tratamiento diverso implica unas políticas más complejas que no la meramente no discriminatoria.

Entre el ámbito estrictamente laboral y de las denominadas “mejoras voluntarias” de la Seguridad Social, nos encontramos con los genéricamente calificados como “beneficios sociales”, en muchos casos contemplados en los convenios colectivos, pero en otros, objeto de regulación unilateral por la empresa: becas para descendientes de los trabajadores, economatos, residencias de descanso vacacional. En determinados casos, las empresas prefieren no vincular estos beneficios sociales a obligaciones jurídicas, de forma que no creen condiciones más beneficiosas.

En el ámbito estricto de las mejoras voluntarias de Seguridad Social, probablemente uno de los campos en los que las empresas puedan mejorar unilateralmente lo contemplado en la normativa estatal o en la normativa convencional se refiera a la asistencia sanitaria, introduciéndose mediante seguros privados en niveles de cobertura, de las mismas u otras contingencias, que aquella regulación no contempla.

Respecto a la normativa de prevención de riesgos laborales, es uno de los campos en los que la RSE puede desarrollar un mayor contenido, especialmente

por lo que se refiere al mantenimiento de una posición de vigilancia en el cumplimiento de la normativa al respecto dentro de la organización que haga de la misma una maquinaria preventiva lo más perfecta posible. La consideración de la salud y la integridad física de los trabajadores como un ámbito totalmente prioritario es la máxima expresión de ese compromiso. Lo anterior es especialmente verdad en el campo de la salud mental y de la prevención del stress. Las denominadas políticas de “wellness” encuentran aquí un terreno propicio para el desarrollo. Los rankings que se publican periódicamente de las empresas en las que los empleados se encuentran mejor o respecto a los cuales los empleados quisieran prestar sus servicios están relacionadas en gran parte no ya con temas salariales o estrictamente profesionales, sino con esta predisposición de las empresas a desarrollar políticas respecto al “bienestar” de sus empleados más allá de lo establecido por la normativa estatal y convencional.

En fin, hay otro campo que en muchas ocasiones pasa desapercibido a la hora de identificar las políticas de RSE, que son esenciales para la percepción que los empleados tienen de una empresa y que se relacionan con los sistemas internos de solución de conflictos. La normativa laboral, en su vertiente estatal y negocial, parten del presupuesto de que la solución de los conflictos entre empresa y empleados es una función esencialmente externa, tanto por lo que se refiere a la jurisdicción social como, en menor medida, terceros conciliadores, mediadores o árbitros. Sin embargo, lo cierto es que, antes de esa externalización, es esencial que las empresas de una determinada dimensión desarrollen un sistema propio de impartición de lo que hace años que se denomina “justicia organizacional”. Esto es, la empresa ha de establecer procedimientos internos de denuncia, de información, de consulta y, en última instancia, si es posible, de decisión y resolución, respecto a la mirada de conflictos entre dirección y empleados y de empleados entre sí que nacen de la mera dinámica de una organización mínimamente compleja. Esta última política de potenciación de lo que se denomina como “justicia organizacional” no sólo es básica para un funcionamiento más eficaz de la organización, sino también fundamental para la credibilidad de la empresa en el mantenimiento de ciertos principios que se asocian a la RSE. Los principales portavoces respecto a la veracidad del compromiso de una empresa respecto a sus políticas de RSE van a ser los trabajadores, de forma que declaraciones externas empresariales respecto a la ética o la justicia han de encontrar un soporte en las políticas internas de la propia empresa respecto a sus propios empleados.

En relación a este último punto, aunque un número importante de convenios colectivos han desarrollado regulaciones en materia de procedimientos preventivos respecto a materias tales como acoso moral o sexual, lo cierto es que aún queda un largo trayecto por recorrer en este ámbito. Es evidente que los conflictos en el seno de la empresa pueden llegar a un nivel de desarrollo

que haga que sólo una autoridad externa a la misma pueda imponer una solución al respecto. Pero en la mayoría de las ocasiones, esos mismos conflictos, si entendidos con anterioridad a su final deterioro por la propia organización, pueden ser objeto de solución por vía externa. En este sentido, las declaraciones y los procedimientos de las empresas en materias como la discriminación o el acoso, pueden y deben hacer de la propia organización un mecanismo preventivo al respecto, de forma que haya conciencia en la misma de que es capaz de impartir soluciones justas y equitativas ante conductas no sólo ilícitas, sino meramente disruptivas de las relaciones personales y profesionales en el dicha organización.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hay dos aspectos de la RSE que, sin duda, tienen una consecuencia acentuada en su relación con el OS, que no hemos tratado en los apartados anteriores y a los que, sin embargo, debemos al menos hacer referencia, mereciendo cada uno de ellos un tratamiento monográfico.

Por un lado, hemos considerado la RSE desde la perspectiva exclusiva de nuestro Ordenamiento jurídico, concretamente en las normas referentes al OS. No obstante, no es posible tener una visión completa de la RSE si no incorporamos el componente internacional. En gran medida, la RSE tiene sus orígenes más directos en el proceso de globalización guiados por las empresas multinacionales.¹⁵ Pues bien, la RSE de las empresas multinacionales debe evaluarse también en su trascendencia jurídica desde la perspectiva transnacional, esto es, de la aplicación de las políticas de RSE elaboradas por las mismas en todos los países en los que actúa, y no sólo en los que tienen sus matrices. En aquellos países emergentes en los que actúan las multinacionales, las políticas de RSE viene a ser, ahora sí, un complemento esencial respecto a las normas provenientes tanto del propio Ordenamiento laborales de tales países (en muchos casos escasamente protectores o faltos de aplicación) como de la normativa laboral internacional (Convenios de la OIT, fundamentalmente), con independencia de que tales políticas de RSE deban normalmente adaptarse a las normas laborales de tales países y, a veces más importante, a su contexto socio-cultural¹⁶. De todas formas, insistimos, la perspectiva transnacional de las políticas de RSE es básica para la comprensión de las mismas, más allá de la perspectiva del sistema legal de un solo país.

¹⁵ Al respecto, vid Scherer y Palazzo, "Globalization and Corporate Social Responsibility", en Handbook, 2008, pgs. 413 ss; Lozano et al., 2007, pgs. 44 ss .

¹⁶ Sobre la necesidad de adaptación Lozano et al., 2006, pg. 32.

Por otro, todos los análisis hasta ahora realizados sobre la RSE (ciertamente aquellos citados en este estudio) han sido elaborados con anterioridad a la profunda crisis económica global que se ha desarrollado a partir del año 2008. Desde luego, dicha crisis va a afectar a las políticas de RSE. Queda por determinar en qué sentido, pero en lo que ahora nos concierne, la cuestión más importante es si la RSE va a “sobrevivir” dicha crisis, esto es, si las necesidades impuestas por las restricciones y reducciones en políticas laborales y personal van a significar una práctica eliminación en las posiciones de las empresas adoptadas al respecto con anterioridad a tal crisis en base a sus políticas de RSE. Si ello fuera así, ciertamente significaría el respaldo a aquellas posiciones más escépticas sobre la RSE, que la han considerado sólo como una gran operación de “marketing” de las empresas multinacionales¹⁷. No obstante, las conclusiones provisionales que podemos deducir van precisamente en sentido contrario, esto es, que los orígenes y consecuencias de tal crisis económica, con origen en el sector financiero, refuerzan la necesidad de acentuar las políticas de RSE como vía precisamente de evitar situaciones similares a las que han desembocado en aquélla¹⁸. En este sentido, creemos que la RSE en cuanto políticas empresariales que van a tener una clara incidencia en el Ordenamiento jurídico y en las relaciones laborales de nuestro país deberá seguir siendo objeto de análisis por la incidencia que va a tener en nuestra normativa del OS.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Crane et al., *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility* (Oxford University Press, 2008).
- Foro de Expertos (AAVV), *Responsabilidad Social de las Empresas*, (MTAS; 2008).

¹⁷ Al respecto, Hanlon, *The Oxford Handbook*, 2008, pg. 170. También, S. Stern, “The deadliest greenhouse gas? The hot air of CSR”, *Financial Times* 3 de febrero de 2009, pg. 10.

¹⁸ Vid el Seminario “CSR in the economic crisis”, confirmando unas expectativas de mayor consolidación de la RSE a pesar de este contexto económico (http://www.globescan.com/news_archives/salon_lon-0109). Al respecto, sobre las declaraciones de muchas multinacionales a favor de reforzar sus políticas de RSE al formar parte de su misma estrategia de gestión y las recomendaciones de la Comisión Europea en el sentido de que tal tema sigue siendo “una prioridad en su agenda”, vid la noticia en www.cincodías.com de 23 de marzo de 2009. También, en este sentido, el monográfico “Responsabilidad Social Corporativa”, en *Expansión*, 30 de abril de 2009.

- Kim Kercher, "Corporate Social Responsibility: Impact n Globalization and International Business (ePublications@Bond University, <http://epublications.bond.edu.au/cgej/4>).
- Alberto Lafuente (Dir.), *Informe 2008 sobre La Responsabilidad Social Corporativa en España* (Madrid : Fundación Alternativas, 2008).
- J. M. Lozano et alt., *Tras la Responsabilidad Social Empresarial: La Responsabilidad Social de la Empresa en España vista por sus Actores* (Barcelona: Granica, 2007).
- R. Mullerat (ed.), *Corporate Social Responsibility*, (Kluwer Law International, 2005)
- K A. Olcese (Dir.), *La Responsabilidad Social de la Empresa* (Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras, 2007).
- C. Valor e I. Hurtado (Coords.), *Las Empresas Españolas y la Responsabilidad Social Corporativa* (Madrid: Catarata, 2009).
- J.A. Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility* (Cambridge University Press, 2006).

LA ADMINISTRACIÓN LABORAL EN ESPAÑA. UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA DE SÍNTESIS

JOSÉ VIDA SORIA

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras Clave: Administración laboral

Partiendo de los compromisos que supone para los diferentes Estados la ratificación del Convenio nº 150 de la OIT, sobre la existencia y funcionamiento de una Administración Laboral, el presente estudio repasa la historia y evolución de los diferentes estamentos administrativos que han tenido competencia en las diferentes áreas en que se subdivide el trabajo y la seguridad social, entendidos en sentido amplio.

Tras una descripción valorativa de los distintos episodios, el estudio centra su atención en los diferentes medios de participación institucional y, sobre todo, en la actual segmentación y distribución de competencias. No sólo desde un punto de vista territorial, sino funcional y en el ámbito de la Administración del Estado, como consecuencia de las reiteradas reformas que sobre la estructura de los departamentos del Ministerio de Trabajo, y de otros, se han venido sucediendo en los últimos meses, bajo un prisma crítico y constructivo.

ABSTRACT

Key Words: Labour Administration

Starting with the commitments entailed on the different States by the ratification of ILO Agreement n.150 on the existence and functioning of a Labour Administration, this study takes a look at the history and evolution of the different administrative bodies that have had competences in the different areas in which labour and social security are subdivided, understood in their widest sense.

After a descriptive assessment of the different episodes, the study focuses on the different means for institutional participation and, above all, in the current segmentation and distribution of competences. Not only from a territorial point of view, but also functional and in the sphere of the State Administration, as a result of the continuous reforms, on the structure of the different departments of the Ministry of Labour and others, that have taken place in the last few months, under a critical and constructive perspective.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONVENIO 150 DE LA OIT
3. UN PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA ADMINISTRACIÓN LABORAL
4. ADMINISTRACIÓN Y ESTADO INTERVENCIONISTA
5. ORÍGENES, CRECIMIENTO IMPORTANCIA Y “PESO POLÍTICO”- DE LOS MINISTERIOS DE TRABAJO Y DE LAS ADMINISTRACIONES LABORALES
6. LA ADMINISTRACIÓN LABORAL EN ESPAÑA
7. LA RELEVANCIA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SUS VICISITUDES POLÍTICAS
8. LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL EN MATERIA LABORAL
9. LA ADMINISTRACIÓN LABORAL Y LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
10. EL TEMA DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS SINDICATOS Y DE ASOCIACIONES Y DE LOS INTERESADOS
11. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIO-LABORAL

1. INTRODUCCIÓN

Se cumple este año el trigésimo (Que bien puede ser objeto de una conmemoración) del Convenio Internacional de la OIT n° 150, sobre “Cometido, funciones y organización de la Administración de Trabajo”, (hecho en Ginebra el 26 de junio de 1978, y ratificado por España por el instrumento de 13 de febrero de 1982, BOE n° 296 de 10 diciembre 1982).

No es ni mucho menos un Convenio destacable, dentro del acervo normativo de esa Organización, pudiendo ser clasificado entre los que se suelen denominar como “Promocionales”, y que igualmente se puede calificar de “Pedagógico”. Se puede decir que desde luego sus Estados destinatarios inmediatos no están en Europa, que es un Convenio claramente “retrasado” en la secuencia general de estos instrumentos de la OIT, y que al fin y al cabo quizás sea un Convenio extravagante –desde nuestra óptica– porque al fin y al cabo lo deseable es que exista una administración pública objetiva, técnicamente capaz, (que haya una Administración –además– de carácter laboral, es tema secundario), y que esa administración sea neutra políticamente. (Por más que esto último sea una clara utopía).

No es Convenio que haya planteado problemas, y menos en los tiempos actuales. Tampoco es un Convenio cuyo contenido sea encomiable: por su excesiva generalidad, y por su escasez de contenido concreto, más allá de la pretensión de que cualquier marco jurídico y político de las relaciones de trabajo cuente con un apoyo político-administrativo, específico, y adecuado. Los países que lo han ratificado son los mismos de siempre, y los que no lo han hecho, también.

En las circunstancias actuales, detener nuestra atención en esta materia puede ser en cierto modo fructífero, porque, coincidiendo en términos generales

con el progresivo cambio de perspectiva en el tratamiento de los temas de protección y regulación del trabajo asalariado (Derecho del Trabajo-Derecho del Empleo, cambios en las políticas de protección social...), se puede reflexionar sobre sus repercusiones organizativas, más o menos consecuentes.

Aquí en España el tal aniversario ha coincidido con una amplia (Se puede calificar de delirante, tanto técnica como políticamente) reorganización de Departamentos ministeriales, después del advenimiento reciente de un nuevo Gobierno, en donde la llamada Administración laboral se ha visto involucrada considerable y no muy afortunadamente, que parece querer alinear las estructuras burocráticas a nuevas tendencias políticas.

Reorganización también que parece suponer un hito más que añadir a otros ya de más antigüedad, como el la proliferación de Organismos del género en nuestro Estado de las Autonomías.

2. EL CONVENIO 150 DE LA OIT

Desde luego que a ese propósito de reflexión el Convenio no ayuda nada; antes bien, confirma su relativa utilidad.

No es difícil dar cuenta del contenido del referido Convenio 150, cosa que se puede hacer subrayando lo dispuesto en sus artículos 2, 3, 4 y 10, cuando mucho. Aparte del mandato (¿) de constituir una Administración Laboral especializada, el texto de esos artículos:

– Permite (Art.2) “delegar o confiar, con arreglo a la legislación o a la práctica nacionales, determinadas actividades de administración del trabajo a organizaciones no gubernamentales, particularmente a organizaciones de empleadores y de trabajadores o –cuando fuere apropiado– a representantes de los empleadores y de los trabajadores.”

– Acepta (Art.3) los gobiernos puedan considerar determinadas actividades pertenecientes a su política laboral nacional como cuestiones que, con arreglo a la legislación o a la práctica nacionales, y que se regulan mediante negociaciones directas entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

– Instruye a los gobiernos (Art.4) para que garantice, en forma apropiada a las condiciones nacionales, la organización y el funcionamiento eficaces en su territorio de un sistema de administración del trabajo, cuyas funciones y responsabilidades estén adecuadamente coordinadas.

– Y ordena (Art. 10) que el personal del sistema de administración del trabajo deberá estar integrado por personas que estén debidamente calificadas para desempeñar las actividades que les han sido asignadas, que tengan acceso a la formación que tales actividades requieran y que sean independientes de influencias externas indebidas. Añade este artículo que “Dicho personal deberá

tener el estatuto, los medios materiales y los recursos financieros necesarios para el desempeño eficaz de sus funciones.”

El Convenio ha sido ratificado por 69 países miembros.

El Convenio es, por otra parte, demasiado “antiguo”, porque se está ya, como se ha dicho, en la fase de pasar de las Administraciones Laborales a otra que se pretende que sea la de las Administraciones del “Empleo” (Entidad ésta mucho más fantasmagórica por el momento). Se puede observar que, con respecto al menos, a los países europeos, y desde luego respecto de España, el contenido del Convenio, está ampliamente sobrepasado.

Y si se quiere profundizar mínimamente en la crítica de su contenido, se podría señalar que el artículo 10 (A funcionarios especiales, parece referirse) va en contra de las tendencias más universalmente aceptadas en ese tema, que propugnan un sistema funcionarial único y polivalente, como medio de garantizar la agilidad, la coherencia, la competencia, y neutralidad de la burocracia (El modelo francés ha sido siempre el ejemplo), aunque, por lo que se refiere a España, nunca conseguido, –y probablemente nunca deseado de verdad–, por los poderes públicos, ni, claro está– por la misma burocracia, presa de tendencias exclusivistas, y por tanto disgregadoras).

3. UN PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA ADMINISTRACIÓN LABORAL

Es corriente general entre los juristas, apreciar poco, los temas de organización administrativa en el ámbito del estudio del Derecho público.

Y se suelen aceptar varios “Tópicos” al respecto en los que convergen, al fin y a la postre, también existentes sesudos y científicos estudios

– Uno, que el tema organizativo, tanto en lo público como en lo privado, es una decisión deferida a los responsables de las mismas organizaciones, y que en el mejor de los casos debe ser juzgada por sus resultados, en función de la finalidad práctica que se pretende conseguir.

– Otro, que los temas organizativos, en sentido estricto, son objetivables, y materia propia de otros conocimientos especializados, no jurídicos; señaladamente, y desde hace décadas ya, los de ingeniería industrial, después los de los expertos en “Organización y métodos” (“O y M”, se denomina la materia), y ya recientemente los propios de la “Ciencia de la administración” (Denominación académica mucho más evanescente).

– A eso se añade, ya en el estricto campo de lo técnico jurídico que las decisiones organizatorias, se expresan en Reglamentos asimismo “Orgánicos”, que dependen del poder Ejecutivo de manera independiente, y que, pues, son casi incontrolables con mecanismos típicos de los sistemas jurídicos; sólo se

podrían controlar por extralimitaciones del poder del que emanan, por no responder a las Leyes cupulares existentes, o por conculcar derechos privados, cosa difícil de contrastar.

– Finalmente la materia no es referible exclusivamente a una temática concreta, (laboral o de Seguridad social en este caso) sino que tiene que tratarse de modo global, para todo al aparato político-administrativo del Estado (A esa exigencia da respuesta en nuestro Ordenamiento la Ley Orgánica de funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) y la Ley del Gobierno; (O de las CCAA, en nuestro caso)

Que el tema no sea frecuentemente tratado, o que lo sea subordinadamente, no significa, ni mucho menos, que su estudio sea inútil; y que no tenga una trascendencia considerable.

En términos generales, la existencia de una Ley que contenga un estándar básico y único, para todas las posibilidades organizativas de los entes públicos, resulta hoy día fundamental, en términos estrictamente constitucionales. Y un estudio crítico sobre la Organización del Estado (Y más aún de las CCAA, en este momento), es sin duda el correlato de esa acción legislativa.

A través de ese estudio se facilita mucho – o simplemente se posibilita– un juicio crítico sobre la instrumentación jurídica de las decisiones políticas que se hayan adoptado al respecto, en especial sobre su coherencia y la finalidad y verosimilitud de los fines que abordan, o incluso –claro está– la tendencia ideológica en que se apoyen esas opciones políticas....

Por otra parte cualquier decisión (y estudio) que se adopte en ese ámbito organizativo facilitará un juicio crítico sobre aquella aporía –parece que trivial, pero en realidad esencial y ya resuelta por los hechos desde hace tiempo en el peor de los sentidos– de si la función crea el órgano, o viceversa.

De hecho las decisiones organizativas en estos ámbitos se deberían tomar “neutralmente”; esto es: en función de criterios de organización del trabajo. Pero ello no se hace casi nunca así, sino que se toman teniendo por guía un argumento, (del que deliberadamente casi no se habla, y que es el que en realidad predomina), esto es: el poder (político en el contexto de la Administración pública) que pueda acumular un elemento (un Ministerio, por ejemplo) dentro de la organización general del Sistema (El “peso político” de una unidad administrativa se suele decir). Este argumento puede ser discutible, e incluso admisible, siempre que se haga con sentido, y sin que la coherencia de la Organización entera se resienta, y contribuya a cumplir el principio constitucional (Artículo 103) de servir con “objetividad los intereses generales”, y permita que la Administración actúe, sobre todo, de acuerdo con un criterio de actuación con eficacia, y de seguridad jurídica y claridad y sencillez frente al los administrados. Pero todo indica que en concreto todo ello es inútil: las parcializaciones del aparato burocrático van de la mano de las oportunidades de participar, más o menos en el Poder.

4. ADMINISTRACIÓN Y ESTADO INTERVENCIONISTA

Con extrema brevedad se debe recordar que la Administración pública, tal como hoy la conocemos, es fruto y consecuencia del nacimiento y desarrollo del Estado prestador de Servicios y por tanto Intervencionista. Y que, desde hace relativamente no ya tan poco tiempo, la “Clásica” Administración intervencionista está girando hacia una descentralización acorde con la parece que incontenible fuerza de las tendencias privatizadoras.

Paralelamente a esa configuración funcional del Estado se han ido creando inevitablemente (Fisiológicamente) dos líneas organizativas de intervención, que se corresponden con las actividades públicas en cada sector intervenido: la función inspectora, –básica desde luego, pero no siempre formalizada como tal– (Del lo que aquí no se tratará), y la función puramente político-burocrática, a través de la que se instrumenta y se expresa ese intervencionismo, – control de las políticas de intervención– y organización para las consiguientes regulaciones y prestaciones, –económicas o de servicios–, al ciudadano, cuando corresponda.

El fenómeno es prácticamente igual en todos los sectores político-administrativos, y es general en todos los países, especialmente en los europeos. Los Ministerios “clásicos” – política interior, política exterior, defensa, justicia, y hacienda–, se ven primero acompañados de uno nuevo, “de Fomento”, del que se desgajan progresivamente indeterminado número de unidades ministeriales, con arreglo a criterios de oportunidad. Es aquí donde aparece la, ya citada antes, aporía, de si el órgano crea la función, o lo contrario, aporía no dilucidada nunca.

En España existe de todos modos un “patrón”, pretendidamente general y único para orientar las políticas organizativas del Estado. Se trata de las tres leyes: la Ley del Gobierno (1997), La Ley O. de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, y mucho más recientemente la Ley de Agencias (2006). (No se aludirá aquí a la Organización de la Administración Local, ni de la de las Autonomías regionales).

La fundamental, en lo que aquí interesa, es la segunda naturalmente. No se va a estudiar ni siquiera mínimamente su contenido, cosa hecha ya hasta la saciedad por especialistas de la materia. Se trata sólo de fijar la actual raíz normativa de la Administración laboral, que es la que nos ocupa.

Quizás sea sin embargo de alguna utilidad crítica alguna observación al respecto:

– en primer lugar el “retraso” en la aparición de estas leyes tan fundamentales en la secuencia de construcción del Estado constitucional. (Hasta esas fechas -1997...– el Estado estuvo funcionando con leyes preconstitucionales).

– en segundo lugar la modificación que introdujo la LOFAGE a favor de nuevas modalidades de organización y gestión de los asuntos públicos. A saber, por lo que aquí interesa, la profunda reestructuración de los Organismos públicos (Antes Entidades estatales autónomas, que constituían evidentemente un caos sin justificación real) y de las Entidades públicas empresariales.

...(La “segregación” (¿?) de los organismos gestores de la Seguridad social, decisión ésta sin una justificación clara –Salvo que se le tuviera reservada alguna otra localización técnico-jurídica...¿Agencia?–).

– Y en tercer lugar la aparición posterior (2006) de la Ley “de Agencias”, mimética de la Administración USA, que ha añadido un plus de orientación privatizadora a la estructura burocrática del Estado.

(Por cierto que en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el presente año –Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009. D Adicional Trigésima novena. se ha dado un impulso a la creación de organismos de este tipo, autorizando al “Gobierno para que en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, mediante Real Decreto del Consejo de Ministros a iniciativa del Ministro de adscripción del respectivo Organismo Público y a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda y Administraciones Públicas, proceda a transformar los actuales Organismos Públicos cuyos objetivos y actividades se ajusten a la naturaleza de las Agencias Estatales en los términos previstos en el artículo 2 de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos”, previsión que incluye a los de gestión de la Seguridad social).

5. ORÍGENES, CRECIMIENTO IMPORTANCIA Y “PESO POLÍTICO”– DE LOS MINISTERIOS DE TRABAJO Y DE LAS ADMINISTRACIONES LABORALES–

El progresivo aumento de la legislación proteccionista que iba contribuyendo a formar el llamado “Estado social”, hizo que la Administración laboral apareciera, creciera, quizás que conscientemente sistematizara su estructura, y que cohesionara sus funciones... y a la vez que practicaba las técnicas “nuevas” de descentralización funcional, multiplicando Organismos autónomos a su alrededor. En casi todos los países de Europa ocurrió el mismo fenómeno.

Los Ministerios de trabajo llegaron a ocupar un lugar destacado en los Gobiernos, sobre todo después de La Guerra mundial, y quizás, porque dentro de ellos se situó la administración, directa o indirecta, de la Seguridad social.

Ese fenómeno de auge no duró demasiado en Europa, quizás también por la confluencia de dos factores: el desarrollo de la autonomía colectiva, que asumió cada vez más el protagonismo que le correspondía en el ámbito de las

relaciones laborales; y la constatación de que las materias de que se ocupaban esos ministerios formaban parte de la “Economía” la política económica (el factor trabajo, como uno de los elementos de ella). El resultado fue que progresivamente las unidades administrativas fueron asumiendo una función subordinada a los Ministerios económicos, y que en el ámbito de las relaciones laborales, asumieran funciones de “registro” y seguimiento de la actividad de los interlocutores sociales. (Recuérdense las frases – quizás un algo añorantes– que Javillier dedicaba, ya hace años en su Manual de Derecho del Trabajo, al Ministerio de Trabajo francés al respecto). (Por cierto que en esto el Convenio de la OIT ya lo había previsto)

Hoy día los Ministerios de trabajo, en Europa, cuando sobreviven, están todos en esa situación, digamos que secundaria, situados dentro de la órbita de las unidades ministeriales de Economía y/o Hacienda.

6. LA ADMINISTRACIÓN LABORAL EN ESPAÑA

No es la intención de este estudio, ni mucho menos, hacer (Repetir) una exposición de las vicisitudes de la Administración laboral en España. Sí puede ser esclarecedora una referencia a los que podemos considerar hitos de su evolución:

- debe al respecto señalarse, cómo su origen está precedido por la creación y funcionamiento de Órganos consultivos, que preparaban las bases de una legislación material intervencionista. La Comisión (de Encuesta) de Reformas sociales y el Instituto de Reformar sociales, son las instituciones de referencia; ambas de final del siglo XIX (1893).

- La Inspección de trabajo, (1906) (Convenios 61 y 129 de la OIT), que no es objeto de estudio aquí, es la Institución básica, anterior a una Administración laboral con entidad propia.

- La promoción y administración de los Seguros sociales (El Instituto Nacional de Previsión, 1908), –íntimamente ligada (en esa época, por mucho tiempo y hasta ahora), a los temas laborales– es la primera manifestación de esa Administración laboral a que se hace referencia aquí. Su papel, como se verá resultó decisivo en la potenciación de este sector de la Administración.

- Por fin la Administración Laboral, que fue surgiendo poco a poco en las sucesivas reformas de la estructura de los gobiernos de principios de siglo XX; primero formando parte de un Ministerio “Mixto” (Comercio y Trabajo), hasta que se configura como una unidad ministerial singular (1920). Desde entonces no ha dejado de figurar en la composición de todos los Gobiernos.

Si en cambio, ha ocurrido lo contrario: que de ese Ministerio de Trabajo, se han ido desgajando nuevos y por lo general efímeros, Departamentos minis-

teriales, descoyuntando, sin motivo suficientemente justificado, el tronco, como ocurre con la actual reforma de los Departamentos ministeriales (2008).

7. LA RELEVANCIA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y SUS VICISITUDES POLÍTICAS

– En el Régimen político anterior la Administración laboral experimentó un crecimiento y sobre todo acumuló un “peso político” descomunal. Ello por varios factores, naturalmente entrelazados.

El primero porque el dirigismo o intervencionismo del Estado en las relaciones laborales fue, prácticamente absoluto, como consecuencia de las aplicación un mucho peculiar de los principios político-jurídicos de las Leyes fundamentales del momento (El Fuero del Trabajo, fundamentalmente), y las exigencias del Régimen económico autárquico.

El Ministerio de trabajo, tuvo hasta finales de 1956 el poder de dictar normas reguladoras de las relaciones individuales de trabajo (Condiciones de trabajo únicas, inamovibles), por medio de las “Reglamentaciones de trabajo” (Después “Ordenanzas laborales”), que se aprobaban por Orden Ministerial, que sustituían a los (inexistentes) convenios colectivos, y que suponían auténticos Códigos de regulación sectorial de las condiciones de trabajo, bajo una hipotética cúpula normativa genérica que era la Ley de Contrato de trabajo TR de 1944-).

El intervencionismo del Estado llegó a tal punto, que en el Ministerio de Trabajo se “instaló” una Dirección general judicial, (La DG de Jurisdicción del Trabajo, encargada de las tareas de dirección y gestión de un Orden jurisdiccional propio– se diga lo que se diga ahora– , mucho más amplias, que las propias de un Ministerio de Justicia).

Por otra parte el Ministerio albergó un sistema complementario completo de Seguros sociales, a través de las Mutualidades Laborales (El llamado “Mutualismo laboral”, cuando de algún modo se centralizó su estructura).

Y finalmente el Ministerio en cuestión adquirió la función de dirigir y gestionar la Formación Profesional del momento (Dirección general de promoción... a través del famoso, desdeñado, y pionero sin embargo “Plan de Promoción Profesional Obrera” –la formación profesional, curiosamente y hasta ahora mismo, fue separada de las tareas del Ministerio de Educación, tarea que ahora ha adquirido y no del todo–).

El Ministerio controlaba además organismos autónomos fundamentales, como el Instituto Nacional de Previsión, (no sin ciertas tensiones internas).

Y el Instituto Nacional de Previsión –recuérdese– era , en la época, el Organismo que regía la nueva Sanidad nacida del Seguro Obligatorio de Enfer-

medad. (El resto de materias relacionadas con la Sanidad “prestacional” –Beneficencia pública– seguía situada en el Ministerio de la Gobernación de la época –hoy de Interior–).

– En la primera etapa del Régimen (1939-1956, y mucho más allá), la autocrática, elevó a la Administración laboral a nivel de una de las grandes fuerzas políticas del Estado, (...en sinergia/competencia por cierto con la Organización sindical, que veía cómo con él se desvanecían las previsiones hegemónicas que había previsto a su favor el mismo Fuero del Trabajo. ...Esa competitividad por cierto dio lugar a interesantísimas situaciones de correlación de poderes... que afortunadamente ahora no interesan a nadie, y que sin embargo pueden ser un rastro para el análisis de las relaciones entre burocracia y sindicalismo hoy por hoy...).

– En la segunda época (1953, 1956, 1958, y Primer “Plan de Estabilización”, 1961), comienza en realidad una normalización del Ministerio, que sin embargo sigue teniendo un poder más grande de lo que lo podría corresponder, porque tanto el Mutualismo laboral, como el dirigismo normativo de las condiciones de trabajo, seguían radicando en él. En efecto es el Ministerio de Trabajo el que tiene el poder de “homologar” – en realidad de intervenir–, a través de “Laudos arbitrales obligatorios” los recientemente admitidos “Convenios colectivos sindicales”.

Es ya en la época de la Transición a la democracia, (La desaparición del Mutualismo laboral, integrándose en nuevas entidades gestoras de la Seguridad social), y en el momento constitucional (aparición legal y entrada en régimen de las libertades sindicales y el funcionamiento de los sindicatos (a través de los convenios colectivos genuinos), cuando el Ministerio vuelve a iniciar otra época de debilitamiento progresivo (lento), que desemboca en la época actual (se puede decir que la fecha “clave” sería 1994), cuando el Ministerio se reconduce, de facto, funcionalmente al área económica del Gobierno, que es donde hoy está.

No obstante el Ministerio sigue siendo una entidad “fuerte”, que con diversas vicisitudes, sigue siendo el instrumento de control de la Política de empleo, de la de Seguridad social, y lo que queda de Servicios Sociales y sobre todo de Asistencia social estatal, que en su gran mayoría de ámbitos de acción temas ha pasado a las Comunidades autónomas.

– Durante la época democrática el Ministerio de Trabajo ha experimentado vicisitudes diversas en cuanto al cambio de competencias, algunas de importancia y otras anecdóticas.

Entre las primeras debe reseñarse la creación del Ministerio de Sanidad, unificando competencias, que antes se repartían entre el de Interior (Gobernación) y el de Trabajo (Seguro de enfermedad. INP, INSS), y que hoy son residuales desde el momento en que estas materias han pasado casi en su integridad

(o mejor en lo referido a las prestaciones sanitarias a los ciudadanos, y su organización burocrática y política) a las Comunidades autónomas, (con el consiguiente caos generalizado, debería añadirse)

Entre las vicisitudes anecdóticas debe señalarse cómo el Ministerio de trabajo es el que ha experimentado mayores desgajes, a favor de experimentos político-organizativos, como los destinados a facilitar la entrada en los Gobiernos de titulares de carteras, de sexo femenino (Ministerio de Asuntos sociales), y el actual experimento –fallido hasta el momento- de insertar en el mundo organizativo gubernamental, no sólo a mujeres como titulares políticas, sino además al conjunto de la “política de género”, como si de una política sustantiva (y no sólo transversal) se tratase.

8. LA DESCENTRALIZACIÓN FUNCIONAL EN MATERIA LABORAL

Como no podía ser de otro modo, en la Administración socio-laboral se ha producido y se practica la descentralización funcional, con especial asiduidad. En materia de Seguridad social, Asistencia social y Servicios sociales, se hace siguiendo la tradición, porque, como ya se ha dicho, originariamente la gestión de la Previsión social se organizó con anterioridad a lo que hoy conocemos como administración laboral (Instituto Nacional de Previsión, 1908); más funciones al respecto siguieron esa fórmula hasta ahora (INSERSO –antes–): El Mutualismo laboral (Las mutualidades laborales) siguió un camino aún más plural, pero a la vez –aunque parezca irreal– más bajo el control del Ministerio de Trabajo, por las peculiaridades de su nacimiento a que también antes se ha hecho referencia. El Instituto Nacional de Empleo – antes, Servicio Estatal de empleo ahora– se consolidó con posterioridad, a la vez que nacía una política de empleo modernizada). Muchos más organismos ha instrumentado por la vía de la descentralización funcional, Juventud, Mujer, Seguridad e higiene en el trabajo, Fondo de garantía salarial, Instituto social de la marina...), al tiempo que alguno se reconvertía – IMSERSO-

9. LA ADMINISTRACIÓN LABORAL Y LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Inevitablemente (¿?), las CCAA han practicado, aparentemente en menor medida, esa técnica en sus respectivos territorios.

De tal modo que el panorama organizativo de los temas socio-laborales en este nuevo ámbito del Estado es hoy por hoy casi inextricable.

La Constitución, como es sabido, reservó competencia exclusiva al Estado en materia de Trabajo; y, por el momento, y, con alguna salvedad, aún no debidamente expresada (quizás deliberadamente, y menos todavía aclarada), en materia de Seguridad social; “sin perjuicio, de su “Ejecución”, –dice el texto– por las Comunidades autónomas”.

Aclarado –Consensuado más bien por los juristas– el significado de la expresión “Ejecución”, parecería que el tema del deslinde constitucional de competencias entre Estado y CCAA, habría llegado a un punto mínimamente satisfactorio. Pero el ulterior desarrollo de los acontecimientos ha hecho que al menos se pueda dudar de ello, quizás porque en materia de intervencionismo de los poderes públicos en materias laborales y sociales, la acción pública- política tiene una inevitable, obvia y grande componente de “ejecución”.

Las CCAA han desarrollado una intensa actividad al respecto. Desde el punto de vista organizativo y desde el punto de vista funcional – normativa para la ejecución–.

Desde el punto de vista organizativo, creando desde el primer momento Consejerías de trabajo, con amplias competencias; e incluso ya –como es el caso de Andalucía– insertando los temas laborales en Consejerías de competencias más amplias, que incluso destierran el nombre de “trabajo”, quizás con razón.

Desde el punto de vista funcional, el uso de las competencias de “Ejecución”, las CCAA ha dado lugar a un lento nacimiento de un “Derecho del trabajo paralelo”, y casi tácito, sobre todo en determinadas materias, importantes. De tal modo que hoy se puede decir, que en determinadas materias sobre todo la regulación de las relaciones de trabajo, y la protección social, es ininteligible en la práctica cotidiana (No así para los estudios doctrinales...tan sesudos...) si no se tiene en cuenta la normativa autonómica en cada materia.

Así la Inspección de trabajo se ha dividido de hecho en dos, porque la función inspectora es “ejecución”, y entra pues en materia que puede ser competencia de las Comunidades autónomas.

Los temas relacionados con las relaciones colectivas de trabajo, también se han dispersado en las Comunidades autónomas, de tal modo que se ha establecido, o reforzado, su piramidalización. (El tema tan aparentemente inocente del Registro de sindicatos, o de convenios colectivos, ya es una fuente que hay que consultar en el nivel autonómico).

Y en materia de relaciones individuales de trabajo, el amplio y disperso sistema de ayudas (Incentivos) a la contratación, como parte de las asumidas “Políticas activas de empleo” hacen casi ininteligible la normativa laboral estatal, si no es teniendo en cuenta las acciones al respecto de cada una de las Autonomías. Las materias, por fin, aparentemente burocráticas de aplicación de la normativa laboral dan un amplio margen de actuación a las CCAA.

En materia de Seguridad social, la intervención de las CCAA, está hasta el momento limitada por el principio de “Unidad de Caja”– básico por otra parte, aunque no expresa y literalmente constitucional–. (Se verá dentro de poco con el progresivo desarrollo del nuevo Estatuto de Cataluña).

Pero el inmenso problema de delimitación entre Seguridad social (Previsión social, Seguros sociales) (Estatal), y Sanidad, Asistencia Social y Servicios sociales, planteado por el texto de la Constitución, está planteando unos problemas, que verosíblemente van a resultar irresolubles con nuestros actuales elementos normativos, y quizás condicionen el futuro inmediato de un posible y deseable Sistema único de Seguridad social, de nuevo cuño.

El proceso al respecto está ya en marcha sobre todo con la implantación de la famosa “Ley de Dependencia”, que roza a cada momento los esquemas constitucionales y que se está desarrollando a través de los más rudimentarios instrumentos de enlace entre el Estado y las CCAA (Vid. más adelante).

Pero no sólo con motivo de ese nuevo sistema de Protección social, sino con más elementos, -los perennes temas de Prevención de Riesgos laborales, nuevas formas de Gestión –privatizadoras por cierto– de las prestaciones sanitarias, Migraciones, Empleo, Formación profesional...–) ámbitos en donde ni se cuenta ni se puede contar como siempre, con unas coordenadas, y estrategias de carácter político-jurídico, que hagan hoy por hoy inteligible, desde la perspectiva normativa –es decir, objetiva– la meta final de ese hipotético sistema.

El tema de las transferencias, traspasos, y delegaciones de competencias y funciones del Estado a las Comunidades autónomas; ha sustituido, una veces con base constitucional, otras con criterio de oportunidad, a los anteriores mecanismos descentralizadores; periódicamente aparecen todavía RRDD que “amplían” los medios traspasados o cedidos a las CCAA, en materias concretas. Esos mecanismos se ha “enriquecido” con los llamados “Convenios de colaboración” entre Estado y CCAA, por medio de los cuales la descentralización es un mecanismo que prácticamente ha desaparecido por inservible en todo el funcionamiento de las administraciones.

El Consejo sectorial (interterritorial) Estado-CCAA, funciona con asiduidad, pero no parece que pueda llegar a la reorganización funcional y orgánica del control sobre estas materias.

Finalmente ha de señalarse, sin entrar en más detalles, la política de “subcontratación” que se lleva a cabo sistemáticamente a la hora de llevar a cabo tareas propias de las administraciones, y sobre todo administraciones “prestacionales”. Las “empresas” recipiendarias son de carácter privado, su control difícil, y su justificación más que discutible (Piénsese para un ejemplo en los servicios de Ambulancias, en sanidad, los temas de gestión de políticas activas de empleo –en el ámbito de las CCAA– y el tema de la gestión de la formación profesional –en su vertiente laboral, junto con los sindicatos– como un pequeño ejemplo).

10. EL TEMA DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS SINDICATOS Y DE ASOCIACIONES Y DE LOS INTERESADOS

Los sindicatos han permanecido tradicionalmente fuera de la órbita de la Administración “laboral”. Es más: siempre ha sido un dogma que la libertad sindical y la autonomía colectiva permanecieran lejos de esa órbita, como su mejor garantía de independencia.

Esa libertad y autonomía están ciertamente garantizadas en nuestro Ordenamiento.

Pero, por una parte la consolidación de la figura del Sindicato más representativo, con las atribuciones que le otorga la Ley Orgánica de Libertad sindical, y por otra el, en su momento, insólito artículo 7 de la Constitución, y su interpretación (notablemente extensiva), que ha recibido por obra de las decisiones del Tribunal Constitucional, han determinado la aparición de multitud de zonas de contacto entre Administración pública y sindicatos (los más representativos, naturalmente).

Aparte del control previo de legalidad de la contratación colectiva de eficacia general, y por lo que aquí respecta, la materia más llamativa y relevante al respecto es, la participación de los sindicatos en los diversos Sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos, que ha hecho necesario el montaje de un mecanismo jurídico administrativo singular, esto es: la creación de “Fundaciones”, a cargo de los poderes públicos, que gestionan los procesos de solución preparados al respecto, en los que los sindicatos son autónomos; pero esas entidades funcionan también para conflictos individuales, como si se tratara de órganos de conciliación, mediación y arbitraje voluntario, es decir, como instancias de conciliación previa, en pugna posible con el derecho a la tutela judicial efectiva garantizada, como derecho fundamental individual por la Constitución. Los poderes públicos, cargan con los gastos de esas entidades.

Pero con ser ésa la materia más llamativa, no es la única en donde Administración laboral y sindicatos se conectan.

Quizás esta forma de administración tiene su más relevante expresión en el ámbito de la Formación profesional para el empleo (ocupacional, y continua, como se decía antes; “para el empleo”, hoy), ámbito en el que los sindicatos gestionan de hecho todo ese inmenso sector de la educación, con un presupuesto público (Fijado en los Presupuestas Generales del Estado) realmente importante, al amparo de esa fórmula fundacional de que se ha hablado antes. El control de esta parte de la Formación profesional está casi totalmente cedida a los sindicatos, (Fundación Tripartita para la Formación profesional) a la vez que sus fondos económicos.

El Consejo consultivo de convenios colectivos, ocupa ya un sitio considerable en la estructura de la administración laboral, representando otro ejemplo

de lo que se puede denominar administración mixta, entre el Estado las organizaciones sindicales.

(También el SIMA, fundación tripartita para dirigir el curso de los procedimientos de solución de conflictos colectivos)

Finalmente los Sindicatos, y las asociaciones empresariales, forman parte en dos tercios del Consejo económico Social, máximo órgano consultivo del Estado en materias económico-sociales, que vino a interpretar la tímida previsión del artículo 129, 2 de la Constitución, en cuya redacción anduvo rondando sin duda –como en otros países– la creación de una “Tercera cámara” (Corporativa).

Esos Consejos económico-sociales, han vuelto a replicar en casi todas las CCAA, a veces por partida doble, porque, junto a ellos, han aparecido, no en todas, otros Consejos de Relaciones laborales, limitados ya a los genuinos interlocutores sociales, –sindicatos, (más representativos), que se encargan señaladamente de labores de mediación, conciliación y arbitraje voluntario, aparte de la realización de estudios, informes, etc.

En suma: La participación de los sindicatos y asociaciones empresariales se ha extendido, por virtud del famoso artículo 7 de la Constitución, a los ámbitos más insospechados de las estructuras del Estado. Inicialmente de modo puntual (Órganos colegiados de la Seguridad social, Consejos de Universidades, etc.) y hoy ya, en diversas autonomías regionales, por medio de una Ley general que dispone que en todos los organismos colegiados de carácter económico-social de cada Comunidad exista ese tipo de representación. Es arriesgado enjuiciar esta política participativa, y desde luego, si se hiciera así necesitaría un estudio mucho más detallado del que aquí es el que se trata.

Además de esas labores consultivas, aludidas, han aparecido en el ámbito de la Administración laboral los denominados “Consejos”, “Foros”, o “Patronatos”, que acompañan políticas sectoriales concretas, que a su vez dan lugar, previa o simultáneamente, a unidades administrativas, del Ministerio o de otros ministerios. Estos organismos, no son “Órganos colegiados” en sentido estricto (LOFAGE, arts. 38 y ss.), y por lo común sirven para acercar los distintos sectores de la Administración a los sectores sociales concernidos por la materia de que se trate, y viceversa.

Su posible justificación radica en las numerosas llamadas a la participación de los ciudadanos y en concreto de los interesados, que figuran en la Constitución, señaladamente en el artículo 9.2. Su existencia no es ni criticable, ni desdeñable, aunque su papel es ciertamente poco relevante, su número quizás excesivo, –sobre todo teniendo en cuenta sus atribuciones– y estructura global. Razón última de su existencia y proliferación estaría en esa necesidad constitucional de participación y la imposibilidad de los genuinos órganos políticos (Empezando por las Cortes) de conseguirla cabalmente. Si se analiza su compo-

sición puede notarse una inclinación para el acercamiento, o incluso el compromiso de entidades de diverso tipo a la administración, por ejemplo ONG's y asociaciones equivalentes (Es obvio que esas entidades –privadas– son creadas o están permeadas por los partidos políticos, y sindicatos caso de que haga falta.)

El fenómeno de la aparición de estos Consejos, o cualquiera que sea su nombre concreto, es general en toda la Administración pública, o mejor de todas las Administraciones públicas; aunque es cierto que en las administraciones de contenido “social” se ha producido su mayor proliferación.

La situación actual de esos Consejos responde a esa valoración que acaba de hacerse.

En el ámbito estrictamente laboral, es difícil seleccionar los órganos de ese tipo que podrían tenerse en consideración, porque algunos sí que coinciden con lo que es estrictamente laboral, y de Seguridad social, pero otros son más “polivalentes”, lo cual no es necesariamente una crítica, pero sí una advertencia sobre la delimitación de la materia que aquí se trata.

Al respecto, sin ánimo de exhaustividad, sólo como una superficial alusión informativa, acorde con la finalidad de este estudio, y que ni siquiera se detiene en la denominación exacta de cada uno de ellos, se pueden reseñar los siguientes consejos, que a veces tienen otras denominaciones: los hay “clásicos” como los de las entidades gestoras de la Seguridad social, el de administración electrónica de la Seguridad social; el, o los, del Empleo (Estatal y comarcales); los relacionados con la política de seguridad e higiene en el trabajo (De las Mutuas “patronales”, y el también clásico de Seguridad e higiene en el trabajo; el que acompaña a la administración de la Formación profesional; el de Residentes en el extranjero –que normalmente se usa para “instrumentar” la política del gobierno en la emigración, sobre todo de América del Sur, claro); el que acompaña a la acción administrativa en tema de Cooperativas (“Economía social”), el que acompaña a la política de las Organizaciones no gubernamentales; el de la Discapacidad, que se conecta con el Real Patronato de la Discapacidad; el de Personas mayores; el de la Emigración; y el de Integración social de los inmigrantes; el dedicado a buscar la integración –aunque así no se diga– del pueblo gitano; el de Igualdad de trato y lucha contra la violencia de género; el de Responsabilidad social de las empresas.

11. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN SOCIO-LABORAL

En estos precisos momentos la Administración Laboral del Estado, ha experimentado un cambio muy profundo, más que discutible en sus criterios

orientadores, y desde luego realizado con una inconsistencia y falta de rigor palpables, y quizás proverbiales, de la situación general actual.

Por Real Decreto 432/2008, de 12 de abril se reestructuraron los Departamentos Ministeriales. Y por Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, se aprobó la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. La decisión en su globalidad, y antes de cualquier juicio crítico de fondo, fue un monumento a la falta del mínimo rigor técnico. El segundo de esos RRDD fue modificado parcialmente, cuatro veces en los siguientes cuatro meses. Es decir, que, cuando se dictó el primero de los citados Reales decretos, no se tenía – por lo que se ve – una visión clara de lo que habría de ser una profunda reorganización administrativa, de primer nivel. Puede legítimamente pensarse que, cuando se trazó la nueva estructura ministerial, los criterios que se utilizaron no fueron demasiado técnicos, sino quizás totalmente políticos, sin tenerse en cuenta que un Gobierno es desde luego político, pero que también es la cabeza de la Administración, y ésta tiene unos criterios organizativos básicos señalados por la Constitución, como ya se ha dicho. El resultado global de esa reorganización es un galimatías de calado considerable, pero no es aquí tema de mayor detenimiento.

El Ministerio de Trabajo fue uno de los más afectados por esa pintoresca técnica normativa.

Se puede prescindir de cualquier ulterior exposición o comentario al respecto, porque a menos de un año de esa reestructuración general, se ha venido a producir otra, que parcialmente corrige los desatinos de la anterior.

En la actualidad (y en vigor) una nueva organización de los Departamentos Ministeriales ha sido dictada por el RD. 542/2009, de 7 de abril, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. (Y RD. 543/2009, de 7 de abril, sobre las Vicepresidencias del Gobierno, que asigna a la Segunda, la presidencia de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, en donde se incluye, además de en otras –señaladamente las de Emigración y Políticas de igualdad– el Ministro de Trabajo e Inmigración. Este RD ha sido otra vez modificado parcialmente (¡¡) por Real Decreto 637/2009, de 17 de abril, si bien son pocas las tales modificaciones, aunque por lo que aquí respecta una de ellas sí afecta al Ministerio de Sanidad.

En la nueva estructura ministerial hay tres Ministerios que se ocupan de materias tradicionalmente laborales.

El Ministerio de Trabajo e Inmigración que es el tronco tradicional y que gestionará la política del Gobierno en materia laboral, de ordenación y regulación del empleo y de Seguridad Social, así como del desarrollo de la política del Gobierno en materia de extranjería, inmigración y emigración. (Con dos Secretarías de Estado: de la Seguridad Social, y de Inmigración y Emigración.

El Ministerio de Sanidad y Política Social, se encarga de la política del Gobierno en materia de salud, de planificación y asistencia sanitaria y de

consumo, así como el ejercicio de las competencias de la Administración General del Estado para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud. (Recuérdese que en original RD de unos días antes se decía que asumiría las competencias en materia de salud, planificación y asistencia sanitaria, (Consumo)...., así como el ejercicio de las competencias de la administración general del Estado para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud.

Asimismo, corresponde a este Ministerio la propuesta y ejecución de la política del Gobierno en materia de cohesión e inclusión social, de familias, de protección del menor y atención a las personas dependientes o con discapacidad (Es decir la famosa Ley de Dependencia, que fue descrita como el cuarto pilar del Estado de Bienestar, cuya gestión está siendo mas que defectuosa, y que situando aquí, descoyunta la gestión de lo que en sentido amplio puede y debe llamarse “Seguridad social”, según la proyección razonable del desarrollo del artículo 41 de la Constitución).»

La modificación aludida antes suprime además la Secretaría de Estado de Sanidad.

Y el Ministerio de Igualdad. Que se ocupará de las actuaciones y medidas dirigidas a asegurar la igualdad de trato y de oportunidades en todos los ámbitos, especialmente entre mujeres y hombres, y el fomento de la participación social y política de las mujeres.

Los organismos públicos existentes quedan adscritos a los departamentos ministeriales de acuerdo con la distribución de competencias establecidas en este real decreto, y en los términos que se determinen en los reales decretos por los que se apruebe la correspondiente estructura orgánica.

(En realidad pueden ser cuatro o cinco los Ministerios que tendrán que ocuparse de temas laborales: El Ministerio de Educación si se considera “laboral” y sin duda así seguirá siendo, una parte de la Formación profesional, que parece estar hoy ya completamente situada en el Ministerio de Educación, que cuenta con una Secretaria de Estado de Educación y formación profesional, enunciada ésta de modo irrestricto, es decir abarcando la anterior Formación profesional continua, o la “para el empleo”. Y el Ministerio de la Presidencia., que afrontará la gestión de la política del Gobierno en materia de función pública (Relaciones laborales en el Empleo público) y la coordinación de la Administración General del Estado en el territorio nacional, (en la Secretaría de Estado para la Función Pública.)

La modificación a que se está haciendo referencia ha corregido alguno de los desatinos –siempre subjetivos, evidentemente– que se habían producido en la anterior reestructuración.

Quedan por ver los RRDD de regulación de la estructura Básica de los nuevos Ministerios, que por lo que aquí respecta, no tendrían que modificar

mucho de la actualmente existente.... salvo la reubicación de las unidades que han migrado de un sitio a otro... y los correspondientes órganos consultivos, si se da el caso.

* * *

Esta, exposición de tipo orgánico, sumaria, exposición, tediosa, pero inexcusable, y más reveladora de lo que cabe deducir de una lectura superficial, permite desde luego afirmar... que el Convenio de la OIT cuya exposición encabezaba este trabajo, se cumple de sobra.

Lo que no es tan indiscutible es si se cumple bien, no para las exigencias de la OIT, sino para las del Estado. Por lo pronto, el aumento de órganos ha sido tan significativo, que la Vicepresidenta primera del Gobierno tuvo que llamar la atención a los diversos ministros, sobre ese tema (Dato recogido de la prensa). No se sabe con qué resultado. El aumento de gasto público que acompaña a esta reestructuración, debe ser lo mismo de significativo. La eficacia de la Nueva Administración se verá en poco tiempo,... es decir: que no se verá

EL SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA (RECUERDOS DE HACER MEDIO SIGLO)

ALFREDO MONTOYA MELGAR

Catedrático de Derecho del Trabajo
Profesor Emérito de la Universidad Complutense

A la memoria de Don Manuel Alonso Olea
A los Profesores de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: Derecho del Trabajo

Se repasan en estas líneas las circunstancias y el origen del seminario de Derecho del Trabajo fundado por Don Manuel Alonso Olea en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Seminario que ha sido cuna de una extraordinaria y fecunda escuela de laboristas, que pone de manifiesto que más allá de los medios materiales es la vocación la que genera el verdadero magisterio.

ABSTRACT

Key words: Labour Law

The circumstances and origin of the Seminar on Labour Law founded by Mr. Manuel Alonso Olea in the Law Faculty at Seville University, are recalled here. This seminar has been the cradle of an extraordinary and rich school of labour law specialists; proof that, beyond material means, it is vocation which generates true teaching.

Hubo un tiempo, no tan remoto, en el que la Universidad era una institución muy distinta en muchas cosas de lo que es hoy. Imagínense los que no la vivieron una Universidad (la de hace medio siglo, la de la España que salía de la autarquía para disponerse al desarrollo) cuyo eje jurídico no eran los Departamentos actuales, sino las Cátedras, esto es, los catedráticos, verdaderos protagonistas en cuyo entorno se desenvolvía un reducidísimo número de adjuntos y ayudantes, que, en general, asumían leves funciones docentes, básicamente la de suplir al catedrático cuando éste lo pedía.

Si la célula institucional de la Universidad era la Cátedra, cuando el catedrático tenía la suficiente dedicación y vocación generaba en su torno otro ente, éste desprovisto de rango jurídico: el Seminario. Con lo dicho se entenderá que no toda Cátedra tenía su Seminario. Éste era lo que en términos laborales llamaríamos un centro de trabajo: un lugar en el que trabajaba un conjunto (por lo común muy parvo) de doctorandos y profesores (profesores en masculino; en aquel tiempo no había ninguna profesora en la Facultad, y el número de alumnas era ínfimo) dedicados a la investigación. El Seminario modelo de la Facultad sevillana de aquellos años era sin ninguna duda el de Derecho Internacional, regido por un universitario apasionado, Don Mariano Aguilar Navarro, e integrado por un elenco excepcional de profesores entre los que destacaban Juan Antonio Carrillo, Julio González Campos y Roberto Mesa. Entrar en aquel Seminario era como acceder a un lugar de culto, a un símbolo vivo de la Razón y la Ciencia. Como en aquella época no estaba prohibido fumar, el despacho en el que trabajaban los profesores de Internacional era una estancia penumbrosa en la que las columnas de humo –Julio González Campos fumaba reposadamente su pipa mientras desgranaba lentamente sus saberes– azuleaban bajo los haces de luz de los flexos.

Era también la Universidad hispalense, como todas las de la época, una institución cuyo gobierno era prácticamente unipersonal (el Rector y los Decanos) y bastante invisible (las contadas Juntas de Facultad eran gratas reuniones en las que tomaban café el Decano y los pocos Catedráticos que tenían a bien asistir; yo tuve ocasión de contemplar fugaz y reverentemente una de ellas, al pasar delante de la puerta entreabierta del Decanato. Naturalmente, las autoridades no eran elegidas sino nombradas por otras superiores. Por supuesto, en la Universidad de la época no tenían presencia alguna los sindicatos, entre otras cosas porque no existían legalmente (por aquel entonces surgían en algunas fábricas unas misteriosas “comisiones obreras”, todavía sin mayúsculas); en lugar de sindicatos había un ente llamado SEU (Sindicato Español Universitario) al que pertenecíamos obligatoriamente todos los estudiantes, que lo considerábamos como una extraña y ajena entidad, cuya más palpable utilidad eran los baratísimos chatos de vino y bocadillos de anchoas que servían en su sede de la calle Cuna.

Era aquella una Universidad, además, modesta, como modesta era la sociedad en la que se enmarcaba. Por supuesto, no existían ordenadores, ni fotocopiadoras, ni generosas dotaciones para adquirir libros o para salir al extranjero, ni las innumerables subvenciones y apoyos institucionales de hoy. Cuando yo inicié mi tesis doctoral, en el curso 1960-61, tuve que aportar mi propia máquina de escribir (una pesada Underwood obsequio de mi padre). Los folios, el papel de calco (marcas “Carboplan” y “Kores”), las gomas de lápiz y tinta, las cintas de máquina, las plumas estilográficas (yo perdí una preciosa “Parker 21” sumergida bajo sucesivas capas de libros correspondientes a otras tantas investigaciones de Miguel Rodríguez-Piñero) y demás elementos de trabajo debían también ser sufragados por los respectivos usuarios. El más grande utopista no podía imaginar en aquellos años los proyectos de investigación millonarios que se concederían en nuestro tiempo, con frutos de desigual valor por cierto. También es verdad que si nos hubieran predicho las tremendas cargas burocráticas que hoy pesan sobre el profesorado universitario (ANECAS, evaluaciones y controles constantes y otras plagas sin fin), esterilizándolo en no pequeña parte, hubiéramos tenido dificultades en crearlo (y algunos hubiéramos visto quizá tambalearse nuestra vocación académica).

En aquel tiempo era insólito que un alumno acudiera a un Seminario, y menos aún al despacho de un Catedrático a preguntar algo; menos aún a protestar de algo. El profesorado, salvo excepciones contadísimas, inspiraba auténtico *metus reverentialis*. Por supuesto, no existía la institución de la “revisión de exámenes” (las calificaciones eran absolutamente inapelables) y menos aún algo parecido a los actuales “Defensores del estudiante”. Sin embargo, con el título que me da mi medio siglo en la Universidad española (primero la de Sevilla; luego las de Murcia y Complutense de Madrid), puedo testimoniar que no era el profesorado de aquella época, en su conjunto, menos justo o más arbitrario que el de hoy. Tenía aquel profesorado, eso sí, una conciencia de superioridad intelectual, y también social, no oscurecida por lo módico de las retribuciones que percibía. Las oposiciones a cátedras de aquellos años –con sus seis ejercicios públicos y sus famosas “trincas” entre opositores– eran auténticos acontecimientos sociales celebrados con frecuencia en marcos palaciegos y seguidos por numeroso público, entre el que no era raro ver a algún alto dignatario. Incluso las sorprendentes oposiciones a adjuntías –sorprendentes porque el puesto era de duración determinada: cuatro años– se hallaban revestidas de solemnidad.

* * *

En la Facultad de Derecho de la Universidad Hispalense cursé la Licenciatura y el Doctorado, entre 1955 y 1962, recién rehabilitado para el destino

docente el histórico y noble edificio de la Real Fábrica de Tabacos, que según oigo con tristeza pronto se verá obligada a abandonar la Facultad. En aquellos años coincidieron en ésta, y yo tuve la suerte de ser alumno de ellos, maestros irrepetibles e inolvidables. Así, Don Ramón Carande y Thovar, seguramente el más grande historiador de la economía que ha tenido España; un sabio de aspecto imponente, bíblicas melenas blancas y bastón con puño de plata que utilizaba más por dandismo que por necesidad. Las enseñanzas de Carande estaban más allá de los programas y los libros de texto, e iban dedicadas cada trimestre a un tema monográfico (en mi curso, estos fueron tres asuntos tan diversos como “Los fisiócratas”, “Un ejemplo de economía medieval: el monasterio de Bobbio” y “Los fundamentos de economía de Walter Eucken”). Un maestro sevillano muy querido fue Don Manuel Giménez Fernández, el antiguo Ministro de la II República, que cubría su desgarbada figura con un imprevisible chaquetón de motorista y una perenne boina; Don Manuel alternaba sus eruditas explicaciones de canonista e historiador de Indias con bromas inocentes contra el Régimen y con recomendaciones de películas y novelas policíacas a las que era adicto. También profesaba en la Universidad hispalense de aquellos años Don Francisco Elías de Tejada y Spínola, que en sus clases de Derecho Natural cautivaba nuestra atención hablando apasionadamente del saber mágico y el saber lógico, de las deidades africanas y orientales (recuerdo todavía el nombre de la diosa japonesa Amateratsu O Mi Kamí), y de otras mil cuestiones, incluida la crítica feroz a los krausistas y a Ortega. Maestros de la época fueron Don Alfonso de Cossío, que suavizaba la legislación hipotecaria trufándola con referencias a Quevedo y Unamuno, y Don Juan Manzano y Don Francisco de Pelsmaeker y Don Mariano Aguilar Navarro y Don Manuel Clavero Arévalo y Don Ignacio María de Lojendio y Don Faustino Gutiérrez-Alviz, sobre cada uno de los cuales guardo tantos recuerdos y anécdotas.

La mayor parte de aquellos maestros no se limitaba a dominar su respectiva disciplina, sino que mostraba en la Cátedra un impresionante saber general. No eran sólo consumados técnicos, excelentes conocedores de sus materias, sino intelectuales dotados de una formación histórica, literaria, cultural en el sentido más amplio, que pasmaba a sus jóvenes discípulos. No se limitaban a transmitir conocimientos profesionales, sino que además exponían ideas y concepciones sobre el mundo desde perspectivas ideológicas muy diversas. Me da la impresión de que pertenecían a una gloriosa especie, no diré que extinguida, pero sí merecedora de los cuidados debidos a una “especie protegida”. No tengo ninguna duda acerca de lo que aquellas enseñanzas influyeron en mi formación, y en mi modo de entender el Derecho y la forma de investigarlo y enseñarlo.

Profesores y alumnos nos regíamos por reglas de gran formalidad vestimentaria; todos acudíamos a clase, sin excepción, con traje y corbata. Recuerdo

el caso de un compañero que se presentó a un examen oral descorbatado, y que fue mandado de inmediato a su casa para que regresara vestido “como Dios manda”. Obviamente, ningún estudiante tenía coche (con la salvedad de uno o dos terratenientes de rango aristocrático, que ocasionalmente llegaban a la Facultad conduciendo los que en la época se llamaban “coches particulares”). Tampoco los profesores –excepto Lojendio y Cossío, que yo recuerde– se hallaban motorizados. Desde luego, no había problemas de estacionamiento y la explanada ante la Facultad, exenta de automóviles y bellamente alfombrada de hojas secas en otoño, no ofrecía el antipático aspecto de hoy.

* * *

Me referí al principio a la existencia de dos órganos universitarios dedicados a la docencia y la investigación; uno formal, la Cátedra (era frecuente que sus titulares refirieran, en las clases magistrales, sus opiniones a “la Cátedra”: “la Cátedra entiende...”, “la Cátedra ha decidido...”), y otro más bien sociológico, el Seminario. El Seminario era el lugar donde los profesores, los doctos y en algún caso los catedráticos estudiaban, escribían o corregían los exámenes. El de Derecho del Trabajo estaba instalado en la primera planta, frente al Aula de Tercero, en el límite (marcado por una pesada reja) con la Facultad de Químicas, y constaba de dos piezas o salas de tamaño similar, comunicadas por una puerta: una, era el despacho del catedrático, una estancia más de recibo que de trabajo, noblemente amueblada al estilo inglés, adornada con un buen cuadro de época y provista de teléfono; la otra sala era una celda conventual, sin duda concebida para que el aspirante a profesor adquiriera conciencia del ascético camino que le esperaba; una gran mesa y varias sillas de sobrio estilo castellano, más una sencilla estantería para los libros eran todo su mobiliario. Huelga decir que en aquel monacal recinto no había teléfono (recuérdese que el aparato telefónico “móvil” aún no se había inventado). El sentido de ofrenda de la vida a la ciencia venía reforzado por la poderosa reja que aislaba al estudioso del mundanal ruido; a un lado de los hierros quedaban los libros, la luz tenue y el martilleo de la máquina de escribir; al otro lado estaban la estatua del Cid, los árboles del Parque de María Luisa, las torres de la Plaza de España, las alegres niñas con uniformes almidonados, los soldados cortejadores, los paternos aguadores y los niños que jugaban gritando y persiguiéndose por los jardines.

¿Cuándo y cómo pisé por primera vez el Seminario de Derecho del Trabajo de la Facultad sevillana? Fue en el curso 1958-1959 (esto es, hace justamente cincuenta años), cuando mi hasta entonces difusa vocación académica se concretó de modo definitivo en el propósito de preparar oposiciones a Cátedras de dicha disciplina. Mi decisión vino determinada –y aquí, como en tantas

ocasiones, hay que inclinarse con gratitud ante la providencia o el destino— por la incorporación, justamente ese curso 58-59, del primer Catedrático de Derecho del Trabajo con el que contó la Universidad sevillana: Don Manuel Alonso Olea. Como tengo dicho y escrito, las clases de Alonso Olea supusieron, y no sólo para mí, un deslumbramiento sin precedentes. En ellas había disciplina en el sistema, rigor técnico, enorme cultura, vasta apoyatura socio-cultural y realismo metodológico.

Mi interés por la materia, de contenido tan distinto de cuanto hasta entonces había estudiado, me llevó a presentarme al “Premio García Oviedo” convocado por la Facultad para sus estudiantes. El tema del Premio de 1958-59 fue el de “La inamovilidad del funcionario público y del obrero en relación con la productividad nacional”. La realización del trabajo fue para mí una excelente introducción a la investigación, algo así como las actuales memorias para la obtención del llamado Diploma de Estudios Avanzados. Tuve que dedicar muchas horas —con riesgo para el buen éxito del curso— a consultar libros y artículos en el que llamábamos “Depósito de libros”, regido por don Enrique Seco, siempre amable y benévolo, y sobre todo en los Seminarios de Derecho Administrativo y Derecho del Trabajo. Concluí mi librito, lo presenté debidamente encuadernado y el jurado, formado por los Profesores Clavero Arévalo, Alonso Olea y Rodríguez-Piñero, me otorgó el premio, dotado nada menos que con 2000 pesetas (un Ayudante ganaba al mes 333 pesetas, que debía ir a cobrar, metidas en su correspondiente sobrecito, a la sede del Rectorado, en la calle Laraña).

Como digo, la elaboración de este estudio me hizo frecuentar el Seminario de Derecho del Trabajo cuando aún cursaba la asignatura en la Licenciatura. Allí tuve ocasión de conocer un poco mejor la Cátedra y sus colaboradores, un jovencísimo equipo: el catedrático, don Manuel Alonso Olea, tenía treinta y cuatro años, el adjunto, Miguel Rodríguez-Piñero, veintitrés, y los ayudantes José Cabrera Bazán y José Serrano Carvajal, treinta y veintisiete años respectivamente.

Cuando, concluida la Licenciatura, pedí a Don Manuel entrar en su Cátedra (sin necesidad de rellenar impresos, ni de solicitar becas, ni de someterme a evaluaciones de comisiones departamentales o de otra índole), el maestro me dijo sencillamente que sí, iniciándose de este modo un vínculo profesional y afectivo cuya hondura no ha sido capaz de erosionar ni la muerte. Al maestro Alonso Olea debo, además de su enseñanza y su ejemplo humano y profesional insuperables, el apoyo constante, probado en tantas ocasiones, la confianza ininterrumpida que me abrió las puertas de su cátedra y de su casa, y el afecto con que él y su familia me honraron siempre.

El Derecho del Trabajo vigente en aquel curso 1958-1959 en el que yo me asomé por vez primera a las instituciones jurídicas laborales, se basaba en un

panorama normativo cuyos principios y disposiciones son hoy, en su conjunto, pura historia; historia interrumpida, rectificadora y arrumbada en unos casos, e historia con carácter de precedente en otros. Historia remota y olvidada es, en efecto, aquel Fuero del Trabajo elaborado en los fragores de la Guerra Civil. Historia también olvidada es la Ley de Reglamentaciones de Trabajo que sustituía a los convenios colectivos por la ordenación estatal de las relaciones laborales. Historia más persistente y afortunada, en cuanto que siguió ejerciendo larga influencia sobre la legislación posterior, fue la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, algunos de cuyos preceptos habían de durar medio siglo. E historia también generadora de futuro, la de los llamados “seguros sociales unificados”, antecedente de nuestra potente Seguridad Social. En el propio curso 1958-59 aparecieron dos significativas leyes –la de Convenios Colectivos Sindicales, algunas de cuyas reglas (por raro que pudiera resultar) explican aspectos de la vigente regulación de la institución, y la Ley de Procedimiento Laboral, cuyas sucesivas articulaciones y refundiciones llegan, manteniendo el esquema básico, hasta el día de hoy–.

El Derecho del Trabajo me interesó por su significado profundamente humano y, sobre todo, me cautivó por la forma en que Alonso Olea lo enseñaba.

Incorporado al Seminario de Derecho del Trabajo, comprendí enseguida que no me había equivocado al elegir destino profesional. Esa vida aparentemente monótona (“la teoría es gris, y verde el árbol lozano de la vida”, decía Mefistófeles al estudiante) se ajustaba, sin embargo, perfectamente a mi modo de ser y a mis aspiraciones. Cincuenta años después, puedo confirmar el acierto de mi elección.

Quienes nos iniciábamos en la vida académica con el propósito de opositar a Cátedras formábamos un grupo muy reducido, selecto por ello, dispuesto a soportar todo tipo de adversidades hasta alcanzar la tierra prometida (y con el ánimo preparado incluso para no llegar nunca a esa azarosa meta). En la Facultad sevillana de aquellos años éramos muy pocos los embarcados en aquel empeño. Trabajábamos todo el día en nuestros respectivos Seminarios, y solíamos coincidir a media tarde para tomar café en el coqueto Club de Derecho que creó el Decano Gutiérrez-Alviz. Asiduos a aquel gratísimo lugar de convivencia eran los profesores de Derecho Internacional que ya cité, el entonces adjunto de Civil Antonio Gullón Ballesteros, el ayudante también de Civil Curro Cuevas y los profesores de Derecho del Trabajo, más algún asistente menos habitual. Se hablaba allí *de divinarum atque humanarum rerum*; de oposiciones, de política, de rumores, de toros (ciencia ésta en la que Gullón y Pepe Serrano eran y siguen siendo maestros consumados)... Pepe Cabrera daba continuas muestras de su avidez cultural, comentando la última película italiana, o el más reciente libro de Ruedo Ibérico u otra editorial clandestina. Estas tertulias vespertinas eran exclusivas de lo que en broma llamábamos el

“Sindicato de Adjuntos y Ayudantes”; sin embargo, a media mañana frecuentaban la sala algunos Catedráticos, entre los que ahora recuerdo la elegante figura de Don Ignacio María de Lojendio e Irure. Algunas noches, al salir de la Facultad, González Campos y Roberto Mesa me llevaban a tomar un fino y unas tapas en un local destartado y populoso llamado “La Cuadra”, próximo al paseo de Colón, donde esperaban otros amigos para despedir el día charlando.

* * *

Un gran poeta sevillano –Francisco de Rioja- incluye en su *Epístola Moral* un verso que puede resultar inquietante: “De la pasada edad, ¿qué me ha quedado?”. Por suerte, yo puedo decir que de mi pasada edad han quedado, en mi memoria y en mi vida, acontecimientos tan importantes y tan hermosos, tan inolvidables, como mi vinculación, que ahora proclamo con gratitud y orgullo, al Seminario de Derecho del Trabajo de la Facultad hispalense que fundó Don Manuel Alonso Olea.

Distribución competencial
Estado-Comunidad Autónoma

EL REPARTO COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA EN MATERIA DE EMPLEO: PERSPECTIVAS TRAS EL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA¹

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

M^a LUISA PÉREZ GUERRERO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Huelva

EXTRACTO

Palabras Clave: Políticas de Empleo, Reparto de Competencias

La determinación de las materias que se encuentran comprendidas dentro del concepto de “empleo” y su inclusión en el concepto de “legislación laboral” a efectos de declarar la reserva competencial a favor del Estado o la posibilidad de ser transferidas a las Comunidades Autónomas ha arrojado bastantes dudas a la doctrina iuslaboralista. Dudas que han sido aclaradas en cierta medida por el Tribunal Constitucional.

Resulta crucial en la elaboración de los nuevos Estatutos de Autonomía, denominados ya generalizadamente “de segunda generación” y en su desarrollo y aplicación, contar con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la interpretación de los artículos 148 y 149 de la Constitución, en general, y del alcance del título competencial en materia de empleo, en particular. Con este objetivo este estudio se inserta en el presente número conmemorativo, para tratar de analizar el verdadero alcance de nuestro Estatuto de Autonomía para Andalucía en la regulación del Título competencial en materia de empleo.

ABSTRACT

Key Words: Employment Policy, Distribution of Competences

The determination of issues comprised within the concept of “employment” and their inclusion within the concept of “labour legislation” with regard to the distribution of competences in favour of the State or their transfer to Autonomous Communities has given rise to several doubts in labour law doctrine. These doubts have to a certain extent been clarified by the Constitutional Court.

The Constitutional Court’s doctrine on the interpretation of articles 148 and 149 of the Constitution, in general, and the scope of competences in issues of employment, in particular, becomes essential in drafting and developing the new Statutes of Autonomy, the so-called “second generation statutes”. With this objective, this study is included in this commemorative issue, to try to analyse the real scope of our Statute of Autonomy for Andalusia in the regulation of competences regarding employment.

¹ Este trabajo se realiza en el marco de desarrollo del Proyecto de Excelencia Investigadora *Estudio de las reformas estatutarias: los nuevos derechos estatutarios, Estado Social de las Autonomías y financiación autonómica*. SEJ-4078, que tiene como objetivo el estudio del Estatuto de Autonomía Andalúz desde diferentes perspectivas. Una de éstas, como no podía ser de otro modo, se centra en el análisis de los derechos sociales y políticas laborales. Hemos de hacer constar que la línea investigación que presentamos cuenta con importantes trabajos del grupo de investigación andalúz SEJ 322, que, desde hace más de diez años, analiza las actuaciones de la Comunidad Autónoma Andaluza en el ámbito sociolaboral.

ÍNDICE

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE POLÍTICAS DE EMPLEO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL
2. EL REPARTO CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE EMPLEO
 - 2.1. El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia laboral: principios articuladores
 - 2.2. La distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social
 - 2.2.1. La competencia exclusiva sobre la “legislación laboral”
 - 2.2.2. La atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre “legislación básica” en materia de Seguridad Social y el régimen económico de la misma
 - 2.2.3. La inclusión de la materia de empleo dentro del concepto de “legislación laboral” y la polémica sobre la materia de protección contra el desempleo a efectos competenciales
 - 2.3. El proceso de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social
 - 2.4. La ejecución de la legislación laboral y sus consecuencias en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas
 - 2.5. El título competencial en materia de empleo
3. EL TRATAMIENTO DEL TÍTULO COMPETENCIAL EN EL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA: COMPETENCIAS EN MATERIA DE EMPLEO
 - 3.1. Aspectos generales: la competencia de la Comunidad Autónoma Andaluza en materia de empleo
 - 3.2. Otras competencias relacionadas con el empleo: inmigración e igualdad en el marco de las políticas de empleo autonómicas
 - 3.3. Principios y objetivos de la Comunidad Autónoma: la caracterización de las políticas de empleo en el EAA
4. CONCLUSIONES

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE POLÍTICAS DE EMPLEO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

La Constitución española, de 27 de diciembre de 1978 reconoce en su artículo 35, enmarcado en el título destinado a los *derechos y deberes* de los ciudadanos, el derecho al trabajo de forma genérica para todos los españoles. A este reconocimiento se unen otras menciones a políticas de empleo en los artículos 40 y 41, ubicados esta vez en el ámbito de los denominados *principios rectores de la política social y económica*, generándose así una encomienda a los poderes públicos para la realización de una política orientada al “*pleno empleo*”, y el mantenimiento de 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*”. Éste es el marco constitucional de la política de empleo en España.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de generar una importante doctrina al respecto para aclarar que estos preceptos no implican la

posibilidad del ciudadano desempleado de invocar un derecho subjetivo a la obtención de un puesto de trabajo frente al Estado o frente a los sujetos intervinientes en el mercado de trabajo, definiendo el derecho reconocido en el artículo 35 de la CE como un derecho “prestacional”, cuya efectividad depende de la correspondiente “organización prestacional”. Es precisamente ésta la razón que nos lleva a consolidar el concepto de política de empleo como un instrumento absolutamente necesario para hacer efectivo el derecho reconocido en el artículo 35 CE. Sin duda, los preceptos siguientes describen cuáles habrán de ser los objetivos de nuestra política de empleo en el marco constitucional. Así, quedan destacados la consecución del pleno empleo y la protección del desempleo como principales objetivos de dicha política.

Es la Ley 56/2003, de empleo la que ha venido a definir la política de empleo como “*el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las Comunidades Autónomas que tienen como finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo*”; esta política de empleo “*se desarrollará, dentro de las orientaciones generales de la política económica, en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*” y deberá “*tener en cuenta su dimensión local para ajustarlas a las necesidades del territorio, de manera que favorezcan y apoyen las iniciativas de generación de empleo en el ámbito local*”.

Se propone desarrollar una política *multinivel*², con un papel central de la Unión Europea a través del método abierto de coordinación³, en la que junto a sistemas de coordinación entre los distintos ámbitos encontramos desarrollos paralelos, con una acumulación de iniciativas para colectivos especiales de trabajadores⁴. La existencia de esta política *multinivel* obliga a nuestro Estado

² Vid. M. Rodríguez-Piñero Royo, “La política autonómica de empleo”, en *Anuario de Conferencias del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, segundo semestre 2007, p. 156.

³ En general, sobre esta política J.M. Morales Ortega, *La comunitarización del empleo: su recepción por parte del Reino de España*, Sevilla, 2003; M. Rodríguez-Piñero Royo, “Aproximación a la política de empleo de la Unión Europea”, en MF. Fernández López (dir.), *Política Social Europea y Comunidades Autónomas*, Monografías de Temas Laborales, Sevilla 2007, F. Navarro Nieto, *El tratamiento de la política de empleo en la Unión Europea*, CES, Madrid, 2000; Castellano Burguillo & Rodríguez-Piñero Royo, “La política de empleo de la Unión Europea”, *Trabajo*, nº 10, 2000.

⁴ Un análisis completo del papel de las distintas administraciones en este campo en Cruz Villalón & Gómez Gordillo, “Las políticas de empleo en sus diversos ámbitos: comunitario, nacional y autonómico”, *Temas Laborales*, nº 61, 2001; también C. Molina Navarrete (coord.), *Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos*, Monografías

a mantener una coordinación entre todos los niveles autonómicos dentro de la flexibilidad que permiten las directrices europeas, con el objetivo de evitar al descoordinación que conllevaría la independencia de cada política de empleo. Y ello por cuanto la actuación de las Comunidades Autónomas queda marcada en nuestra Ley de Empleo como uno de los pilares fundamentales de la política de empleo en España, con las salvedades relativas a la coordinación que acabamos de referir.

2. EL REPARTO CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE EMPLEO

La construcción de la política social autonómica ha representado un desafío constante para las propias Comunidades Autónomas. Los Estatutos de Autonomía que hoy denominamos “de primera generación” eran ciertamente escuetos en el tratamiento de estas políticas; como consecuencia de ello, desde los primeros momentos de funcionamiento del modelo constitucional, la atención se puso en el análisis de las posibilidades que dejaba la Constitución a las Comunidades Autónomas para desarrollar estas políticas.

El análisis de la distribución competencial en materia de políticas de empleo entre el Estado y las Comunidades Autónomas se enmarca dentro de la distribución constitucional recogida en el Título VIII de la Constitución que, en materia laboral, otorga la competencia exclusiva al Estado, en especial en materia de “legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas” (art. 149.1.7^o CE); aunque también resulta relevante, como veremos, el contenido previsto en el apartado 17 del mismo precepto que otorga al Estado competencia exclusiva sobre “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”. Es importante considerar ambos preceptos por su estrecha relación con el concepto de políticas de empleo que acabamos de describir.

La complejidad de la aplicación del Título VIII se ha puesto de manifiesto, desde prácticamente los inicios de la andadura del Estado Autonomico, siendo necesario, por ello, acudir a la abundante doctrina del Tribunal Constitucional resultante de la resolución de los numerosos conflictos de competencias plan-

de Temas Laborales, Sevilla 2005; y J. Cabeza Pereiro, “Estrategia europea, estado autonómico y política de empleo”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, XVIII Congreso Nacional, Laborum, Murcia, 2007, p. 9.

teados a raíz de su puesta en práctica. Por ello, creemos conveniente iniciar nuestro estudio con una exposición panorámica del marco constitucional de distribución de competencias en materia laboral y de seguridad social, para poder descender posteriormente al análisis de la regulación contenida en el Estatuto de Autonomía Andaluza a la luz de la doctrina constitucional.

3.1. El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia laboral: principios articuladores

Para un análisis de este reparto competencial debemos partir de la regulación constitucional de la distribución de competencias, sin duda articulada en torno a dos criterios fundamentales: la materia y la función. Nuestra Constitución recurre, a través del artículo 149.1, a una fórmula general: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias”, aunque en su desarrollo, parece apuntar a que las competencias aluden más que a una materia a un modo de intervenir en la misma (competencia legislativa, reglamentaria, ejecutiva, etc.)⁵. Así, podemos decir que el artículo 149 atribuye al Estado competencia exclusiva no sobre materias concretas, sino sobre aspectos concretos de dichas materias; de forma que, en materia laboral, el artículo 149.1.7º enuncia la fórmula general atribuyendo competencia exclusiva al Estado sobre la “legislación laboral”; pero el alcance de las competencias legislativas y ejecutivas dependerá de lo que entendamos por laboral y la extensión de la competencia respectiva vendrá dada por el deslinde entre los conceptos “legislación” y “ejecución” a que se refiere el precepto constitucional. De igual modo sucede con la Seguridad Social, respecto de la cual el artículo 149.1.17 reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”⁶.

Este reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, debe interpretarse siempre de acuerdo con los principios que inspiraron la construcción del modelo de descentralización autonómica. Principios que

⁵ Vid. E. García De Enterría, E., *Estudios sobre Autonomías Territoriales*, Civitas, Madrid, 1985, p. 151. MC. Palomeque López, - “El principio constitucional de «unidad del orden económico nacional» y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo y seguridad social”, *Actualidad Laboral*, nº 47, 1999 – lo expresa indicando que “lo que realmente se atribuye en exclusiva al Estado son determinadas competencias sobre las materias recogidas en la mencionada lista. Esto es, competencias exclusivas y no, lógicamente, materias exclusivas”.

⁶ Vid. M. García Fernández, “Distribución competencial en materia laboral”, en *Relaciones Laborales*, tomo 1992-I, p. 97.

han llevado a reservar al primero la regulación de aquellas materias que puedan afectar a los intereses generales, y a las segundas, las competencias que sean necesarias para promover los intereses específicos de sus habitantes.

El primero de estos principios es el *principio de unidad*, que como ha destacado la doctrina representa, además de un principio positivo rector, “el factor que racionaliza la tesis de que ni el pluralismo político ni el pluralismo jurídico, pueden abocar a una separación o antinomia donde (...) se suplante a la solidaridad que, presagiando la supresión de privilegios entre los entes autonómicos, es el aditivo ético de la noción de autonomía”⁷. La unidad no es sólo un contrapunto sino un punto de partida necesario para la existencia de la autonomía⁸, de forma que sólo puede hablarse de autonomía en el marco de un ordenamiento más general que comprende al propio ente autónomo⁹.

Proclamado en el texto constitucional, en todas sus manifestaciones – artículos 1.1 (igualdad como valor superior del ordenamiento), 9.2 (igualdad sustantiva o material) y 14 (igualdad formal) –, el *principio de igualdad*, por su parte, opera como garantía de que los españoles tendrán “los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado” (artículo 139.1). De este modo, la centralización de las competencias tiene su causa en el aseguramiento de una tutela uniforme de los trabajadores y en el establecimiento de un régimen de condiciones de trabajo lo más igualitario posible¹⁰.

Y los mecanismos que la propia Norma Fundamental arbitra para lograr esta armonía y garantizar así la igualdad y solidaridad entre todos los ciudadanos cualquiera que sea la Comunidad Autónoma en la que se encuentren, especialmente en materia laboral y de Seguridad Social, son el principio constitucional de unidad del orden económico nacional – que conlleva el principio de unidad de mercado –, y la distribución de poderes y competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social

⁷ Vid. M. Zorrilla Ruiz, “Competencia de las Comunidades Autónomas en materia laboral”, en *Revista de Trabajo*, nº 67-68, 1982, p. 174.

⁸ Vid. S. Muñoz Machado, “Los principios constitucionales de unidad y autonomía y el problema de la nueva planta en las Administraciones Públicas”, en *Organización territorial del Estado*, volumen I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, p. 24.

⁹ STC 28 de abril de 1983.

¹⁰ Vid. M. García Fernández, “Distribución competencial...”, op. cit. p. 113. Vid. También STC 16 de noviembre de 1981: “es obvio que tal principio no puede ser entendido como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento... la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan hacen potencialmente nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio... por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado”.

– garantizando la unidad de la legislación laboral y del sistema de Seguridad Social –¹¹.

El principio de unidad de orden económico nacional, analizado por el TC en numerosas Sentencias¹² se caracteriza por ser la *proyección sobre el plano económico del principio de la indisoluble unidad de la Nación española*¹³, y por ser el “presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores” (STC 1/1982). Y se manifiesta, a su vez, en dos principios que son el de *unidad de mercado*¹⁴ – como garantía de la integración del mercado español – y el de *unidad de la política económica* – que permite la realización de una política coordinada de las autoridades estatales y las autonómicas –¹⁵.

Y es precisamente este principio de unidad de mercado el presupuesto que debe guiar el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, especialmente en materia laboral y de Seguridad Social, incluyendo, pues, la materia de empleo. Sin olvidar que, como indica el TC, unidad no significa *uniformidad*¹⁶, sino que será preciso buscar el equilibrio entre este principio y el respeto al principio de autonomía que conlleva diversidad de regímenes jurídicos. El principio constitucional de unidad – en su carácter comprensivo de todas las manifestaciones estudiadas –, a su vez, se concreta en un haz de principios más específicos que incorporan reglas básicas de ordenación: la igualdad, la libre circulación, la solidaridad, la prohibición de privilegios o la prevalencia del interés general. Principios que no sólo juegan como límites de la descentralización política, sino que además constituyen criterios básicos de interpretación de los problemas que surgen en la aplicación de las previsiones constitucionales¹⁷.

¹¹ Así lo indica M.C. Palomeque López, *ibidem*.

¹² Vid. por todas SSTC 1/1982, 29/1986, 88/1988, 64/1990, 133/1997.

¹³ Vid. Informe 3/2000 del CES, aprobado en Sesión extraordinaria del Pleno de 28 de junio, sobre «Unidad de mercado y cohesión social», publicado en editorial CES (Colección Informes), Madrid, 2000; p.67.

¹⁴ Vid. sobre este principio la obra de V. Tena Piazuelo, *La unidad de mercado en el Estado Autónimo*. Madrid. 1997; y M. Fernando Pablo, “La cláusula de unidad de mercado en la jurisprudencia constitucional”, en el libro colectivo *Relaciones sociolaborales (aspectos jurídicos, económicos y sociales*, Salamanca, 1993.

¹⁵ Vid. por todas, SSTC 186/1988, de 17 de octubre, 60/1990, de 5 de abril y 133/1997. Vid. también el análisis detallado que sobre ambos principios realiza el CES en su Informe sobre «Unidad de mercado y cohesión social», op. cit. p. 69 y siguientes.

¹⁶ Vid. SSTC 88/1986, de 1 de julio, STC 37/1981, de 16 de noviembre y 102/1985, de 4 de octubre.

¹⁷ Vid. L.E. De La Villa Gil, “Potestades normativas de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social”, en Documentación Laboral, nº 1, 1981, p. 13.

En segundo lugar, el *principio de solidaridad*, recogido en el artículo 138.1, en relación con el artículo 2, enuncia el deber del Estado de velar siempre por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio nacional¹⁸.

En tercer lugar, encontramos el *principio de libre circulación de personas y bienes* en todo el territorio español¹⁹; que comprende la libertad de establecimiento y que impide a cualquier autoridad la adopción de medidas que directa o indirectamente la obstaculicen (139.2 CE), consecuencia del derecho fundamental proclamado en el artículo 19.1 CE. Pero esta libertad de circulación ha sido concebida también por el Tribunal Constitucional como una proyección del principio de unidad del orden económico, que comprende “por lo menos la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales y servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica” (STC 88/1986).

Finalmente, hemos de destacar dos principios más inspiradores de la descentralización, el *principio de prohibición de privilegios* (artículo 138.2 CE) que pudiera generar en el plano económico social el proceso autonómico, impidiendo a los Estatutos autonómicos el establecimiento de privilegios de carácter social o económico. Y el *principio de prevalencia del interés general*²⁰, que deberá guiar la delimitación constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y establecer limitaciones a la descentralización. Así, la regla del 149.1 dimana de un criterio regulador de intereses comunes a cuantos destinatarios habitan el territorio del Estado, organizado por provincias, municipios y Comunidades Autónomas²¹.

3.2. La distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social

De la aplicación de los anteriores principios surge la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas regulada en los artículos 148 y 149 de la Constitución. Y, de forma específica para el ámbito laboral y de la Seguridad Social encontramos los apartados 149.1. 7º y

¹⁸ Vid. en relación con este principio y sus efectos sobre la unidad del Estado y las Autonomías, el estudio realizado por el CES en el Informe sobre «unidad de mercado y cohesión social», p. 73 y ss.

¹⁹ Vid. L.E. De La Villa Gil, “Potestades normativas...”, op. cit. p. 13 y J.L. VILLAR PALASÍ, “La distribución constitucional de competencias en materia de Seguridad Social”, en *Documentación Laboral*, 1982, p. 22.

²⁰ Vid. L.E. De La Villa Gil, *ibídem*.

²¹ Vid. M. Zorrilla Ruiz, “Competencia de las comunidades Autónomas...”, p. 174.

17º. De este modo, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la materia laboral residiría, como sabemos, en el apartado 7º, que comprendería en su mayor parte las competencias relacionadas con la política de empleo. Sin embargo, resultará relevante también analizar el apartado 17º sobre la distribución de competencias en materia de Seguridad Social, ya que algunos aspectos de la política de empleo, especialmente los referidos a la lucha contra el desempleo, pueden considerarse comprendidos en este apartado del precepto.

Comencemos por el análisis de la distribución de competencias en materia laboral, para descender posteriormente al análisis de la materia de Seguridad Social y culminar concluyendo cómo afecta esta interpretación del texto constitucional a la distribución de competencias en materia de empleo.

3.2.1. *La competencia exclusiva sobre la “legislación laboral”*

La atribución al Estado de la “competencia exclusiva sobre la legislación laboral”, en el artículo 149.1.7º, como única referencia conceptual, ha obligado a la doctrina laboralista a precisar el significado y alcance de dicha expresión. Desde sus inicios, los límites de lo que hubiera de entenderse por “legislación laboral” debieron ser trazados de forma precisa e inequívoca para determinar el ámbito competencial que corresponde en exclusiva al Estado.

Como hemos dicho, nuestra Ley fundamental atribuye al Estado la función de legislar sobre la materia laboral, dejando a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir, como competencias propias sobre dicha materia, la “ejecución” de la legislación laboral del Estado. La interpretación de lo que haya de entenderse por “legislación laboral” no siempre ha sido doctrinalmente pacífica, aunque sí podemos hablar de una línea doctrinal elaborada por el propio Tribunal Constitucional que viene a interpretar este concepto de un modo más o menos uniforme. Se ha criticado la imprecisión con que el legislador constitucional aborda el reparto de competencias en materia laboral²²; centrándose la cuestión en el significado del término “legislación”.

Se plantea la duda sobre si este término comprende tan sólo el concepto formal del mismo, es decir, todo acto normativo que emana del poder legislativo que reside en las Cortes Generales – o del Gobierno, pero ratificada por ellas, en los supuestos de normas que por excepción o por delegación tienen

²² Llegando a ser calificado el Título VIII de “conmocionante” para la estructura del Estado y para el sistema de producción de normas; y el artículo 149 de “ambiguo”. Vid. M. Alonso Olea, “Las Comunidades Autónomas y las fuentes del Derecho del Trabajo”, en *Documentación Laboral*, n.º 3, 1982, p.6.

fuerza de ley formal – o si, por el contrario, puede ser un concepto material. El primer supuesto comprendería la ley en sentido formal, incluyendo, pues, cualquier norma con rango de ley, con lo que a las reservas incluidas en la Constitución para otras materias se uniría inevitablemente una más en materia laboral²³; y el segundo, más extenso, incluiría cualquier norma escrita.

El Tribunal Constitucional ha mantenido una interpretación sistemática del término “legislación” a lo largo de los sucesivos apartados del artículo 149.1 de la CE (legislación mercantil, penal y penitenciaria, procesal, etc.), resolviendo la cuestión mediante la atribución de una acepción material del mismo; incluyendo así tanto la potestad legislativa como la reglamentaria²⁴. De este modo, nuestro Alto Tribunal ha tratado de preservar el tratamiento y ordenación uniforme de la materia laboral en todo el territorio nacional²⁵; aceptando, así, el carácter ambivalente de la expresión “legislación laboral” y afirmando con rotundidad la conveniencia de incluir en ésta los reglamentos tradicionalmente denominados ejecutivos, es decir, los que aparecen como desarrollo de la ley y, por ende, como complemento de la misma, pues, de no ser así, se frustraría la finalidad del precepto constitucional de obtener la uniformidad en la ordenación jurídica de la materia²⁶.

La aplicación de esta doctrina del TC dejó a salvo, por tanto, la potestad de las Comunidades Autónomas de dictar reglamentos internos de organización

²³ Esta misma interpretación se siguió para el término “legislación” recogido en las reglas 6^a, 8^a y 9^a del mismo precepto. Vid. M. Alonso Olea, “El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en Revista de Política Social, n.º 121, 1979 y “Las Comunidades...”, *op. cit. supra*.

²⁴ No podía ser de otra manera, pues cualquier interpretación contraria a la establecida por el Tribunal Constitucional años más tarde habría sido considerada un freno al proceso autonómico de asunción de competencias en materia laboral. Por esto, aclara el Tribunal que “cuando se trata de indagar el significado con que el vocablo «legislación» se utiliza en el artículo 149.1 de la Constitución, como concepto de referencia para reservar al Estado toda la legislación o sólo la legislación básica, el que prevalece es el concepto material y no formal constreñido a las leyes, en la acepción de normas que emanan de quienes ostentan el poder legislativo o de quienes por excepción o por delegación pueden producir normas con valor de ley” (STC 39/1982, de 30 de junio (BOE del 16 de julio), fundamento jurídico 7º).

²⁵ Vid. STC 18/1982, de 4 de mayo (BOE del 8), en cuyo fundamento jurídico 5º afirma el Tribunal que «cuando la Constitución emplea el término “legislación laboral” y la atribuye a la competencia estatal incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos... pues si ello no fuera así se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia...”. En el mismo sentido, SSTC 35/1982, de 14 de junio y 7/1985, de 25 de enero, fundamento jurídico 4º. Vid. también el comentario a las mismas en M.E. Casas Baamonde, “Relaciones laborales y autonomías territoriales: nuevas perspectivas”, en *Relaciones Laborales*, tomo 1991-II, p. 15.

²⁶ Vid. Sentencia del TC 18/1982, de 4 de mayo, fundamento jurídico 5º. También en Sentencias del TC 57/1982, de 27 de julio, fundamento jurídico 11º; 7/1985, de 25 de enero y 249/1988, de 20 de diciembre entre otras.

de los servicios correspondientes en materias de sus competencias²⁷; o que afectasen a la mera estructura interna de la organización administrativa²⁸.

No obstante, el inicio de la andadura de dichos preceptos constitucionales y la conformación de las reglas de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas no resultó fácil²⁹, siendo preciso consolidar los pronunciamientos del propio TC a través de criterios que se reiteraran en el tiempo, en cierto modo novedosos, en la actuación del Alto Tribunal. Así, en la materia que nos ocupa, es posible observar cómo el Tribunal afirma que las disposiciones reglamentarias estatales de carácter general cuyo propósito fuera el de garantizar la uniformidad pretendida en la Constitución en materia laboral en todo el territorio nacional, formarían parte de la legislación laboral sobre la materia, sin que puedan considerarse como simples actos de ejecución³⁰. Finalmente, la Sentencia 86/1991, de 25 de abril, vendría a consolidar – modificando

²⁷ Vid. STC 57/1982, de 27 de julio, fundamento jurídico 11º; 7/1985, de 25 de enero, fundamento jurídico 4º.

²⁸ Vid. STC 18/1982, de 4 de mayo, fundamento jurídico 5º.

²⁹ Vid. una exposición más completa de la cuestión en J. García Murcia, “Las fuentes del Derecho del trabajo en la jurisprudencia constitucional: notas para un balance”, en *Relaciones Laborales*, nº 15-16, 1997, p. 19.

³⁰ Fundamento jurídico segundo. El TC se pronuncia al hilo del conflicto de competencia suscitado por la naturaleza del acto de extensión de convenios colectivos; materia que ya fue tratada con ocasión de la STC 17/1986 que se decantaba por la naturaleza reglamentaria del acto de extensión. La cuestión objeto de los conflictos consistía en delimitar la naturaleza – normativa o ejecutiva – del acto de extensión, con la finalidad de definir la autoridad – estatal o autonómica – competente para dictarlo. El Tribunal recuerda su doctrina sobre la concepción material de la «legislación laboral», destacando que la finalidad del precepto constitucional que reserva esta materia al Estado es la de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia – SSTC 18/1982 y 249/1988 – y concluye que «la finalidad de la extensión de convenios colectivos no es otra que la de suplir las carencias que puedan aparecer en la negociación colectiva a través de una resolución administrativa», no incluyéndose por tanto, entre estos objetivos típicos de la legislación laboral. Por ello, concluye el Tribunal que el acto de extensión «pertenece a la esfera de lo ejecutivo» y que, por tanto, puede incluirse en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas. Además, «... la estrecha conexión entre la extensión de los convenios colectivos y la negociación colectiva permite excluir que el acto de extensión pueda ser considerado de legislación a efectos de asignar la competencia al Estado ya que, por hipótesis, el acto de extensión se refiere a ámbitos territoriales o funcionales limitados, sin alterar el contenido de las normas». Añade el Tribunal que esta conclusión no viene obstaculizada por el hecho de que la STC 17/1986 parezca haberse decantado por la naturaleza reglamentaria del acto de extensión, ya que ésta resolvía un conflicto de competencias sobre el procedimiento de extensión, por lo que las manifestaciones citadas se realizaron «obiter dicta» y no era misión del Tribunal en la citada sentencia llegar a una conclusión al respecto. Vid los comentarios a esta sentencia por J. García Murcia, “Las fuentes del Derecho del trabajo...”, op. cit. p. 23 y siguientes; M.E. Casas Baamonde, “Relaciones laborales...”, op. cit. p. 16; y M. García Fernández, “Distribución competencial...”, op. cit. p. 100.

la doctrina clásica que recogía en la Sentencia 17/1986 –, esta doctrina constitucional afirmando que lo fundamental para determinar la titularidad de la competencia controvertida era la «configuración material del acto», que permite analizar si pertenece a la esfera de la legislación o de la ejecución en materia laboral.

Para algunos, el Tribunal estaba promoviendo un nuevo criterio para la interpretación de los citados preceptos constitucionales, así como para la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, centrado en la virtualidad del acto respectivo³¹; es decir, el rango de la norma no es relevante a efectos de determinación de la competencia estatal en materia laboral, de forma que las disposiciones reglamentarias estatales que tengan la finalidad típica de la legislación laboral – uniformidad de la ordenación jurídica dentro del territorio nacional – formarán parte de la misma; mientras que las que no tengan tal finalidad serán consideradas meros actos de ejecución y, por ello, competencia de las Comunidades Autónomas que hayan contemplado esta posibilidad en sus Estatutos³².

Por otra parte, también el concepto “laboral” ha sido objeto de interpretación y matización en la doctrina constitucional, siendo igualmente aclarado su significado por el propio Tribunal Constitucional. Así, indica el TC que este concepto “no puede ser entendido como potencialmente ilimitado, cosa que inevitablemente sucedería si el adjetivo “laboral” se entendiera como indicativo de cualquier referencia al mundo del trabajo³³, ya que, de ser así, no tendría sentido la referencia en el propio texto constitucional a materias como la Seguridad Social, emigración, inmigración, extranjería, e incluso medidas de planificación económica que inciden sobre las relaciones laborales. Por ello, es importante dar a ese adjetivo un sentido concreto y restringido, “referido sólo al trabajo por cuenta ajena, entendiéndose por consiguiente como legislación laboral aquélla que regula directamente la relación laboral, la que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios, en favor de los que y bajo la dirección de quienes se prestan estos servicios”³⁴. Quedando, así, la calificación “laboral” referida constitucionalmente a cualquiera de las instituciones por las que se regula el trabajo por cuenta ajena ya incidan directamente en la prestación laboral y su remuneración, ya actúen con una función reguladora o de administración sobre la relación de trabajo, de

³¹ Vid. J. García Murcia, “Las fuentes del Derecho del trabajo en la jurisprudencia constitucional: notas para un balance”, en *Relaciones laborales*, nº 15-16, 1997, p. 25.

³² Vid. en este sentido, CAsas Baamonde, M.E., “Relaciones laborales...”, op. cit. p. 15.

³³ Vid. STC 35/1982, de 14 de junio, fundamento jurídico 2º.

³⁴ STC 35/1982, de 14 de junio, fundamento jurídico 2º; y STC 39/1982, de 30 de junio.

forma que incidan sobre el contenido de la misma. Precisión esta última de gran importancia y, a pesar de ello, insuficiente, pues la definición queda abierta a calificaciones futuras, sin que se pueda generalizar; obligando a ir en las zonas límite, calificando supuesto a supuesto³⁵.

3.2.2. *La atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre “legislación básica” en materia de Seguridad Social y régimen económico de la misma*

Consideramos relevante hacer un inciso en nuestro discurso para tratar, aunque sea brevemente, la distribución de competencias en materia de Seguridad Social, teniendo en cuenta la estrecha relación entre las políticas de empleo, en especial, las denominadas políticas pasivas de empleo, con la regulación del sistema de protección en caso de desempleo, tan destacado por la propia Constitución Española en su artículo 41. Sin duda, resulta relevante dilucidar, en cierta medida, qué competencia quedará, si es que queda alguna, a las Comunidades Autónomas en la regulación de las políticas de protección frente al desempleo.

La regla 17ª del apartado 1º del artículo 149 CE, reconoce como competencia exclusiva del Estado, también, la “legislación básica de Seguridad Social”. En esta ocasión y a diferencia de lo sucedido con la materia laboral, la Constitución limita el alcance de la competencia exclusiva del Estado tan sólo a la “legislación básica”, por lo que podemos decir que estamos ante verdaderas competencias compartidas o concurrentes por el Estado y las Comunidades Autónomas³⁶.

Así, el Alto Tribunal ha definido qué debemos entender por “principios, bases y directrices”, indicando que el concepto de bases en el artículo 149.1 de la Constitución es una noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente³⁷. El objetivo es, pues, que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se le asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo a partir del cual

³⁵ Vid. de nuevo M. García Fernández, “Distribución competencial en materia laboral”..., p. 109.

³⁶ Vid. M.C. Palomeque López, “Una competencia compartida por el Estado y las Comunidades Autónomas: la regulación de la Seguridad Social”, en *Organización territorial del Estado*, Volumen III, p. 2488.

³⁷ STC 34/1981, de 28 de julio, 26/1982, de 24 de mayo y 44/1982, de 8 de julio, 54/1982, de 26 de julio y STC 11/1986, de 30 de septiembre.

cada Comunidad en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia³⁸. La interpretación de este término constitucional debe abarcar, por tanto, los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica, que deben ser comunes a todo el Estado.

Esta idea ha de ser interpretada en un doble sentido; el positivo, que manifiesta los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros, y el negativo constituyendo, por la misma razón, el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, cuando aún definiéndose éstas como exclusivas, la Constitución y el Estado las dejan así limitadas³⁹. De este modo, aclara el propio Tribunal Constitucional que lo que la Constitución persigue, al conferir a los órganos generales del Estado la competencia para fijar las bases de una determinada materia, es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación, porque con ellas se proporciona al sistema normativo un denominador común, a partir del cual cada Comunidad podrá desarrollar sus propias competencias⁴⁰. De este modo, indicaba el TC que dichas bases no tenían que quedar articuladas o instrumentadas a través de una concreta forma de manifestación de la voluntad legislativa o política, de manera que hayan de encontrarse en leyes marco o leyes de bases, sino que como concepto material, pueden hallarse en leyes en sentido estricto, o incluso en reglamentos ejecutivos en cuanto contengan desarrollos necesarios reducidos a ellos por las leyes⁴¹.

Todo ello ha de conjugarse con el mandato recogido en el artículo 41 CE, a través del que se configura un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes

³⁸ De nuevo, STC 44/1982, de 8 de julio, fundamento jurídico segundo.

³⁹ Vid. STC 25/1983, de 7 de abril, fundamento jurídico cuarto.

⁴⁰ Vid. STC 32/1983, de 28 de abril, fundamento jurídico segundo, en la que se cita doctrina emanada de la STC de 28 de enero de 1982, fundamento jurídico primero.

⁴¹ Vid. STC 25/1983, de 7 de abril, fundamento jurídico. cuarto. Esta sentencia cuenta con dos votos particulares, afirmando uno de ellos – el que formula el Magistrado Sr. Tomás y Valiente – que «lo que no cabe hacer sino en supuestos muy limitados y excepcionales es admitir que la competencia sobre bases o sobre legislación básica incluye también la competencia de simple ejecución. Puede ser ello así cuando el acto de ejecución afecta directamente a intereses de diversas Comunidades Autónomas (Sentencias 1/1982 y 44/1982), o la ejecución comporta, por necesidad intrínseca de la materia básica en cuestión márgenes tan amplios de discrecionalidad que sólo puede ser encomendada a instancias que no tienen a su cuidado intereses peculiares distintos de los puramente generales...».

ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. Es este mandato constitucional el que guiará en todo momento la legislación emanada del Estado, así como el ejercicio de las competencias que sobre la materia vengan reconocidas a las Comunidades Autónomas⁴². Y es consecuencia obligada de lo anterior que la competencia exclusiva del Estado se extienda no sólo a la formación sino también a la disponibilidad directa sobre los fondos de los que es titular la TGSS⁴³. Por esto, la competencia estatal sobre la regulación de la materia de Seguridad Social no culmina en este apartado, sino que el artículo 149.1.17 contiene un aspecto más que atribuye en exclusiva al Estado; el régimen económico de la Seguridad Social.

Si controvertida fue la interpretación del término “legislación”, más problemas ha planteado la determinación de lo que haya de entenderse por “régimen económico de la Seguridad Social”, respecto del que deberemos hacer algunas consideraciones.

En primer lugar, el TC ha aclarado que, constitucionalmente, la competencia exclusiva del Estado sobre dicho régimen económico excede de las potestades meramente normativas, para extenderse también a la gestión⁴⁴. El objetivo perseguido ha sido con toda claridad el de preservar *la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento del régimen público*, es decir, un sistema único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social⁴⁵. De ahí que las concretas facultades que integran la competencia de gestión del régimen económico de la Seguridad Social comprenderán sólo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social⁴⁶.

⁴² Sobre el tema, vid. la reciente STC 239/2002, que nos aproxima a un nuevo concepto de asistencia social en el marco de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

⁴³ Vid. en este sentido A. Palomar Olmedo, *Derecho Público de la Seguridad Social*, Barcelona, Ariel, 1993, p. 120.

⁴⁴ STC 124/1989, de 7 de julio (fundamento jurídico tercero).

⁴⁵ STC 195/1996, de 28 de noviembre, fundamento jurídico sexto y 124/1989, de 7 de julio, fundamento jurídico tercero, según los cuales la mención separada del régimen económico como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas. Esta y no otra ha sido y es la finalidad del apartado decimoséptimo del artículo 149.1 CE.

⁴⁶ SSTC 124/1989 (fundamento jurídico tercero) y 195/1996 (fundamento jurídico séptimo).

El principio de unidad presupuestaria de la Seguridad Social, invocado por el propio Tribunal Constitucional para interpretar el citado precepto, significa «la unidad de titularidad y por lo mismo la titularidad estatal de todos los fondos de la Seguridad Social, puesto que si faltara un único titular de los recursos financieros del sistema público de aseguramiento social, tanto para operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias, no podría preservarse la vigencia efectiva de los principios de caja única y de solidaridad financiera, ni consecuentemente la unidad del sistema»⁴⁷. Conforme a la doctrina constitucional que se contiene en las SSTC 27/1983 y 124/1989, se entiende por régimen económico de la Seguridad Social cuantas materias hacen referencia al patrimonio (cuotas, bienes, derechos, acciones y recursos de cualquier otro género), a los recursos o fuentes de financiación (aportaciones presupuestarias del Estado, cotizaciones de las personas obligadas, recargos y sanciones, frutos, rentas e intereses y cualquier otro producto de sus recursos patrimoniales y cualesquiera otros ingresos), al sistema financiero e inversiones, al presupuesto, intervención y contabilidad y al régimen de contratación de Entidades Gestoras y Servicios Comunes⁴⁸.

No obstante, el Tribunal Constitucional ha ido elaborando una relación de materias que forman parte del “régimen económico de la Seguridad Social”⁴⁹

⁴⁷ STC 124/1989, fundamento jurídico tercero.

⁴⁸ Vid. A. Desdentado Bonete, “El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías”, p. 354 y M.C. Palomeque López, “Una competencia compartida por el Estado y las Comunidades Autónomas: la regulación de la Seguridad Social”, en la obra colectiva *Organización territorial del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, Vol. III, p. 2491.

⁴⁹ Es claro el Tribunal en su S 124/1989, cuyo fundamento jurídico tercero indica que “del artículo 149.1.17 de la Constitución no puede extraerse la apresurada conclusión de que en materia de régimen económico de la Seguridad Social el Estado retenga sólo potestades normativas. Que ello no es así se deduce sin dificultad de un análisis sistemático, histórico y teleológico del precepto constitucional. El designio perseguido con el acantonamiento del “régimen económico” dentro de la competencia exclusiva del Estado no ha sido otro, con toda claridad, que el de preservar la unidad del sistema español de Seguridad Social y el mantenimiento de un régimen público, es decir, único y unitario de Seguridad Social para todos los ciudadanos (art. 41 CE) que garantice al tiempo la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y deberes en materia de Seguridad Social (art. 149.1.1 CE). Debe tenerse en cuenta a este propósito que, en el momento de aprobarse la Constitución, había sido ya creada la TGSS para hacer efectivos los principios de solidaridad financiera y de unidad de caja, y este dato resulta relevante para la correcta interpretación del artículo 149.1.17, en la medida en que, como cabe deducir de los antecedentes y de los debates parlamentarios que culminaron en la aprobación del texto del citado precepto constitucional, la mención separada del régimen económico como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas... En consecuencia, las concretas facultades que integran la competencia estatutaria de gestión del régimen económico de la Seguridad Social

que ha sido sistematizada por la doctrina iuslaboralista con el objetivo de aclarar qué parte de la gestión está incluida o no en esta reserva de competencia⁵⁰. Consecuentemente, concluye el Tribunal Constitucional que «correspondiendo al Estado el control de dicha caja única, ese control supone la atribución de la potestad ejecutiva cuando recae directamente sobre actividades económicas; mientras que cuando recae sobre actividades instrumentales (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas) comporta sólo una facultad de supervisión, siendo la ejecución, en relación con el cumplimiento de los deberes no inmediatamente económicos, competencia de la Comunidad Autónoma»⁵¹.

No obstante, no ha resultado ser éste un asunto pacífico a la hora de poner en práctica la doctrina constitucional, ya que recientemente hemos vivido nuevos conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la hora de aplicarla. Parece claro, pues, que la Constitución ha querido separar los aspectos económicos de la ordenación de la Seguridad Social de todos los demás, reservando al Estado la competencia exclusiva sobre los primeros, mientras que en relación con los restantes únicamente le atribuye competencia para dictar la legislación básica⁵². Así pues, las técnicas e instrumentos de protección social, públicos o privados, externos al sistema de Seguridad Social podrán ser objeto de titularidad autonómica. Es el caso de la asistencia social externa al sistema de Seguridad Social y no integrada en él o del mutualismo libre de previsión social. Por otro lado, los planes y fondos de pensiones, tampoco forman parte de la Seguridad Social, aunque sin embargo, son competencia exclusiva del Estado en razón a títulos competenciales diversos (artículo 149.1.6, 11 y 13 CE)⁵³.

De este modo, el Tribunal Constitucional ha elaborado a partir de 2002 una importante doctrina que configura un nuevo modelo de protección social, al

serán sólo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestionar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social. Tales facultades autonómicas deben, en suma, conciliarse con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico, la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social»

⁵⁰ Vid., por ejemplo el trabajo de M.C. Palomeque López, «Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral...», op. cit. p. 13.

⁵¹ STC 124/1989, fundamento jurídico cuarto *in fine*, y 195/1996, fundamento jurídico séptimo.

⁵² Vid. F. Manrique López, en un extenso estudio sobre el tema, op. cit. p. 252.

⁵³ Así se expresa en el Informe del CES sobre «Unidad de mercado y cohesión social», aprobado en Sesión extraordinaria del Pleno de 28 de junio de 2000; p. 75.

menos desde el punto de vista de la competencia autonómica. Así, han resultado extraordinariamente controvertidas las prácticas de ciertas Comunidades Autónomas dirigidas al establecimiento de complementos extraordinarios para las pensiones más bajas, en su nivel contributivo. Por entender que la cuestión objeto de debate afectaba directamente a los principios de solidaridad y unidad del sistema de protección social, se recurrió al Tribunal Constitucional para que arrojará luz sobre tan controvertido asunto; desencadenándose una serie de pronunciamientos constitucionales destinados a aclarar los límites competenciales del Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de la protección social⁵⁴.

Así, conforme a esta nueva doctrina constitucional, la aprobación por parte de una Comunidad Autónoma de ayudas extraordinarias dirigidas a complementar la cuantía de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social no incurriría en una vulneración de los apartados 1 y 17 del art. 149.1 CE, puesto que se trataría de una prestación en materia de “asistencia social”, de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma. Concluye el Tribunal Constitucional que el sistema de la Seguridad Social no resulta perturbado por las medidas citadas, ni tampoco las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en lo relativo a la percepción de pensiones (arts. 149.1.1 y 14 CE), pudiéndose añadir a ello que el Estado siempre podrá adoptar, al amparo de los expresados títulos competenciales o de otros que en cada caso puedan ser de aplicación, las medidas que resulten convenientes para evitar los posibles efectos disfuncionales que pudieran producirse en dicho sistema como consecuencia de la acción normativa de las Comunidades Autónomas.

3.2.3. *La inclusión de la materia de empleo dentro del concepto de “legislación laboral” y la polémica en torno a la materia de protección contra el desempleo a efectos competenciales*

Hemos de considerar que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 195/1996 despejó toda duda acerca del tratamiento de las prestaciones por

⁵⁴ Vid. en este sentido la STC 239/2002, de 11 de diciembre, sobre los complementos a pensiones de jubilación e invalidez. Esta sentencia ha recibido todo tipo de comentarios. Vid. por todos C. Molina Navarrete, “Polvos y lodos: complementos autonómicos a pensiones no contributivas ¿fraude constitucional o justicia social? (Reflexiones a propósito del nuevo artículo 38.4 de la LGSS)”, en *Relaciones Laborales*, nº 2, 2004, p. 16 y ss.; B. Suárez Corujo, “STC 239/2002, de 11 de diciembre: ¿puerta abierta a una novísima asistencia social?”, en *Relaciones Laborales*, nº 13, 2003, pp. 35 y ss.; M.R. Alarcón Caracuel, “La actuación de la Comunidad Autónoma en materia de Protección Social”, en la obra colectiva *Veinte años de Relaciones Laborales en Andalucía*, Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2003, pp. 256 y ss.; y Gonzalo González & Suárez Corujo, “La Seguridad Social y su ajuste al marco del Estado Autonómico: notas sobre dos de los problemas de mayor actualidad”, en *Relaciones Laborales*, nº 2, 2004, pp. 46 y ss.

desempleo dentro del concepto de “empleo” a efectos de delimitación de la reserva competencial del Estado. Así, al hilo del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la LISOS de 1988, se preguntó al TC si podía incluirse los conceptos de “empleo y prestaciones por desempleo” para definir una categoría propia en el ámbito de las infracciones y sanciones en el orden social. Lo cual tendría una repercusión importante en el ámbito de la distribución competencial, considerando que la Constitución reserva, como hemos visto, con carácter exclusivo al Estado la competencia sobre la legislación básica de Seguridad Social y su régimen económico.

En esta línea interpretativa, el TC aclara que nos encontramos ante una segregación de la materia de la protección contra el desempleo respecto del sistema de Seguridad Social para incluirla dentro de lo que puede denominarse un *sector legislativo autónomo* como es el del empleo, que comprende “la definición y ejecución de la política de empleo, el fomento del empleo, la protección por desempleo y los servicios de colocación y empleo”. De esta forma, destaca el Alto Tribunal que la Constitución no incluye el empleo entre las materias enumeradas en los artículos 148.1 y 149.1, aunque tampoco podemos considerar que el empleo y las prestaciones por desempleo estén ausentes del texto constitucional, ya que se hayan recogidas, como hemos visto antes, en los artículos 40 y 41 CE. De este modo, la materia de empleo goza de una configuración *autónoma y unitaria*; así lo ha considerado el legislador y así debería considerarse a la hora de ser asumidas las competencias en la materia por las Comunidades Autónomas.

Esto implica que materias como la colocación, el fomento del empleo y la formación profesional ocupacional, en cuanto estadios previos al contrato de trabajo, se encuentran claramente dentro del concepto de legislación laboral recogido en el artículo 149.1.7 CE⁵⁵; siendo así, que nos quedaría por determinar si la asunción de competencias ejecutivas en materia de empleo por los Estatutos de una Comunidad Autónoma incluiría también la asunción de competencias ejecutivas en materia de protección por desempleo, ya que su inclusión en el todo unitario del sector legislativo del empleo podría ejercer una *vis atractiva* que incluyera dicha materia en el concepto de política de empleo. Al fin y al cabo, sólo así podría mantenerse cierta coherencia legislativa y de ejecución.

Conforme a la reiterada doctrina del TC, el ejercicio de estas competencias habría de respetar absolutamente los principios anteriormente reseñados, que

⁵⁵ En el mismo sentido se pronuncia el TC en sentencias posteriores a la 195/1996, por ejemplo en la STC 95/2002, de 17 de octubre y 190/2002, de 17, ratificando la doctrina expuesta en la primera.

han de informar la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Se trataría por tanto, tan sólo de competencias de gestión sin que puedan implicar, en ningún caso, actividades económicas de Seguridad Social, cuya competencia se reserva en exclusiva al Estado, como hemos visto.

3.3. El proceso de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social

Conforme al régimen establecido en la Constitución, desde sus inicios las Comunidades Autónomas procedieron a asumir poco a poco las competencias en materia laboral y de Seguridad Social en función de la vía a través de la cual accedieron a su autonomía, distinguiéndose así entre tres tipos de Comunidades⁵⁶, a los que podría añadirse el régimen foral de Navarra por su especialidad.

Así, en primer lugar, están aquellas Comunidades Autónomas que desde su origen dispusieron de un régimen pleno de competencias – es el caso de Cataluña, País Vasco y Galicia⁵⁷ y de Andalucía⁵⁸ –, asumiendo desde el primer momento de su andadura autonómica el techo de las competencias permitidas por la Constitución (artículo 149.1 CE, en contrario), sin verse limitadas por el listado de competencias del artículo 148 CE y sin necesidad de dejar transcurrir el plazo de cinco años a que se refiere la propia norma. Todas estas Comunidades asumieron desde un principio, a través de sus correspondientes Estatutos de Autonomía, competencias en materia de ejecución de la legislación laboral del Estado⁵⁹, desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica

⁵⁶ Vid. Memoria del Proyecto de Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como M.C. Palomeque López, “Una competencia compartida por el Estado y las Comunidades Autónomas: la regulación de la Seguridad Social”, en la obra colectiva *Organización territorial del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, Vol. III, p. 2492 y ss.; y “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de seguridad social”, en *Relaciones Laborales*, nº 5, 1996, p. 413 y ss.

⁵⁷ Según la Disposición Transitoria Segunda de la CE: “territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía y cuenten, al tiempo de promulgarse esta Constitución, con regímenes provisionales de autonomía”.

⁵⁸ Que accedió a su autonomía por la vía del artículo 151 CE.

⁵⁹ Así lo expresaba el artículo 12.2 del antiguo Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por LO 3/1989, según el cual correspondía a la Comunidad Autónoma del País Vasco la ejecución de la “legislación laboral [del Estado], asumiendo las facultades y competencias que en este terreno ostenta actualmente el Estado respecto a las relaciones laborales; también la facultad de organizar, dirigir y tutelar, con la alta inspección del Estado, los servicios de éste para la ejecución de la legislación laboral, procurando que las condiciones de trabajo se adecuen al nivel de desarrollo y progreso social...”; también lo expresaba así el artículo 11.2 del antiguo Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por LO 4/1979, en virtud del cual corresponde a la Generalidad la ejecución de la legislación del Estado en materia “laboral, asumiendo las facultades

de Seguridad Social sin incluir el régimen económico, reservado al Estado; la organización y administración de los servicios relacionados con la Seguridad Social, la gestión del régimen económico de la Seguridad Social y el ejercicio de la tutela de sus instituciones, entidades y fundaciones, reservándose el Estado la Alta Inspección en la materia⁶⁰.

En segundo lugar, hemos de destacar otro grupo de Comunidades Autónomas que desde un inicio tomaron un régimen limitado de competencias por la vía del artículo 143 CE – también llamada *vía lenta* – completado, sin embargo, mediante una Ley Orgánica de transferencia en virtud del artículo 150.2 CE. Se trata de las denominadas Comunidades Autónomas de régimen ordinario, ya que adoptaron el procedimiento común u ordinario de acceso a la autonomía territorial⁶¹, asumiendo desde el principio únicamente el listado de

competencias y servicios que en este ámbito y a nivel de ejecución ostenta actualmente el Estado respecto a las relaciones laborales, sin perjuicio de la alta inspección de éste. Quedan reservadas al Estado todas las competencias en materia de inmigraciones interiores o exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias.”; y artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Galicia, aprobado por LO 1/1981, que se expresa en el mismo sentido que el anterior. Por último, el artículo 17.2 del anterior Estatuto de Autonomía de Andalucía (LO 6/1985) también atribuyó a la Comunidad Autónoma la ejecución de la legislación del Estado en materia “laboral, con las facultades y servicios propios de la Administración respecto de las relaciones laborales, sin perjuicio de la alta inspección del Estado...”;

⁶⁰ Vid. artículo 18.2 y 4 del E.A. del País Vasco de 1989, según el cual “en materia de Seguridad Social corresponderá al País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma, la gestión del régimen económico de la Seguridad Social... [y] podrá organizar y administrar a tales fines, y dentro de su territorio, todos los servicios relacionados con esta materia... y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección...”; artículo 17.2 y 4 del E.A. de Cataluña de 1979 y artículo 20.2 y 4 del E.A. de Andalucía de 1985, ambos con redacción idéntica a la anterior. También artículo 33.2 y 4 del E.A. de Galicia de 1981: “en materia de Seguridad Social, corresponderá a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma. Corresponde también a la Comunidad Autónoma la gestión del régimen económico de la Seguridad Social en Galicia, sin perjuicio de la Caja Única... La Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar a tales fines y dentro de su territorio todos los servicios relacionados con las materias antes expresadas y ejercerá la tutela de las instituciones, entidades y fundaciones en materia de Sanidad y Seguridad Social, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo”.

⁶¹ Con esta finalidad se firmó el denominado Pacto de las Autonomías, el 6 de marzo de 1991, cuyo objetivo sería culminar el proceso constituyente y enriquecer el funcionamiento del sistema autonómico, así como homogeneizar las competencias de las Comunidades Autónomas. En el mismo, los firmantes se comprometieron a desarrollar el “principio de cooperación” consistente en el establecimiento de unos mecanismos, las conferencias sectoriales, que hicieran posible la toma de decisiones conjuntas y la protección de los intereses conjuntos del Estado autonómico,

competencias contenido en el artículo 148.1 CE, entre las que no figuran, como se sabe, las materias laboral y de Seguridad Social. Transcurridos cinco años, se les permitió, mediante la reforma de sus propios Estatutos, ampliar sucesivamente sus competencias, dentro del marco establecido en el artículo 149 de la Constitución (art. 148.2 CE); es decir, que pudieron asumir competencias dentro del conjunto de posibilidades que ofrecía a contrario la atribución de competencias en exclusiva al Estado por el artículo 149.1 CE, y, en su caso, asumir las relativas a aquellas materias. Por esto no es extraño que la práctica totalidad de Estatutos hicieran al menos una escueta mención a la materia laboral condicionando su disfrute a la satisfacción de las condiciones del artículo 148.2 o a la vía del artículo 150 CE⁶².

De este modo, dentro de este grupo, las Comunidades Autónomas podían llevar a cabo la asunción de competencias recurriendo a un doble mecanismo, la elaboración de Leyes Orgánicas de Transferencia, antes de los cinco años previstos en el artículo 148.2 CE – mecanismo utilizado por Canarias y la Comunidad Valenciana⁶³ –, o, transcurrido dicho período desde la adquisición de su autonomía, proceder a la reforma de sus Estatutos, ampliando sucesiva-

buscando relaciones constructivas y de cooperación. El citado Pacto constaba de dos apartados; el primero referido a la ampliación de competencias de las Comunidades Autónomas de la vía del 143 y el segundo referente al Principio de Cooperación como eje en el que debían sustentarse las relaciones entre las distintas instancias en el Estado Autonómico.

El procedimiento elegido para la ampliación de competencias fue el del artículo 150.2 de la Constitución, mientras que la reforma estatutaria se mantuvo tan sólo como una vía alternativa. Las razones aducidas para tal elección fueron por un lado, tratar de evitar el juego de iniciativas unilaterales depositando en las Cortes Generales la confianza para el desarrollo del citado procedimiento y fomentando el principio de cooperación; y, por otro, el de hacerlo de una forma concreta, evitando las fórmulas generales que tan sólo complicarían el proceso. De este modo el Pacto se centró en el conjunto de materias que serían asumidas por las Comunidades Autónomas, con carácter irrevocable y definitivo, como lo demuestra la elaboración de las famosas LOTRAVA y LOTRACA. Vid. un profundo estudio del citado Pacto en la obra colectiva *Organización territorial del Estado*, Universidad de Salamanca, 1993.

⁶² Era el caso de los Estatutos de Aragón, Asturias, Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Extremadura, La Rioja, Madrid y Murcia. Vid. por todos, FJ. Calvo Gallego, “Nuevos poderes públicos y determinación de las condiciones de trabajo. Las distintas vías de intervención de las Administraciones Autonómicas”, en *XVIII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Córdoba, 1998, p. 44 y MC. PALOMEQUE LÓPEZ, “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia laboral y de Seguridad Social”, en *Relaciones Laborales*, tomo 1996-I, p. 415.

⁶³ Ambas Comunidades promulgaron las Leyes Orgánicas 11 y 12/1982, de 10 de agosto (LOTRACA y LOTRAVA), para complementar sus Estatutos. En este caso, la transferencia se llevó de un forma genérica, sin incluir una lista concreta de materias a las que extenderían sus competencias, tratando con ello de cubrir el desnivel competencial existente entre estas Comunidades y las anteriores y alcanzar, así la homogeneización competencial. Vid. E. García De Enterría, *La revisión del sistema...*, op. cit. p. 57.

mente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149. Se trataría, pues, de aquellas Comunidades que accedieron a su autonomía por la denominada “vía lenta” o procedimiento común u ordinario del 143 CE⁶⁴.

Así, diez años después, a través de la fórmula contenida en el artículo 150.2 CE, se promulgó la Ley Orgánica 19/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 CE. El objetivo fue la equiparación sustancial de las competencias de las Comunidades de régimen común del citado precepto que estaban pendientes de ello y las propias de las Comunidades especiales del artículo 151.2 CE, a las competencias originarias plenas. De acuerdo con esta norma, quedaba transferida a las referidas Comunidades Autónomas, entre otras, la competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia de “gestión de las prestaciones y servicios sociales y del sistema de Seguridad Social correspondientes tan sólo al INSERSO y “laboral” (artículo 4 c y j), reservándose al Poder Central “la competencia sobre la legislación laboral y la alta inspección” en esta materia, así como “todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo” (artículo 18).

Con las Leyes Orgánicas 1 a 4 y 6 a 11/1994, de 24 de marzo, de reforma de los Estatutos de las diez Comunidades⁶⁵, se inició el proceso de ampliación de competencias autonómicas. En ellas, las Comunidades asumían formalmente la función ejecutiva de la legislación estatal, proceso que continuó con las Leyes Orgánicas de reforma de los Estatutos de Autonomía de Aragón, Castilla-La Mancha, Murcia, Madrid, Cantabria, Asturias, Baleares y Castilla y León⁶⁶. En ellas, Comunidades, como Madrid, que no contenían en sus Estatutos mención alguna de la materia laboral y de Seguridad Social, asumen

⁶⁴ Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León.

⁶⁵ Así, encontramos las siguientes Leyes Orgánicas de reforma: LO 1/1994, de reforma del Estatuto de Asturias, LO 2/1994, del de Cantabria, LO 3/1994, del de La Rioja, LO 4/1994, del de la Región de Murcia, LO 6/1994, del de Aragón, LO 7/1994, del de Castilla-La Mancha, LO 8/1994, del de Extremadura, LO 9/1994, del de las Islas Baleares, LO 10/1994, del de la Comunidad de Madrid y LO 11/1994, del de Castilla y León.

⁶⁶ Vid. LO 5/1996, de 30 de diciembre, de reforma de la LO 8/1982 de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón; LO 3/1997, de 3 de julio de Reforma de la LO 9/1982, de 10 de agosto de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; LO 1/1998, de 15 de junio, de modificación de la LO 4/1982, de 9 de junio, del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia; LO 5/1998, de 7 de julio, de reforma de la LO 3/1983 de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Madrid, Leyes Orgánicas 11/1998, de 30 de diciembre, de reforma de la LO 8/1981 del Estatuto de Autonomía de Cantabria; LO 1 a 4/1999, de 5 de enero (BOE de 8 de enero), de reforma de los Estatutos de Autonomía de Asturias, Baleares y Castilla y León.

competencias sobre la ejecución de la legislación del Estado en materia de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de las prestaciones y servicios sociales del sistema de Seguridad Social; así como en la determinación de las prestaciones del sistema y los requisitos para establecer la condición de beneficiario.

Finalmente, como hemos indicado al inicio de este epígrafe, sería preciso hacer una breve referencia al caso de la Comunidad Foral de Navarra que ha constituido una excepción a las reglas anteriormente expuestas. Así, en virtud de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, esta Comunidad accede al máximo nivel de autonomía por la singular vía del “amejoramiento del Fuero”, correspondiéndole “la totalidad de las competencias posibles en la materia”, quedando, por tanto, atribuida a esta Comunidad Foral la ejecución de la legislación laboral del Estado, el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica de Seguridad Social del Estado, salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma.

Así pues, descrito el procedimiento y régimen de asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas, así como las diferentes vías de acceso a la autonomía de cada una de ellas, sería preciso determinar el significado de lo que haya de entenderse por “ejecución de la legislación laboral del Estado” y, en cierta medida, “ejecución de la legislación básica de Seguridad Social del Estado”, para tratar de completar el cuadro de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en España.

3.4. La ejecución de la legislación laboral y sus consecuencias en la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades

Para culminar el tratamiento de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, habremos de abordar la interpretación de la expresión “ejecución de la legislación laboral” en consonancia con lo que establecen los propios Estatutos de Autonomía al respecto. Si bien, ésta no se encuentra especificada en el tenor literal del artículo 149, podremos recurrir de nuevo a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la materia.

Podemos partir de la base de que, como indica la mayoría de la doctrina, ejecutar la legislación del Estado es aplicarla, lo que incluiría: la vigilancia de la correcta observancia de la ley, - todo lo referido a la inspección del cumplimiento de las normas laborales y sus sanciones correspondientes -, las autorizaciones que la legislación exige para la realización de determinadas actividades o toma de decisiones - como es el caso de las autorizaciones para la actuación de las Empresas de Trabajo Temporal, los despidos colectivos, modificaciones de las condiciones de trabajo, suspensión de la relación

laboral, tan frecuentes en nuestros días, entre otras – y, lógicamente, la organización de los servicios administrativos adecuados para la práctica de todas estas actuaciones⁶⁷.

Ahora bien, no podemos olvidar que la asunción de estas competencias por las Comunidades Autónomas ha de realizarse a través de los propios Estatutos de Autonomía, siendo una facultad de éstas y de nadie más. Y, como ya hemos tenido ocasión de exponer, la asunción de las referidas competencias dependerá de la vía a través de las que las CCAA hayan accedido a su propia autonomía. Así, la mayoría de los Estados de Autonomía han optado desde sus inicios por un concepto común de lo que haya entenderse por “ejecución”; destacando como puntos fundamentales de la misma la administración de los servicios, su organización e inspección; y todo ello del modo o por los procedimientos que establece la legislación del Estado⁶⁸.

Parece claro que esta asunción desde sus inicios de *competencias o facultades ejecutivas* de la legislación laboral estatal permitieron a las Comunidades Autónomas de vía lenta u ordinaria activar su participación en materia de migraciones interiores y exteriores, así como fondos de ámbito nacional y de empleo; que en el caso del resto de las Autonomías de vía rápida no se llevó a cabo, ya que sus Estatutos realizaron desde un principio una reserva expresa a favor del Estado⁶⁹. Pero de lo no cabe duda alguna es de que la materia de empleo siempre ha constituido un elemento importante a considerar por las Comunidades Autónomas en el proceso de asunción de competencias.

No obstante, la imprecisión con la que los diferentes Estatutos de Autonomía han abordado la materia, especialmente en el caso de las Comunidades

⁶⁷ Vid. M. García Fernández, “Distribución competencial en materia laboral”, op. cit. p. 102. Tb. STC 249/1988, de 20 de diciembre, en relación a la vigilancia. Vid. también, por ejemplo STC 86/1991, de 25 de abril, en relación al acto de extensión de convenios; entre otras.

⁶⁸ Vid. M. García Fernández, *ibidem*; quien destaca como ejemplos de ello, el Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV) que atribuye a la Comunidad Autónoma la facultad de organizar, dirigir y tutelar con la alta inspección del Estado, los servicios de éste para la ejecución de la legislación laboral (artículo 12.2); lo que comprende la potestad de administración así como, en su caso, dictar los reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes (artículo 20.4). Toma también como referencia el Estatuto de Autonomía de Cataluña que incluye en la función ejecutiva la inspección (artículo 25.2), el Estatuto de Autonomía de Galicia para el que las competencias de ejecución en la Comunidad llevan implícita la correspondiente potestad reglamentaria, la administración y la inspección. El mismo significado se otorga a la ejecución en las LO 11 y 12/1982 por las que se transfieren competencias a la Comunidad Valenciana y a Canarias.

⁶⁹ Vid. en este sentido, ME. Casas Baamonde, “Las competencias laborales de las CC.AA. en la Constitución y Estatutos de Autonomía y su interpretación por el Tribunal Constitucional”, en *Relaciones Laborales*, Tomo 1985- I, p. 431.

Autónomas ordinarias⁷⁰, ha llevado a tener que recurrir en ciertas ocasiones a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional para dilucidar las cuestiones competenciales. Ha sucedido, por ejemplo, en el esclarecimiento de las competencias en materia de vigilancia del cumplimiento de la legislación laboral y, por tanto, la potestad sancionadora que suele llevar aparejada esta competencia; pero también ha sucedido, al hilo del mismo pronunciamiento con la materia que nos ocupa, las competencias en materia de empleo. Ambas solían estar incluidas en el concepto de “ejecución” a que se refiere el artículo 149.1.7 CE y así lo reconocía la mayoría de la doctrina, que entendía que, especialmente en el caso de la potestad sancionadora, ésta formaba parte de las competencias de ejecución asumidas por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos⁷¹.

Esta posición se vio apoyada por lo establecido en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, a partir de la reforma de 1998, conforme a la cual se preveía que el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones del orden social, cuando correspondiera a la Administración de las Comunidades Autónomas, con competencia en materia de ejecución de la legislación del orden social, sería ejercido por los órganos y con los límites de distribución que determinase cada Comunidad Autónoma⁷². Los límites que las Comunidades Autónomas encontrarían al ejercicio de esta potestad se localizaban en las normas cuya aplicación correspondía al Estado, bien porque tuviera la competencia exclusiva sobre las correspondientes materias (ex artículo 149.1 CE), bien porque así se derivara del propio Estatuto de Autonomía.

En el caso concreto de los actos de obstrucción o resistencia de la acción fiscalizadora del Estado llevada a cabo por la Inspección, el Tribunal Constitucional ha considerado que, salvo que pueda determinarse de forma inequívoca que la actuación de la Inspección se haya referido específica y exclusivamente a materias que sean competencia del Estado, hay que concluir que ordinariamente corresponde a la Comunidad Autónoma la sanción, dada su competencia en materia de ejecución laboral de acuerdo con el artículo 149.1.7 de la Constitución⁷³.

⁷⁰ Debido fundamentalmente al tiempo que habían de esperar para asumir tales competencias; sobre el tema ME. Casas Baamonde, “Las competencias laborales...”, op. cit. p. 427.

⁷¹ Vid. por todos, M. García Fernández, “Distribución de competencias en materia laboral”, en *Relaciones Laborales*, tomo 1992-I, p. 105.

⁷² Vid. artículo 48.5 del actual Texto Refundido de la LISOS, redacción que fue introducida en el anterior texto de la Ley 8/1988, por el artículo 35. Veinte de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre

⁷³ Es doctrina contenida en las SSTC 249/1988 y 185/1991, que “salvo que pueda determinarse de forma inequívoca que la actuación de la Inspección se haya referido específica y exclusivamente a materias que sean competencia del Estado, en cuyo caso la obstrucción o resistencia a la acción comprobadora del Estado llevada a cabo por la Inspección podrá ser objeto de cono-

También fue objeto de análisis por el Tribunal Constitucional la potestad sancionadora de las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social y empleo. El punto de partida fue la distinción entre las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Seguridad Social y en relación al régimen económico de la misma. Así, al hilo del estudio de la constitucionalidad del anterior artículo 47 de la Ley 8/1988, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el Tribunal consideró que aquellas Comunidades Autónomas que hubiesen asumido, a través de sus Estatutos, la ejecución de la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, podían ejercitar «las potestades sancionadoras que [garantizasen] el cumplimiento de la legislación básica estatal y de la autonómica que la desarrolle»⁷⁴. Mientras que «la delimitación del ámbito de actuación de la Comunidad Autónoma en relación al régimen económico de la Seguridad Social requiere mayores precisiones, pues la atribución al Estado o a las Comunidades Autónomas del “régimen” en una determinada materia comprende, desde luego, la totalidad de las competencias normativas sobre la misma - STC 84/1982, fundamento jurídico 4º y 38/1983, fundamento jurídico 3º -; pero implica también un plus : además de la legislación, puede comportar la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario»⁷⁵.

De este modo, «para aquellos supuestos en que la potestad punitiva recae sobre los actos instrumentales respecto al nacimiento y mantenimiento de la obligación de contribuir (inscripción, afiliación, altas y bajas)... la potestad ejecutiva para la imposición de las sanciones que procedan pertenece también a la Comunidad Autónoma»⁷⁶. Mientras que para aquellas infracciones que recaen directamente sobre la actividad económica de la Seguridad Social, esto es, las que definen ilícitos que se hallan inmediatamente referidos a la percepción de sus ingresos o a la realización de los gastos correspondientes. En ellas, dice el TC, que «el objeto inmediato de tutela es la gestión de la caja única de la Seguridad Social, que, al hallarse atribuida al Estado, determina que éste, como titular de la ejecución, ostente también la potestad de declarar infracciones e imponer sanciones que no es sino una técnica específica de control y que forma parte, por consiguiente, de su competencia en materia de régimen económico»⁷⁷.

cimiento por la Administración estatal, hay que concluir que ordinariamente corresponde a la [Comunidad Autónoma] la sanción por los actos de obstrucción o resistencia a la acción comprobadora de la Inspección de Trabajo, dada su competencia en materia de ejecución laboral de acuerdo con los artículos 149.1.7 CE y 11.2 EAC”.

⁷⁴ Vid. STC 102/1995, fundamento jurídico 32, y 195/1996, fundamento jurídico sexto.

⁷⁵ Vid. STC 195/1996, de 28 de noviembre, *ibidem*.

⁷⁶ Vid. STC 195/1996, de 28 de noviembre, fundamento jurídico octavo.

⁷⁷ Vid. de nuevo STC 195/1996, de 28 de noviembre, fundamento jurídico octavo.

De lo cual deducimos, además, que la competencia para sancionar no se restringe por la naturaleza de la sanción ni por su cuantía, y que «las alusiones a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no implican atribución de competencias, sino que tienen, exclusivamente, un valor instrumental, a efectos de determinación del procedimiento; la Ley no impide que la Comunidad Autónoma se dote de su propio servicio de inspección, ni que, eventualmente, éste pueda actuar en el ámbito competencial que le corresponda. Cabe entender, en este sentido, como entiende el Tribunal Constitucional, que las referencias a la Inspección de Trabajo de la ya derogada Ley 8/1988 se hacían a la configuración vigente en aquel momento de aquella Inspección, por lo que, en sí misma considerada, tal redacción originaria no podría obstaculizar eventuales modificaciones posteriores de dicha configuración ni impedir el ejercicio de las competencias autonómicas» (STC 195/1996, de 28 de noviembre, fundamento jurídico 16).

Así pues, la inspección como competencia ejecutiva, corresponde a las CC.AA. y así se recogía en todos los Estatutos en los que se asumen competencias ejecutivas sin perjuicio de la Alta Inspección del Estado. Aunque, por el momento lo único que se ha transferido en las citadas normas es la función pero no el servicio, como tampoco se ha creado el órgano para su actuación. Por ello, la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social ha venido actuando funcional y jerárquicamente bajo la dependencia de las CC.AA. que han asumido competencias en materia de ejecución de la legislación del Estado, pero siguen manteniendo su dependencia orgánica respecto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

3.5. El título competencial en materia de empleo: especiales consideraciones a otros preceptos constitucionales determinantes de la asunción de competencias en la materia por las Comunidades Autónomas

De todo lo expuesto, podemos deducir con claridad la posición del Tribunal Constitucional ante el proceso de descentralización legislativa en materia laboral y de Seguridad Social; sin embargo, por lo que se refiere al empleo, materia que nos ocupa, hemos de advertir que el Tribunal Constitucional ha sido especialmente flexible en su interpretación del concepto de “legislación laboral”, incluyendo dentro de éste la materia de empleo. Para ello, además de lo establecido en los 149.1. 7 y 17 de la Constitución, ha considerado relevante tomar en cuenta otros preceptos constitucionales que, sin duda alguna, han influido en la asunción de estas competencias por las Comunidades Autónomas.

Así, hemos de considerar, en primer lugar, lo establecido en el artículo 148.1.13 CE, conforme al cual se concede a las Comunidades Autónomas la

posibilidad de asumir, a través de sus Estatutos de Autonomía, competencias en materia de “fomento del desarrollo económico de la Comunidad dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional”, donde la mayoría de la doctrina ha hecho residir la materia del empleo⁷⁸. Y es que, en opinión de la mayoría de la doctrina cuando tratamos el tema de las competencias en materia de empleo no podemos olvidar la relación con las políticas de carácter económico. Así, será preciso considerar igualmente lo preceptuado en el artículo 149.1. 13 CE que otorga al Estado la competencia exclusiva en la elaboración de las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”; y la previsión del artículo 131 CE en relación a la potestad estatal de planificación de la actividad económica que conllevará la finalidad de “atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución”.

En estos títulos competenciales se hicieron residir las competencias autonómicas para la elaboración de planes de empleo propios o la puesta en marcha de políticas autonómicas, de carácter activo, relacionadas con el fomento del empleo. El propio Tribunal Constitucional examinó las limitaciones a las competencias estatales en la materia, refiriéndose expresamente a las medidas articuladas a través de subvenciones. Sobre el tema, aclara el Tribunal que queda reservado al Estado, al amparo del artículo 149.1.13 la elaboración de “las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector”⁷⁹. No obstante, ha precisado también el Tribunal que dicha competencia estatal no puede extenderse has incluir “cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general”⁸⁰ pues en otro caso, se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico⁸¹.

⁷⁸ Vid. por ejemplo, ME. Casas Baamonde, “Las competencias laborales de las CC.AA en la Constitución...”, op. cit. p. 434; y, más recientemente, C. Sáez Lara, “Competencias autonómicas en materia de empleo y relaciones laborales en el Estatuto de Autonomía de Andalucía”, en la obra colectiva *Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el Nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía*, FJ. Prados De Reyes (coord.) Mergablum, Sevilla, 2008

⁷⁹ Vid. por todas STC 77/2004, de 29 de abril, que recoge la doctrina de las SSTC 95/1986, de 10 de julio y 213/1994, de 14 de julio.

⁸⁰ Vid. entre otras SSTC 77/2004, de 29 de abril, STC 125/1984, de 20 de diciembre; 76/1991, de 11 de abril; STC 186/1988, de 17 de octubre; 133/1997, de 16 de julio.

⁸¹ En este sentido vid. SSTC 112/1995, de 6 de julio; 21/1999, de 25 de febrero y 95/2002, de 25 de abril.

Desde su inicio, los Estatutos de las diferentes Comunidades Autónomas han ido asumiendo de forma natural estas funciones como propias con carácter “exclusivo”⁸² desarrollándolas poco a poco a través de los decretos de transferencia hasta nuestros días y conservándolas de cara a la reforma de sus Estatutos como competencias propias.

De este modo, queda claro que la elaboración y aplicación de políticas activas de empleo es competencia, aceptada, de las Comunidades Autónomas, que juegan un importante papel en la conformación de esa política *multinivel* de la que hablábamos al inicio de nuestro trabajo. En cambio, podemos decir que el ámbito del diseño de políticas pasivas sigue considerándose, a falta de un pronunciamiento expreso del TC y dejando al margen los complementos considerados dentro del concepto de asistencia social, al título de Seguridad Social⁸³.

4. EL TRATAMIENTO DEL TÍTULO COMPETENCIAL EN EL NUEVO ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE ANDALUCÍA: COMPETENCIAS EN MATERIA DE POLÍTICAS DE EMPLEO

Hemos tenido ocasión de exponer, en otros estudios, nuestras dudas acerca de la idoneidad sistemática del Nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA en adelante), publicado en el BOE de 20 de marzo de 2007 mediante Ley

⁸² Así, por poner un ejemplo, el artículo 10 del Estatuto Vasco atribuía a la Comunidad Autónoma “competencia exclusiva” para la promoción, desarrollo económico y planificación de la actividad económica del País Vasco “de acuerdo con la ordenación general de la economía”; en el mismo sentido de exclusividad se pronunciaba el Estatuto de Cataluña al establecer en su artículo 12 que “de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, corresponde a la Generalidad, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131, y 149.1 de la Constitución, la competencia exclusiva de las siguientes materias: 1) planificación de la actividad económica de Cataluña...3) el desarrollo y ejecución en Cataluña de los planes establecidos por el Estado para la reestructuración de sectores industriales...participará asimismo en la gestión del sector público económico estatal, en los casos y actividades que procedan”. En términos similares se expresaron otros Estatutos como el Galicia, Andalucía (art. 18), Navarra y Comunidad Valenciana.

⁸³ Así lo expresa por ejemplo C. Molina Navarrete, *La dimensión socio-laboral de los nuevos...*, op. cit. p. 107. No obstante, resulta de interés la reciente STC 68/2007, de 28 de marzo, en la que el TC afirma la clara conexión de la materia de desempleo con las competencias asumidas por las CCAA en materia de empleo, especialmente la Andaluza, si bien hace constar que su objetivo no es la “preservación o delimitación del propio ámbito competencial, sino la depuración objetiva del ordenamiento mediante la invalidación de la norma inconstitucional”. Por eso, no es posible aplicar claramente esta doctrina aunque sí apreciar una cierta flexibilidad del TC en la consideración de la conexión de las materias tratadas – prestaciones por desempleo entre otras – y las competencias de la Comunidad Autónoma Andaluza.

Orgánica 2/2007, de 19 de marzo. Así, con motivo de las XXVI Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo, tuvimos ocasión de reflexionar acerca de cómo al partir de un marco competencial poco receptivo y menos claro, la construcción de la política social autonómica ha sido un desafío constante a unos problemas competenciales que iban surgiendo; a lo que contribuyeron unos Estatutos de Autonomía que eran ciertamente escuetos en su tratamiento de estas políticas. Como consecuencia de ello, desde los primeros momentos de funcionamiento del modelo constitucional, la atención se puso en el análisis de las posibilidades que dejaba la Constitución, y muy especialmente en el proceso de construcción de las administraciones laborales autonómicas.

Parece no ofrecer dudas la prioridad que el empleo ha tenido para la Comunidad Autónoma de Andalucía. Y podemos advertir que el nuevo EAA sigue otorgando un papel prioritario y central a la política de empleo, destacando la necesidad de enfrentar problemas reales de nuestra Comunidad como el desempleo, la precariedad laboral, la emigración, los desequilibrios territoriales⁸⁴. Así, es posible constatar este aspecto en la propia Exposición de Motivos de nuestro Estatuto en la que se recoge la necesidad de “conseguir un Estatuto para el siglo XXI, un instrumento jurídico que impulse el bienestar, la igualdad y la justicia social, dentro del marco de cohesión y solidaridad que establece la Constitución”.

4.1. Aspectos generales: la competencia de la Comunidad Autónoma Andaluza en materia de empleo

El punto de partida de este análisis ha de ser, pues, la conformación del Título II, en el que se recogen las competencias de la Comunidad, es decir, los títulos competenciales que permitirán a ésta desarrollar sus políticas propias⁸⁵. En este título se diferencia entre competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas y se contienen las materias sobre las que habrán de ejercerse las competencias en el grado de exclusividad determinado en el mismo.

⁸⁴ Vid. en este sentido M. Rodríguez-Piñero Royo, “La política autonómica de empleo”, Anuario de conferencias del CARL, op. cit. pp. 155 y ss.

⁸⁵ Un estudio completo sobre este tema podemos encontrarlo en M. Izquierdo Carrasco, “Marco general de las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el nuevo Estatuto de Autonomía”, en M. Agudo Becerra (dir), El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2007, p. 122; también en la obra colectiva M. Terol Becerra (dir), Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007. Vid. también, M. Carrasco Durán, “Las competencias en la proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, entre la norma y la realidad”, en Revista Vasca de Administración Pública, nº 76, 2006.

Así, el Estatuto de Autonomía Andaluz reserva para la Comunidad Autónoma, en materia de empleo, competencias ejecutivas, definiendo este tipo como “la función ejecutiva que incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública y, cuando proceda, la aprobación de disposiciones reglamentarias para la ejecución de la normativa del Estado”⁸⁶. Con esta definición de función ejecutiva recoge nuestro estatuto la doctrina constitucional sobre el contenido de la competencia ejecutiva tal y como lo hemos descrito anteriormente.

Las materias sobre las que se reserva dichas competencias ejecutivas, para la materia de empleo, aparecen recogidas en el artículo 63 del EAA, que, en realidad incluye estas competencias para las materias de empleo, relaciones laborales y seguridad social, tratando de relacionarlas en un intento sistematizador poco acertado, a nuestro entender.

En esta materia, es el artículo 63 del EAA, sobre empleo, relaciones laborales y seguridad social, el que opera como título habilitante para poder actuar en las distintas materias relacionadas y para lograr los objetivos que se marcan a la Comunidad en general, y a sus poderes públicos en particular⁸⁷. Así, atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia ejecutiva sobre las siguientes materias:

1.- Las políticas activas de empleo, que comprenderán la formación de los demandantes de empleo y de los trabajadores en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes; la intermediación laboral y el fomento del empleo.

2.- Las cualificaciones profesionales en Andalucía.

3.- Los procedimientos de regulación de ocupación y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos entre centros de trabajo situados en Andalucía.

4.- La Prevención de Riesgos Laborales y la Seguridad en el Trabajo.

⁸⁶ De forma monográfica, C. Saez Lara, “Competencias autonómica en materia de empleo y relaciones laborales en el Estatuto de Autonomía de Andalucía”; y J.L. Monereo Pérez & M.T. Díaz Aznarte, “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, ambos en Prados De Reyes (dir.), op.cit. supra, Véase también J.L. Monereo Pérez & M.T. Díaz Aznarte, “*El Estado Social Autonomico: estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*”, Bomarzo, Albacete, 2008.

⁸⁷ Como señalara G. Ruiz Rico, la eficacia del catálogo de derechos sociales, va a depender de otro catálogo, el de competencias, “destinado a proporcionar los espacios fundamentales necesarios para legitimar la intervención social de la Comunidad Autónoma”, en “El Estado Social Autonomico”, en M. Terol Becerra (dir), La Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, pág. 25.

5.- La determinación de los servicios mínimos de las huelgas que tengan lugar en Andalucía.

6.- Los instrumentos de conciliación, mediación y arbitraje laborales.

7.- La potestad sancionadora de las infracciones del orden social en el ámbito de sus competencias.

8.- El control de legalidad y, si procede, el registro posterior de los convenios colectivos de trabajo en el ámbito territorial de Andalucía.

9.- La elaboración del calendario de días festivos en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

Además asume expresamente la función pública inspectora “en todo lo previsto en el apartado anterior”; recurriendo al mecanismo de la dependencia orgánica y funcional del cuerpo de inspectores y a los mecanismos de cooperación previstos en el propio Estatuto.

Culmina el precepto con la referencia a las competencias en materia de Seguridad Social que, aclara, corresponden a la Comunidad Autónoma las competencias ejecutivas que se determinen por aplicación de la norma estatal, incluida la gestión de su régimen económico, con pleno respeto al principio de unidad de caja. Con ello, avanza el Estatuto sobre el concepto contenido en el texto constitucional, para asumir competencias sobre la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, especialmente representativo en la materia de empleo. Esto no supondrá, en ningún caso, la gestión de las políticas pasivas de empleo que, como sabemos, corresponde con carácter exclusivo al Estado.

4.2. Otras competencias relacionadas con el empleo: inmigración e igualdad en el marco de las políticas de empleo autonómicas

Dentro del elenco de competencias que la Comunidad Autónoma en el EAA se atribuye destacan otros preceptos que se refieren a políticas de empleo o, al menos, que se relación con ellas de forma muy estrecha. Así, podemos comprobar cómo, siendo los objetivos básicos de la comunidad la consecución del “pleno empleo, la calidad en el trabajo y la igualdad en el acceso al mismo”, es preciso tomar en consideración, a la hora de estudiar las competencias en materia de empleo, otros preceptos como los relativos a las materias relacionadas con la integración laboral de los inmigrantes, discapacitados, de los jóvenes, o las políticas de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo.

Así, el artículo 62 del EAA afirma que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia en materia de “políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes, en el marco de sus competencias”; así como “la competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolla en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia y de

acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado”. En relación a la primera de las competencias, hemos de reparar en el hecho de que se trata de una competencia limitada en la medida en que el artículo 149.1.2º reserva al Estado la competencia exclusiva sobre las materias de “nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”. Es por ello que el propio Estatuto ha de aclarar el contenido de esta competencia circunscribiéndolo a la elaboración de políticas de integración y participación social, más relacionadas con la asistencia social que con la política de empleo en sí misma considerada. No obstante, se concretan una serie de funciones ejecutivas en lo referente a tramitación de autorizaciones de trabajo de extranjeros que desempeñen su relación laboral en Andalucía, incluyendo el régimen de inspección y sanción; y la participación en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos de colaboración previstos en el propio Estatuto.

Con esta previsión se refuerzan los mecanismos de colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas a la hora de poder aplicar políticas de integración laboral de inmigrantes, asumiendo la Comunidad Autónoma Andaluza un auténtico papel protagonista en la ejecución de dichas políticas y en la determinación de los contingentes de trabajadores a los que pueden ofrecer un empleo de calidad.

4.3. Principios y objetivos de la Comunidad Autónoma: la caracterización de las políticas de empleo en el EAA

Además de las referencias específicas a la atribución de competencias a la Comunidad Autónoma, podemos deducir el contenido de las competencias autonómicas de otros principios y objetivos recogidos en el propio Estatuto de Autonomía; ya que resultan fundamentales para evaluar el grado de compromiso de la Comunidad Autónoma con la política de referencia.

Cuando hablamos de competencias en materia de empleo resulta también relevante considerar otros preceptos en los que se recogen referencias a las políticas laborales, en general, y de empleo en particular. Así, el Título VI sobre “Economía, empleo y hacienda”, en el que aparecen indicadas las políticas laborales, y en particular, las relacionadas con el empleo. Dentro de este Título, en el Capítulo I sobre economía se recogen unos principios y objetivos básicos que “constituyen el fundamento de la actuación de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el ámbito económico”, lo que resulta de obligado conocimiento para poder tratar el tema de las políticas de empleo en el Estatuto de Autonomía Andaluz. Como ya tuvimos ocasión de expresar en un estudio anterior, el hecho de que no exista una indicación similar de principios y objetivos en el Capítulo II, específico sobre empleo y relaciones labo-

rales, no es casual; aunque quizás hubiera sido recomendable una mejor sistemática del Título VI en su conjunto⁸⁸.

Así, por seguir el orden, no siempre lógico, del Estatuto, dentro de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma Andaluza (artículo 10) se encuentra en lugar destacado: “la consecución del pleno empleo estable y de calidad en todos los sectores de la producción, con singular incidencia en la salvaguarda de la seguridad y salud laboral, la conciliación de la vida familiar y laboral y la especial garantía de puestos de trabajo para las mujeres y las jóvenes generaciones de andaluces”. También se encuentran entre los objetivos concurrentes con las políticas de empleo “la modernización, la planificación y el desarrollo integral del medio rural en el marco de una política de reforma agraria, favorecedora del crecimiento, el pleno empleo...”; la cohesión social, mediante un eficaz sistema de bienestar público, la integración social, económica y laboral de las personas con discapacidad y de los inmigrantes en Andalucía.

Sobre la base de estos objetivos, destinados en su mayor parte a la consecución del pleno empleo, por lo que a estas políticas se refiere, se reconocen una serie de derechos que aparecen recogidos en el Capítulo II, entre los que se encuentra el ejercicio del derecho constitucional al trabajo y, en particular, el acceso gratuito a los servicios públicos de empleo, el acceso a la formación profesional y el derecho al descanso.

También ha de considerarse lo preceptuado en el artículo 37 sobre los principios rectores de las políticas públicas, entre los que se relacionan: la igualdad, la autonomía e integración social y profesional de las personas con discapacidad; la integración de los jóvenes en la vida social y laboral; la integración laboral, económica, social y cultural de los inmigrantes; el empleo de calidad y la plena equiparación laboral entre hombres y mujeres. Desde este punto de vista, la política de empleo, como vemos, ocupa un lugar central. Siendo así, que estos principios han de completarse con los que rigen la política económica: pleno empleo, calidad en el trabajo y la igualdad de acceso al mismo.

Estos objetivos y principios se presentan con carácter transversal para guiar el conjunto de las políticas de la Comunidad, y no sólo las de empleo⁸⁹. Es decir, tal y como se hace constar en el propio Estatuto, dichos principios deberán orientar la política de la Comunidad Autónoma para permitirles lograr sus objetivos básicos, y los poderes de ésta orientarán sus políticas públicas

⁸⁸ Mejor sistemática que hubiera supuesto recoger en un único capítulo, por ejemplo el primero, los principios y objetivos generales, así como los transversales para todos los ámbitos recogidos en el Título, y a continuación uno específico para las cuestiones económicas, laborales y fiscales.

⁸⁹ M. Rodríguez-Piñero Royo, “La política autonómica de empleo”, Anuario de Conferencias 2007, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pp.1 155 y ss.

para alcanzarlos. Todos estos principios han de regir las políticas públicas para lograr los objetivos que se propongan. Esta transversalidad en los objetivos relacionados especialmente con el pleno empleo puede observarse en algunos otros preceptos destacados como los artículos 157 y 174, referidos, el primero, a los principios rectores de la política económica de Andalucía; y el segundo a la contratación de las Administraciones. En ambos preceptos encontramos referencias a dos tipos de políticas, la económica y la de contratación pública, que, a pesar de no ser políticas de empleo propiamente dichas, consideran entre sus objetivos la estabilidad en el empleo, la igualdad de oportunidades y la inserción laboral de los colectivos desfavorecidos.

De este modo podemos advertir que los objetivos, los principios y las políticas se relacionan a lo largo de todo el texto estatutario, coincidiendo en la proclamación de ciertos objetivos como la consecución del pleno empleo, que se dejan ver en las políticas laborales, económicas, industriales o de medioambiente. No es casualidad que, como decíamos al inicio de este epígrafe, el Estatuto de Autonomía Andaluz insista tanto en este extremo, ya que el compromiso de la Comunidad Autónoma con el empleo es especialmente perceptible en todo el Estatuto.

Especialmente relevantes resultan, por último, de cara a la caracterización de la política de empleo en Andalucía, los preceptos contenidos en el Capítulo II del Título VI, que contienen mandatos dirigidos a los poderes públicos para la ordenación de las políticas de empleo⁹⁰. Así, se proclama la igualdad de la mujer en el empleo, atribuyendo a los poderes públicos el deber de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, en el acceso a la ocupación, la formación y promoción profesional, las condiciones de trabajo, incluida la retribución, así como que las mujeres no sean discriminadas por causa de embarazo o maternidad. Junto a la integración e la mujer en el mercado de trabajo, se garantiza igualmente la conciliación de la vida familiar y laboral, por lo que toda política de empleo que tenga como objetivo la consecución de unos estándares de calidad en el empleo conllevará la garantía de conciliación entre estos dos aspectos de nuestra vida diaria.

Por lo que se refiere, más concretamente a las políticas de empleo, el artículo 169, establece el deber de fomentar el acceso al empleo de los jóvenes, creando empleo estable y de calidad. A tales efectos, establecerán políticas específicas de inserción laboral, formación y promoción profesional, estabi-

⁹⁰ Un estudio monográfico en F. Alemán Páez, "Empleo y relaciones laborales en el Estatuto de Autonomía de Andalucía: aproximación general y análisis programático", en Prados de Reyes (dir.), *op.cit. supra*, pg. 151 sigts,

lidad en el empleo y reducción de la precariedad laboral. Se garantiza también el establecimiento de políticas que permitan la inserción laboral de ciertos colectivos con dificultades como los discapacitados, así como los colectivos en riesgo de exclusión social. La Comunidad Autónoma deberá además velar por el cumplimiento de las leyes en materia de reserva de puestos de trabajo para quienes se encuentren en alguna de las situaciones previstas.

Por último, el artículo 173, referido a las Relaciones laborales, trata de garantizar una política propia de relaciones laborales en nuestra comunidad, definiendo expresamente las materias a las que habrá de extenderse. Estas materias comprenderán, en todo caso, las políticas activas de empleo, la intermediación y el fomento del empleo y el autoempleo.

5. CONCLUSIONES

Algunos autores han puesto de manifiesto que las reformas estatutarias pueden constituir auténticas renovaciones o revisiones que van más allá de la reforma ordinaria, llegando incluso a denunciar la ampliación de competencia “oculta bajo el velo de una calculada ambigüedad en la redacción de numerosos preceptos”⁹¹. E incluso que, tras la apariencia de simple reforma se haya tratado de llevar a cabo, en muchos casos, “una elevación (formalización jurídica) de la realidad constitucional a la Constitución formal”.

Esto ha llevado a también a considerar que la reforma estatutaria de lo que se han denominado Estatutos de “segunda generación” ha perseguido como objetivo alcanzar el techo competencial permitido por la Constitución poniendo de manifiesto una auténtica “redefinición de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas”⁹², e incluso del modelo de Estado Autonomico⁹³. Y demostrando, por tanto, la flexibilidad del modelo constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁹⁴.

⁹¹ Vid. en este sentido Monereo Pérez & Díaz Aznarte, “El marco competencial diseñado por el Estatuto de Autonomía de Andalucía en materia de políticas sociolaborales”, en la obra colectiva *Políticas laborales de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Mergablum, Sevilla, 2008, p. 81.

⁹² Vid. M. C. Palomeque López, “El reparto constitucional de competencias en materia laboral a prueba de las reformas estatutarias”, en la obra colectiva *La dimensión laboral de los nuevos estatutos de Autonomía*, p. 128.

⁹³ De nuevo Monereo Pérez & Díaz Aznarte, *ibidem*.

⁹⁴ Vid. J.L. Monereo Pérez, “Competencias en materia de políticas de empleo e inmigración”, en la obra colectiva *La dimensión sociolaboral...*, p. 151.

Sin embargo, para nosotros, partiendo de la caracterización de las políticas de empleo expuesta y dejando al margen la desordenada y descuidada redacción de los preceptos estatutarios o la introducción de un elenco de derechos en algunos Estatutos de Autonomía, como el Andaluz, que ha generado los consiguientes problemas de constitucionalidad, consideramos que el Estatuto de Autonomía Andaluz ha sabido aprovechar la posibilidad de plasmar en toda su amplitud las posibilidades competenciales de la Comunidad, dentro de los márgenes permitidos por la Constitución y la experiencia de cooperación y colaboración con el Estado. Es adecuado, por tanto, plasmar en el texto estatutario las concreciones y criterios de resolución de conflictos aportados por el Tribunal Constitucional desde la elaboración del primer Estatuto de Autonomía hasta nuestros días.

Y es valiente el legislador andaluz al pretender crear una auténtica Autonomía del bienestar basándose en la proclamación de principios y objetivos en los que la consecución del pleno empleo, la calidad en el empleo y la integración laboral, social y económica de los colectivos desfavorecidos juegan un papel central.

LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

MARÍA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

EXTRACTO

Palabras Clave: Inmigración, Reparto de Competencias

La innegable trascendencia económica y social del fenómeno de la inmigración, tanto a nivel nacional español como en el conjunto de la Unión Europea, ha supuesto la necesidad de reformular los clásicos principios de aproximación a esta materia bajo el prisma exclusivo de la extranjería y el orden público. En ese sentido, el presente trabajo pasa revista a la creciente asunción de competencias que a nivel comunitario se ha venido produciendo en los últimos años como consecuencia del reconocimiento del estatus de ciudadanía y la necesidad de coordinar y armonizar las normas de integración social de todos los inmigrantes.

De forma paralela, la creciente descentralización administrativa y el reconocimiento del derecho a la autonomía en el seno de nuestro ordenamiento constitucional, son también objeto de abordaje específico respecto de este complejo título competencial (inmigración vs. extranjería). Sobre todo, tras la asunción de determinadas competencias ejecutivas (ciertamente cuestionables) producidas con la última oleada de reformas de Estatutos de Autonomía, muy especialmente los de Cataluña y Andalucía.

Su conclusión fundamental es que, pese a la contundencia del art. 149.2 de la Constitución, no puede dejar de negarse la trascendencia y realidad de diversas manifestaciones –desde la determinación de los contingentes anuales, a la definición de políticas educativas y sanitarias y de prestaciones y servicios sociales- en las que el protagonismo de otras Administraciones Públicas, tanto autonómicas como locales y provinciales, resulta incuestionable.

ABSTRACT

Key Words: Immigration, Distribution of Competences

The undeniable economic and social transcendence of the immigration phenomenon, both at national level in Spain and in the European Union as a whole, has entailed the need to redraw the classical principles that approach this subject under the exclusive light of immigration and public order. In this sense, this work examines the increasing competences acquired at Community level in the last few years as a result of recognising the status of citizens and the need to coordinate and harmonise regulation for the social integration of all immigrants.

Similarly, increasing administrative decentralisation and the acknowledgment of the right to autonomy in our Constitution are also approached with regard to this specific and complex competence (immigration vs. immigration law). Especially, after taking on certain executive competences (certainly questionable) in the last wave of Statute of Autonomy reforms, especially in Catalonia and Andalusia.

The main conclusion is that, despite the weight of art. 149.2 of the Constitution, the transcendence and reality of certain manifestations can not be denied –from determining annual amounts, to the definition of education and health policies and offering social services – where the significance of Public Administrations, both regional, provincial and local, is undeniable.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO
2. EL ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA Y LAS CORRESPONDIENTES COMPETENCIAS COMUNITARIAS
3. INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978
4. LA INMIGRACIÓN COMO TÍTULO COMPETENCIAL CON CARACTERÍSTICAS ESPECIALES
5. LA FIJACIÓN DE COMPETENCIAS A TRAVÉS DE LA LEGISLACIÓN ORGÁNICA SOBRE EXTRANJERÍA
6. LA MATERIA DE INMIGRACIÓN EN LOS MODERNOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA
7. LA PROBLEMÁTICA ASUNCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE AUTORIZACIONES DE TRABAJO
8. LA COOPERACIÓN ENTRA ADMINISTRACIONES Y LA COLABORACIÓN DE LAS CORPORACIONES LOCALES

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

La política de extranjería e inmigración y, en particular, la regulación de los flujos migratorios con fines de trabajo, sigue estando aún, en su mayor parte, en manos del Estado, básicamente porque en ese sujeto estatal sigue residiendo la principal competencia en materia de orden público y porque los mercados de trabajo siguen teniendo todavía una dimensión eminentemente nacional. Que el Estado sigue siendo el principal agente en todo este terreno lo deja bien claro el art. 149.1.2ª de la Constitución española (CE), en el que se le atribuye “competencia exclusiva” en relación con todo lo relativo a “nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”. Por el mismo sendero parece caminar el art. 13 del propio texto constitucional, no ya porque se dedique a la atribución de competencias (que no es su cometido), sino más bien porque al abordar la situación de los extranjeros “en España” cuenta con instrumentos jurídicos (“los tratados y la ley”) y con categorías o resortes institucionales (el “sufragio”, la “extradición”, el “asilo”) que sin duda alguna remiten a la actividad del Estado.

Pero esas afirmaciones iniciales merecen alguna precisión. Por lo pronto, hay que tener en cuenta que la creación de la Comunidad Europea introdujo de manera inevitable, y en parte de manera muy consciente, una nueva variable en estos terrenos. La Comunidad empezó siendo preferentemente un mercado económico pero muy pronto supuso también la emergencia de un mercado común a efectos laborales y profesionales, al principio con una proyección exclusiva hacia el interior (para implantar y facilitar la libre circulación de trabajadores y profesionales) pero posteriormente con una consideración cada vez más intensa hacia el “espacio exterior”, por ser origen de las consabidas corrientes migratorias. El paso del tiempo ha supuesto, asimismo, la apertura de un proceso imparable hacia la construcción de una Europa de los ciudadanos (a

la manera de una “Unión” política), en la que la pertenencia a uno u otro Estado miembro tiene aún muchas consecuencias en el plano jurídico e institucional, pero en la que la noción de extranjería, aplicada a ese espacio interior, va perdiendo paulatinamente muchas de sus tradicionales connotaciones. Lo cierto es que el ordenamiento comunitario ha ido perfilando la idea de “ciudadanía” europea (como deja ver la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión), y que la Comunidad Europea ha ido asumiendo importantes competencias en la delimitación y el control de las fronteras exteriores, con todo lo que ello implica desde el punto de vista de la entrada o estancia de personas procedentes de terceros países, particularmente con fines de trabajo o empleo. Conviene atender, así pues, a las competencias que los Tratados fundacionales confieren a las instituciones comunitarias en materia de inmigración y extranjería.

Por otra parte, de todos es sabido que la dicción del art. 149.1 CE debe interpretarse en su contexto. Es un precepto que, ciertamente, atribuye al Estado competencias “exclusivas”, pero en el que esta aparente exclusividad ha de conjugarse con lo que, a veces con mayor precisión o con un radio de acción más específico, se desprende tanto de sus distintos pasajes o enunciados como de otros preceptos de su entorno, entre los que los arts. 143, 147, 148 y 150 CE ocupan desde luego un papel esencial. El primero de ellos en cuanto da operatividad al “derecho a la autonomía” reconocido y garantizado por la norma constitucional. El segundo, por atribuir a los Estatutos de Autonomía la condición de “norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma” y “parte integrante” del ordenamiento jurídico del Estado. El tercero, en tanto que habilita a las Comunidades Autónomas para la asunción de competencias en materias muy variadas. El cuarto, finalmente, en la medida en que contempla la hipótesis de que mediante una ley del Estado se atribuyan, transfieran o deleguen en las Comunidades Autónomas competencias de titularidad estatal. Por su parte, el interior del art. 149 CE es suficientemente expresivo de las posibilidades que se ofrecen a esas entidades autonómicas para incidir, por vía de desarrollo legislativo o de ejecución, o mediante el oportuno “cruce” de títulos competenciales, en muchas de las materias formalmente reservadas al Estado. No puede dejarse de lado, en consecuencia, la eventual competencia de las Comunidades Autónomas en la materia que ahora nos ocupa.

Por apurar los términos de esta breve introducción, cabría hacer aún una última referencia a las corporaciones locales. La Constitución, como es sabido, se limita en este caso a reconocer y garantizar “la autonomía de los municipios” y a consagrar la provincia como “entidad local con personalidad jurídica propia”, sin perjuicio de otras formas de administración local (art. 140). Es cierto que plasma la exigencia de que las Haciendas locales dispongan de “medios suficientes” para el desempeño de las funciones que les atribuya la ley (art. 142), pero ni especifica éstas ni lleva a cabo reparto alguno en relación con

otros entes territoriales. En verdad, la ausencia de referencias en el texto constitucional a este tipo de cuestiones tampoco tiene mayor trascendencia para la tarea que aquí nos hemos propuesto, puesto que cabe pensar, en buena lógica, que la posición de las corporaciones locales en materia de inmigración o extranjería difícilmente puede llegar a ser determinante o especialmente significativa. Con todo, no debe olvidarse que las corporaciones locales se han convertido en una importante plataforma de prestación de servicios sociales, y que muchos de estos servicios se dirigen precisamente a la población que habiendo llegado a nuestro país con fines de trabajo, atraviesa por situaciones de indigencia o necesidad. Las normas más modernas de régimen local y, por supuesto, las normas autonómicas sobre asistencia social, se hacen cargo ya de esta imprescindible aportación.

2. EL ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA Y LAS CORRESPONDIENTES COMPETENCIAS COMUNITARIAS

Como ya se ha dicho, la Comunidad Europea ha ido tomando conciencia de modo paulatino acerca del espacio exterior a sus fronteras y de su trascendencia, desde el punto de vista de la seguridad y del empleo, para su funcionamiento interno. Tal toma de conciencia se ha venido reflejando desde hace bastante tiempo en una abundante documentación¹, y también ha permitido ya la adopción de decisiones y normas jurídicas, al amparo de las habilitaciones que oportunamente se han ido plasmando en los Tratados fundacionales. Hoy en día cabe decir que las instituciones comunitarias cuentan ya con importantes competencias en la materia, aunque aún siga siendo esencial la política nacional de los Estados miembros. Una vez más tenemos que situarnos, así pues, en el

¹ En relación con el impacto de esa nueva realidad en el ámbito del empleo puede consultarse, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 16 de julio de 2004, que contiene el *Primer informe anual sobre migración e integración*, y el *Libro Verde sobre la gestión de la inmigración económica* de 11 de enero de 2005, que recoge el planteamiento de la Unión Europea de una política común de gestión de esa creciente realidad. Vid J.C. Álvarez Cortés, "Emigración y mercado de trabajo: sobre el Libro Verde de la Unión Europea sobre gestión de la inmigración económica y el papel de la Comunidad Autónoma andaluza", VVAA (coord.M.F. Fernández López), *Política social europea y Comunidades Autónomas*, CARL/Mergablum, Sevilla, 2007, pp.305 ss. Más reciente es el proyecto de *Pacto europeo sobre inmigración y asilo*, difundido con fecha 24 de septiembre de 2008 por el Consejo de la UE y concebido con el fin de armonizar y coordinar la política comunitaria sobre el particular y preparar la pertinente "evolución del marco jurídico".

terreno de las competencias compartidas, en la medida en que a la Comunidad Europea le han sido atribuidas una serie de facultades que han de conjugarse necesariamente con las competencias que de momento se siguen reservando los Estados miembros. Pero probablemente todo sea cuestión de tiempo. Parece claro que las demarcaciones nacionales irán perdiendo peso en esta materia a medida que se vayan reforzando los lazos de integración política en el seno de la Comunidad. Entre tanto, el protagonismo comunitario seguirá cayendo en las típicas medidas de coordinación y, en su caso, de armonización de los sistemas nacionales.

Aunque la entrada de personas desde más allá de sus fronteras exteriores tiene otras muchas connotaciones y consecuencias, que podrían justificar otros tantos títulos competenciales para las instituciones comunitarias, es evidente que la asunción por parte de la Comunidad Europea de competencias en materia de inmigración constituye un efecto inevitable de la consolidación del mercado común de trabajo en el interior del espacio europeo. En la medida en que la libertad de movimientos con fines laborales se ha ido ampliando al conjunto del espacio comunitario, más allá de aquellos límites tradicionales representados por las fronteras nacionales, ha ido surgiendo la necesidad de que sea la propia Comunidad, y no tanto los Estados miembros, la que se encargue de ordenar y controlar los flujos de personas desde las lindes exteriores. La entrada de personas desde el espacio ultracomunitario, por decirlo de otra forma, se convierte desde ese momento en un problema común de la Comunidad, para el que se necesita asimismo una respuesta común². Resulte o no paradójico, lo cierto es que el reconocimiento de la libre circulación de trabajadores y personas en el interior del espacio comunitario obliga a la Comunidad a ocuparse también de las corrientes migratorias que proceden de terceros Estados.

El interés comunitario respecto de ese espacio exterior se refuerza, en todo caso, con el paso de la libre circulación de “trabajadores” a la libre circulación de “personas”, que implica a la postre la transformación de una Comunidad Europea que era esencialmente una comunidad económica y de trabajo en una “Unión” política e institucional, asentada en un “espacio sin fronteras interiores” (art. 14.2 TCE) en el que empieza a construirse una nueva “ciudadanía”, aunque ésta se adquiera por el hecho de ser nacional de un Estado miembro (art.

² Para una reflexión más detallada, A.Valle Gálvez, “La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, RDCE, núm.3 (1998), y S.Torrecuadrada García-Lozano, “Los inmigrantes no comunitarios en la Unión Europea”, *Anuario de Derecho internacional*, Universidad de Navarra, Vol. XVI (2000), pp.263 ss.

17 TCE). Pues bien, es el avance de estos nuevos derechos de “ciudadanía europea” el que ha contribuido de manera principal a la delimitación política de las “fronteras exteriores” de la Comunidad, esto es, a la emergencia de una frontera común para el conjunto del territorio comunitario. Con la puesta en práctica de la ciudadanía europea y la consiguiente supresión de las fronteras interiores respecto de los movimientos de personas, el territorio de la Comunidad pasaba a ser no sólo un espacio de “libertad” para los nacionales de los Estados miembros, sino también el marco de referencia para la política comunitaria de “seguridad”, que en buena medida iba a ser, como es fácil de intuir, una política de control de entradas y estancias de ciudadanos de terceros países. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (aprobada en el año 2000 y proclamada de nuevo en el año 2007) refleja de manera muy gráfica todo ese proceso, no sólo al tomar la “ciudadanía” como uno de los pivotes en la atribución de derechos básicos, sino también al prever la posibilidad de que se conceda un derecho tan típicamente comunitario como la libertad de circulación y de residencia “a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro” (art.45).

Ni las instituciones comunitarias ni los Estados miembros podían abstraerse de esa nueva dimensión de los flujos de personas³. De ahí que progresivamente fueran incrementándose las posibilidades de intervención de la Comunidad en un ámbito en el que la acción aislada de los Estados miembros empezaba a encontrar muchas limitaciones y contrasentidos. Sin perjuicio de algunos otros precedentes⁴, tal interés empezó a cuajar con la firma por parte de un buen número de países comunitarios del Acuerdo de “Schengen” (suscrito, concretamente, con fecha de 14 de junio de 1985⁵), mediante el que se pretendía poner en marcha una política común en materia de “libertad y seguridad” y, en última instancia, crear las condiciones adecuadas para la “supresión gradual de los controles en las fronteras comunes”⁶. De todos modos, fueron las reformas introducidas en los Tratados comunitarios con ocasión de Maastricht y

³ Vid. J. Galiana Moreno, “Inmigración y trabajo de extranjeros: una presentación general”, y J. Cruz Villalón, “La política de inmigración: una competencia compartida”, ambos en VVAA (coord. J. García Murcia), *Inmigración y trabajo de extranjeros*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2005, pp.31 ss. y 49 ss., respectivamente.

⁴ Vid. J.R. Mercader Uguina y A.B. Muñoz Ruíz, “El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea”, *RMTAS*, núm.32 (2001), pp.36 ss.

⁵ Completado por el Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990. La adhesión de España a este Acuerdo multilateral tuvo lugar mediante Convenio de 25 de junio de 1991.

⁶ Vid. M. Pajares, “La política europea de inmigración”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm.1 (2002), pp.147 ss., y C.de Fuentes García-Romero de Tejada, “Unión europea y extranjeros no comunitarios”, *RTSS*, Centro de Estudios Financieros, núm.1 (2003), pp.7 ss.

Ámsterdam⁷ las que formalmente habilitaron a las instituciones comunitarias para adoptar “medidas relativas a la entrada y circulación de personas” (art. 3.1.d TCE), en un doble sentido: para facilitar la entrada, estancia y circulación de los ciudadanos de la Unión por el territorio de cualquier Estado miembro, y para controlar los flujos de personas provenientes de “terceros países”. Más específicamente, la Comunidad Europea asumió desde ese momento competencias para garantizar en caso necesario las libertades de circulación y residencia de los ciudadanos comunitarios en cualquier país miembro (art. 18.2 TCE), para tomar medidas relativas a visados, asilo e inmigración, y, en general, para desarrollar “otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”, encaminadas unas y otras a crear un espacio común “de libertad, de seguridad y de justicia” y a facilitar la cooperación en materia judicial y policial (arts.61 y sig., TCE)⁸. Los posteriores proyectos “constitucionales” elaborados en el seno de la Comunidad han persistido en esa línea de regulación, como en la actualidad puede comprobarse en la “versión consolidada” del

⁷ El llamado “acervo de Schengen” fue integrado en 1997 en el “marco de la Unión Europea” mediante “Protocolo anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea” (completado a su vez por varias Declaraciones), en el que, a la postre, se autorizaba desde las propias instituciones comunitarias a los Estados firmantes de aquel Acuerdo inicial (y los que se sumaran al mismo) para “establecer entre sí una cooperación reforzada en el ámbito de aplicación de dichos acuerdos y disposiciones relacionadas”, aunque siempre dentro del “marco institucional y jurídico de la Unión Europea” y con respeto de “las disposiciones pertinentes” del TUE y TCE. Las medidas de cooperación entre Estados miembros, por otra parte, pueden ser reforzadas mediante Acuerdos específicos en el interior de la Comunidad o ampliadas, también por vía de Acuerdo o Convenio, a nacionales de terceros países. Un ejemplo de lo primero lo ofrece el “compromiso” de Marsella firmado con fecha 28 de julio de 2000 entre Francia, Alemania, Italia y España con vistas a la supresión, en determinadas condiciones, del requisito de tarjeta de residencia en relación con los nacionales de los Estados de la UE o de países asimilados. Como ejemplo de lo segundo puede citarse, más allá del Acuerdo de 1992 sobre el Espacio Económico Europeo, el Acuerdo de 21 de junio de 1999 entre la CE y la Confederación Suiza para la libre circulación de personas.

⁸ La incorporación al TCE del “acervo Schengen” entrañó asimismo el añadido de nuevas habilitaciones al Consejo para la adopción de normas relativas a la entrada y circulación de personas en el ámbito comunitario. El Protocolo de integración habilitó al Consejo, concretamente, para adoptar, por unanimidad de los Estados participantes, las pertinentes medidas de ejecución, cuya base empezaba a encontrarse ya no sólo en el propio Convenio de Schengen, sino también en el Título VI del Tratado UE, relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal entre los Estados miembros (una vez que dicho Acuerdo había sido “incorporado” formalmente al acervo comunitario). En todo caso, el Consejo quedó habilitado también para identificar otras bases jurídicas para ese tipo de medidas dentro de los Tratados de la Comunidad. De hecho, las Decisiones del Consejo 1999/435 y 1999/436, entre otras, precisaron la base jurídica que desde esa perspectiva debía darse a una amplia serie de disposiciones y decisiones adoptadas con anterioridad por los Estados participantes en el Convenio de Schengen.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea aprobada en Lisboa en el año 2007⁹ (arts. 67 y sig.)¹⁰.

Dejando al margen las previsiones relativas a la cooperación judicial y policial en el espacio comunitario, las competencias que se atribuyen a la Comunidad en esos preceptos del Tratado pueden agruparse en tres grandes apartados: control y gestión de las fronteras exteriores, asilo e inmigración. En el primero de ellos la Comunidad queda habilitada fundamentalmente para adoptar medidas que conduzcan a una política común de visados y estancias de corta duración, con la correspondiente unificación de controles respecto de los nacionales de terceros países (art. 62 TCE). En el segundo, la Comunidad se declara competente para adoptar medidas en materia de asilo y medidas relacionadas con “refugiados y personas desplazadas”, con normas mínimas y criterios comunes para todos los Estados miembros (art. 63.1 y 2 TCE). En el tercero, en fin, la Comunidad asume la competencia esencial de desarrollar lo que ya se diseña como política común de inmigración, con la posibilidad de aprobar medidas sobre condiciones de entrada y residencia, sobre derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en algún Estado miembro, y sobre la represión de actividades ilegales relacionadas con los fenómenos migratorios (art. 63.3 TCE).

Al amparo de ese amplio elenco de competencias la Comunidad Europea ha podido aprobar ya un número apreciable de normas relativas al “espacio exterior” y, en particular, a los flujos de personas procedentes de terceros países, que generalmente tienen lugar con fines de trabajo¹¹. Esa copiosa normativa puede agruparse en cinco grandes apartados: a) normas que persiguen sobre todo la represión del tráfico ilegal de personas¹²; b) normas que se ocupan de los requi-

⁹ DOUE C 115/74 de 9 de mayo de 2008.

¹⁰ Sobre el proyecto de Constitución Europea elaborado en los primeros años de este siglo y finalmente fracasado, J. GARCÍA MURCIA, “La política comunitaria de inmigración en la Constitución Europea”, *RMTAS*, núm.57 (2005), pp.217 ss.

¹¹ Vid.un primer balance en M.M. Ruíz Castillo, “Marco legal de la inmigración en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Social*, núm.21 (2003), pp.40 ss.

¹² Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, sobre reconocimiento mutuo de decisiones nacionales sobre expulsión de personas procedentes de terceros países; Directiva 2001/51/CE, de 28 de junio, sobre obligación de los transportistas de devolución a su origen de nacionales de terceros países; Directiva 2002/90/CE de 28 de noviembre, destinada a definir la acción represiva de los Estados en relación con la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares; Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal de represión a la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, y Directiva 2004/81/CE de 29 de abril, sobre obligaciones de los transportistas de comunicar datos relativos a las personas transportadas.

sitos de entrada y estancia y, en particular, de los visados¹³; c) normas que facilitan la entrada, la integración social y, en su caso, el reagrupamiento familiar de los inmigrantes¹⁴; d) normas relativas a las solicitudes de asilo¹⁵, y e) normas sobre entrada y estancia con fines de estudio o similares¹⁶. Con ellas la Comunidad ha tratado, en definitiva, de afrontar los dos grandes retos que plantea la emergencia de las fronteras exteriores y de conjugar en lo posible dos grandes objetivos: el establecimiento de controles y filtros en la entrada de nacionales de terceros países, entre otras razones para evitar actividades delictivas o perturbadoras del orden social y político, y la progresiva integración social de esas personas y, llegado el caso, la extensión a las mismas de los derechos que ya se han consolidado a favor de los ciudadanos comunitarios¹⁷.

3. INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Como ya dijimos, el art. 149.1.2ª de la Constitución española (CE) atribuye al Estado “competencia exclusiva” en relación con todo lo relativo a “nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”. Una declaración tan concisa pero a la vez tan contundente da a entender, ciertamente, que

¹³ Reglamento 1683/95, de 29 de mayo, modificado por Reglamento 334/2002, de 18 de febrero, por el que se establece un modelo uniforme para los visados expedidos por los Estados miembros; y Reglamento 539/2001, de 15 de marzo de 2001, que establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado o exentos de la misma para cruzar las fronteras exteriores, y Reglamento 1030/2002, de 13 de junio, que establece un modelo uniforme de permiso de residencia para el conjunto de los Estados miembros. Para la evolución de esta normativa europea, C. Aprell Lasagabaster, “La política de visados de la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea* (CISS), núm.207 (2002), pp.41 ss.

¹⁴ Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre, sobre reagrupamiento familiar; Directiva 2003/109/CE de 25 de noviembre, sobre estatuto de los residentes de larga duración, y Directiva 2004/82/CE de 29 de abril, sobre expedición de permisos de residencia en circunstancias especiales.

¹⁵ Directiva 2001/55/CE, de 20 de julio, sobre normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, y Directiva 2003/9/CE, de 27 de enero de 2003, sobre normas mínimas de acogida de solicitantes de asilo, nacionales de terceros países o apátridas.

¹⁶ Directiva 2004/114/CE de 13 de diciembre, sobre entrada con fines de estudio, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.

¹⁷ Naturalmente, la acción comunitaria en esta materia, aunque algo ralentizada en los últimos años, sigue su marcha ascendente y progresiva, y prueba de ello es la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión con fecha de 23 de octubre de 2007 acerca de un procedimiento único para la concesión de permisos de residencia y trabajo en el territorio de los Estados miembros y del estatuto de derechos de los correspondientes trabajadores.

las competencias respecto de las distintas cuestiones que tienen que ver con el régimen jurídico de los extranjeros en España corresponden de forma exclusiva al Estado. Sin embargo, la realidad es otra, mucho más compleja y matizada, al menos por lo que se refiere a ciertos pasajes de ese precepto constitucional. No hace falta ahora recordar las competencias que ya ostenta la Comunidad Europea, que desde luego cuentan con el aval de nuestro texto constitucional, que las presupone y respeta (como se desprende de la cláusula general del art. 93 CE). Si bien se mira, no es el espacio europeo el que tiene presencia o genera preocupación en el art. 149. 1.2ª CE, sino el “Estado compuesto” que vio la luz con esa norma fundamental del año 1978. Los problemas interpretativos de ese precepto constitucional se plantean, en efecto, en relación con el papel asignado a las Comunidades Autónomas, que, por lo que ahora interesa, han ido adquiriendo paulatinamente cierto nivel de competencias con repercusión en el colectivo de inmigrantes, lo que de alguna manera desmiente el calificativo de “exclusividad” que formalmente se aplica a la referida competencia del Estado¹⁸.

En verdad, las dificultades interpretativas del art. 149.1.2ª CE comienzan en su mismo enunciado. Los términos que utiliza dicho precepto son en sí mismos bastante expresivos y elocuentes, pero el hecho de que se hayan reunido bajo una misma fórmula puede suscitar algunas dudas acerca de su verdadero alcance o significado. Dejemos a un lado las referencias a la nacionalidad, la emigración o el derecho de asilo, que no parecen excesivamente preocupantes desde la perspectiva que interesa en estos momentos. Quedémonos, pues, con los términos “inmigración” y “extranjería”, respecto de los que inevitablemente se genera algún margen para la confusión y la controversia, más que nada porque no es nada fácil ni delimitar con exactitud sus respectivos contornos ni trazar de una manera certera la correspondiente línea de separación. En la redacción del precepto constitucional de referencia, se trata de materias que se han querido diferenciar sin duda alguna, pero su deslinde puede y suele producir interferencias e incertidumbres. Una primera diferencia puede encontrarse en su respectivo radio de acción. El término “extranjero”, sin más añadidos o connotaciones, puede y debe aplicarse a toda persona que se relaciona con nuestro país sin tener nuestra nacionalidad, con independencia de la actitud o posición jurídica en que se encuentre (turista, estudiante, residente, etc.), del origen de esa relación (diplomático, comercial, profesional, etc.), y de que llegue a entrar o no en nuestro territorio nacional (tan extranjero es el que

¹⁸ J.A. Montilla Martos, “Las funciones y competencias de las CC.AA. en inmigración”, en E. Aja, J.A. Montilla, E. Roig (coords), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Novedades de Derecho Público, tirant lo blanch, 2006, p.23.

hace gestiones con España desde el exterior como el que traspasa nuestras fronteras). Sin embargo, el término “inmigrante” parece circunscribirse a los extranjeros que reúnen una serie de condiciones adicionales: es un extranjero que llega y se incorpora a nuestro país, es un extranjero que no viene más que por razones profesionales o laborales, es un extranjero que tiene ánimo de residir y permanecer en nuestro territorio, y es un extranjero que, a fin de cuentas, no sólo pretende trabajar y residir en España, sino también encontrar aquí una forma mejor de vida o una vía para mejorar sus condiciones y circunstancias personales y familiares¹⁹.

El término inmigrante, así pues, parece añadir unas cuantas facetas al término básico de extranjero. Es indudable que el inmigrante es un extranjero, pero con unas condiciones muy particulares, o en una situación de mayor complejidad que la que suele rodear al extranjero “ordinario”; no todos los extranjeros que podamos identificar desde España podrán tomarse como inmigrantes, naturalmente, aunque el inmigrante siempre tendrá el estatus de extranjero (no cabe, como es fácil de suponer, inmigrante nacional, excepto en la hipótesis de que se hable de “migraciones interiores”, de las que ahora decididamente prescindimos). A las facetas características del inmigrante frente al resto de extranjeros ya hemos hecho referencia, pero seguramente conviene en este momento añadir otros dos datos de innegable relevancia. El primero de ellos se refiere a la dimensión colectiva que ineludiblemente acompaña al fenómeno migratorio; el inmigrante se caracteriza, en efecto, por formar parte de una corriente más o menos densa de entrada de extranjeros con aquellos fines laborales y vitales. El segundo dato tiene que ver con la trascendencia económica y social de los flujos de inmigración, que por ello requieren una respuesta particular desde el ordenamiento y el sistema jurídico nacional. La inmigración, por decirlo de otro modo, no puede ser tratada en exclusiva mediante las típicas normas de extranjería, pues su problemática no se reduce al establecimiento de los oportunos trámites de entrada y residencia, a la fijación del estatuto jurídico del extranjero en el país de referencia o a la determinación de la ley nacional aplicable; requiere, más bien, una previsión acerca de su impacto en el sistema productivo y en la organización social y política.

Esas diferencias puede que expliquen el uso de las dos expresiones por parte del art. 149.1.2ª CE. En el contexto constitucional, en efecto, el término

¹⁹ Vid. E. Aja, “La política inmigratoria del Estado como marco de la actividad de las CC.AA.” en E. Aja, J.A. Montilla y E. Roig, *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Novedades de Derecho Público, tirant lo blanch, 2006, p. 176. Véase también J. Galiana Moreno, “Inmigración y trabajo de extranjeros: una presentación general”, VVAA (coord. J. García Murcia), *Inmigración y trabajo de extranjeros*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2005, p.23.

“extranjería” parece remitir al acomodo, dentro de nuestro sistema jurídico, de quien carece de la nacionalidad española. En principio, tal labor de “acomodación” podrá referirse tanto al que ingrese en nuestro territorio como al que se relacione con sujetos o instituciones españolas desde fuera de nuestras fronteras, pero también es claro que el extranjero que puede requerir mayor atención no puede ser otro que el que se instala en nuestro país, aunque sea de forma temporal. En todo caso, esta manera de entender la extranjería es la que, muy probablemente, está presente en el art. 13.1 CE, en cuanto se ocupa de “las libertades públicas” aplicables a los extranjeros. Como declaró en su día la jurisprudencia constitucional²⁰, se trata de libertades y derechos dotados de la correspondiente protección constitucional pero que al mismo tiempo pueden quedar mediatizados por la correspondiente intervención legal, asumida en la actualidad por la LO 4/2000, de 11 de enero (Capítulo I del Título I). En este elenco de derechos y libertades, eje vertebrador del estatus jurídico de los extranjeros en España²¹, cabe hacer en cualquier caso algunas distinciones, como también precisó la jurisprudencia constitucional. Al extranjero le corresponden, por mandato constitucional y en igualdad de condiciones que a los españoles, los derechos que entroncan con la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE)²², mientras que los restantes derechos (como el de participación pública, señaladamente) les serán aplicables en los términos previstos por la ley²³.

Entendida de ese modo, parece de todo punto lógico que la “extranjería” constituya una materia de exclusiva competencia del Estado, como señala el art.

²⁰ Vid. la sentencia TC 107/1984, de 23 de noviembre. Como señala E. AJA, en la Constitución no se contienen normas sobre inmigración, y sí sobre extranjería, probablemente porque en el año 1978 la densidad de inmigrantes en nuestro país no era significativa (“La política inmigratoria como marco de la actividad de las CC.AA.” en E. AJA, J.A. Montilla, E. Roig, *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Novedades de Derecho Público, tirant lo blanch, 2006, p.156).

²¹ I. Borrajo Iniesta, “El status constitucional de los extranjeros”, en VV.AA. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. II de los derechos y deberes fundamentales*. Civitas, 1991, pp. 697 y ss.

²² Según la ya citada sentencia TC 107/1984, se trata del derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad o a la libertad ideológica, entre otros, que corresponden a los extranjeros por mandato constitucional sin que sea posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles.

²³ Vid. M.E.Casas Baamonde, “Empleo y protección social en Europa: ¿Qué lugar para los extranjeros?”, VVAA (coord. J. García Murcia), *Las relaciones laborales en un mundo en transformación*, Consejería de Trabajo y Promoción del Empleo, Oviedo, 2001; M. Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, “Garantías jurídicas de los derechos de los extranjeros en España”, VVAA (coord.J.García Murcia), *Inmigración y trabajo de extranjeros*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2005, pp.83 ss., y J. García Murcia, “Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjería”, *Tribuna Social*, núm.133 (2002).

149.1.2ª CE. En el fondo de las cosas, no se trata más que de una peculiar relación del Estado, como representante del conjunto de la población nacional, con todo aquel que viene de otro contexto legal e institucional. No tiene sentido que entes distintos del Estado, por decirlo de otra forma, se ocupen de cuestiones tan esenciales para la organización social y política como la intervención del extranjero en el tráfico jurídico español, el ejercicio de derechos reconocidos formalmente a los españoles, la determinación de la ley aplicable a sus actos o negocios jurídicos o, en su caso, su participación en la formación de la voluntad política de los órganos españoles. Si bien se mira, es el reverso de la nacionalidad, y al igual que ésta, su régimen jurídico debe estar reservado al Estado. De ahí que dentro del texto constitucional no pueda encontrarse referencia alguna que permita la entrada en este terreno de los entes autonómicos; la competencia en la materia pertenece en exclusiva al Estado, sin que exista ningún otro título competencial en la Constitución que habilite a las Comunidades Autónomas para incidir en este ámbito²⁴.

4. LA INMIGRACIÓN COMO TÍTULO COMPETENCIAL CON CARACTERÍSTICAS ESPECIALES

Distinta valoración merece, sin embargo, el término “inmigración” también utilizado por el art. 149.1.2ª CE. En este otro término se conjugan, como hemos querido destacar con anterioridad, tres tipos de cuestiones, con sus correspondientes intereses y objetivos: de un lado, la cuestión relativa a la entrada, estancia o establecimiento en nuestro país, típica de todos los extranjeros; de otro lado, la dimensión colectiva que suele alcanzar la entrada de extranjeros con fines de trabajo, que de esa manera toma forma de flujo o corriente de personas más o menos constante; de otro, en fin, la necesidad de atender tanto al inmigrante como a su círculo familiar, con el objetivo de procurar su adecuada inserción o integración social²⁵. Todo ello hace que la competencia en materia de inmigración presente diversas caras, y que la exclusividad que se predica formalmente del Estado requiera muchas precisiones²⁶.

²⁴ J.A. Montilla Martos, “Las funciones y competencias de las CC.AA” en E. AJA, J.A. Montilla y E. Roig, *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Novedades de Derecho Público, tirant lo blanch, 2006, p. 56.

²⁵ STS 15 de octubre de 2008 (RJ 7783)

²⁶ J.A. Montilla Martos y M^a. C. Vidal Fueyo, *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.11

La inmigración, en definitiva, es un fenómeno que alcanza mayor complejidad que la simple extranjería, aunque su radio de acción personal, paradójicamente, suele ser bastante más estrecho (pues no todos los extranjeros deben tomarse como inmigrantes). Tal vez pudiera decirse que si la extranjería es un término eminentemente técnico-jurídico, la inmigración es un término que sobre todo produce impacto en la vida social y hasta en la organización política del país de referencia; es un término, así pues, preferentemente sociológico, aunque por razones obvias también haya de ser contemplado por el Derecho.

Si la idea la traducimos al plano de la respuesta legal, cabría decir asimismo que entra dentro de lo previsible en un Estado moderno la aprobación de leyes sobre el régimen jurídico de los extranjeros (como efectivamente ha venido sucediendo), pero no parece que pueda decirse lo mismo a propósito de una eventual “ley de inmigración”, que no forma parte ni de las necesidades estrictas de regulación ni de las hipótesis más probables de actuación del legislativo. El fenómeno de la inmigración demanda muchas respuestas legales e institucionales, pero bajo una cobertura distinta de lo que supone un mero texto legal; la muy hipotética ley de inmigración tan sólo tendría sentido en un escenario en el que resultara virtualmente necesaria la entrada en masa de inmigrantes, como una especie de “marco de facilidades y ventajas” para quien deseara establecerse profesional o laboralmente en el país de referencia. Nada de eso es obstáculo, naturalmente, para que las leyes sobre extranjería contemplen también el fenómeno de la inmigración, como por lo demás ocurre con frecuencia. Cabría decir incluso que es precisamente la inmigración (la entrada de extranjeros en masa o por sistema, a fin de cuentas) el factor desencadenante en muchos casos de las leyes sobre extranjeros, para ajustar la posición jurídica de los mismos respecto del sistema social y político al que pretenden incorporarse. Pero llevar al título de una ley el término “inmigración” parecería añadir unos fines y unas connotaciones que exceden de esa mera cuestión jurídica; parecería, por decirlo más claro, un reclamo o una apuesta favorable a la entrada efectiva de inmigrantes.

En definitiva, la inmigración presenta muchas aristas y aspectos muy diversos, más allá de lo que supone en sentido estricto el establecimiento de un determinado régimen jurídico para las personas no nacionales. Seguramente por ello, la referencia a la inmigración dentro del art. 149.1.2^a CE puede y debe ser contemplada con una perspectiva más amplia que la del término “extranjería”. A la postre, es una referencia que inevitablemente debe completarse por todas aquellas otras indicaciones del propio texto constitucional que puedan tener alguna incidencia en el terreno de la integración o la protección social de grupos de personas, aun cuando estén formuladas para situaciones más generales. Desde este punto de vista, y teniendo en cuenta que alude sobre todo a la entrada y estancia de grupos de personas con fines de trabajo y de asentamiento

en nuestro sistema social, la referencia constitucional a la inmigración debe conectarse principalmente con las cláusulas competenciales relativas al trabajo y a la protección social. Debe conectarse, concretamente, con dos tipos de reglas: por un lado, con las recogidas en las reglas 20^a y 21^a del art. 148.1 CE, y por otro, con las que se plasman en las reglas 7^a y 17^a del propio art. 149.1 CE. Las primeras, como se sabe, autorizan a las Comunidades Autónomas para asumir competencias en materia de asistencia social y sanidad e higiene, mientras que las segundas dejan abierta la posibilidad de que las Comunidades Autónomas asuman competencias de ejecución en materia de legislación laboral y de seguridad social²⁷; las primeras entran en juego por referirse a una materia que con frecuencia resulta de especial interés para la población inmigrante, mientras que las segundas lo hacen porque la regulación aplicable a los extranjeros/inmigrantes es en buena parte regulación laboral, y en alguna medida regulación de seguridad social.

No cabe duda de que en virtud de las competencias por el art. 148 CE las Comunidades Autónomas pueden llevar a cabo actuaciones con incidencia en el fenómeno de la inmigración, algunas de ellas en el plano legal o normativo, y muchas más con carácter ejecutivo, o dentro del desarrollo de las típicas tareas de naturaleza administrativa. De hecho, la inmigración ha empezado a perfilarse como un importante sector de la actividad administrativa de nuestros días, pues ocupa un lugar de cierta envergadura dentro de las actuaciones que los poderes públicos llevan a cabo dentro del campo de la asistencia social y la sanidad, aunque también en otros campos típicos de la política social (como educación o vivienda)²⁸. Es evidente, a fin de cuentas, que las necesidades de acomodación e integración social que suele presentar la población inmigrante actúan como principal punto de atracción para el despliegue de toda esa actividad autonómica. Por decirlo de otra forma: es la cantidad o densidad de la inmigración, y el hecho de que constituya un fenómeno de entrada en masa de personas con ánimo de buscar sustento económico, lo que abre las puertas en realidad a la intervención de unas Administraciones públicas en las que desde hace algunos lustros han recaído de forma básica las funciones de asistencia a la población. Sin esa dimensión colectiva (sin ese impacto social, en definitiva), probablemente la inmigración habría quedado ceñida al ámbito competencial del Estado, al igual que la extranjería.

²⁷ A. Ceinos Suárez, *El trabajo de los extranjeros en España*, La Ley, 2006, p. 55.

²⁸ E. Roig, P. Santolaya, M. González Penedo, M.A. Madrid, "Comunidades Autónomas e inmigración", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 14, 2002, pp. 199 y ss. J.A. Montilla Martos, "Las funciones y competencias de las CC.AA" en E. Aja, J.A. Montilla, E. Roig, *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Novedades de Derecho Público, tirant lo blanch, 2006, p. 33.

Nótese, en todo caso, que la entrada de las Comunidades Autónomas en el terreno de la inmigración a través de esta vía es fácilmente franqueable pero esencialmente problemática, por varias razones. En primer término, porque no existe ninguna especificación constitucional sobre su alcance o contenido, lo cual suscita las inevitables tensiones políticas y las consabidas discusiones doctrinales. Tratando de abordar el problema desde criterios y pautas generales, se ha dicho por ejemplo que “el reconocimiento constitucional de la competencia exclusiva en materia de inmigración no puede determinar a favor del Estado que esta competencia arrastre para sí cualquier otra competencia que a su vez tengan atribuidas las Comunidades Autónomas en conexión con la misma en relación con los inmigrantes”²⁹. También se ha defendido que la posible colisión en el correspondiente cuadro de competencias ha de resolverse conforme al “principio de especificidad de la competencia”, de manera que en aquellas situaciones en que pudieran entrar en juego varios títulos competenciales habría de aplicarse el más específico o ajustado a la materia (por ejemplo, el de asistencia social en aspectos relativos a la integración social del inmigrante)³⁰.

Son desde luego criterios interpretativos razonables, a expensas siempre de los que vaya fijando el máximo intérprete de la Constitución³¹, pero que no deberían impedir con carácter absoluto la intervención del Estado. El hecho de que en materia de inmigración confluyan competencias autonómicas no significa que en esos aspectos se cierre del todo la acción estatal, por varias razones. Por ejemplo, porque en muchos de estos casos puede entrar en juego la competencia del Estado para determinar las bases normativas correspondientes (sanidad, educación o seguridad social)³². De hecho el legislador orgánico se ha ocupado de regular el ejercicio de los derechos sociales de los inmigrantes (a la educación, al trabajo y a la seguridad social, a la asistencia sanitaria, a la obtención de ayudas en materia de vivienda, a los servicios sociales), distinguiendo

²⁹ Sentencia TSJ País Vasco 30 de septiembre de 2003, RJCA 1093.

³⁰ Vid. S. Ripol Carulla, “Artículo 149.1.2” en M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer España, 2009, p.2279, con cita de las sentencias TC 177/1990, de 15 de noviembre, y 102/1995, de 26 de junio.

³¹ Que de momento, y sin perjuicio de las sentencias citadas, tampoco se ha visto obligado a intervenir en muchos contencioso de este tipo, tal vez porque de hecho no exista mucha conflictividad sobre el tema. Vid. S. Ripol Carulla, “Artículo 149.1.2” en M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer España, 2009, p. 2276.

³² J.A. Montilla Martos, “Las funciones y competencias de las CC.AA. en inmigración”, en E. Aja. J.A. Montilla, E. Roig (coords), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Novedades de Derecho Público, tirant lo blanch, 2006, p.31.

además distintos estatutos en función de la situación administrativa del inmigrante³³. No han faltado opiniones según las cuales las previsiones estatales en estas materias deben entenderse como mínimo necesario para la integración de los extranjeros, no de máximos que prohíban el reconocimiento de otros derechos distintos por la legislación autonómica³⁴, pero esta posición debe ser tomada con muchas cautelas, pues el simple ánimo de mejora no justifica la asunción de competencias que no son propias. No parece, además, que ésta sea la perspectiva de la legislación estatal. La disposición final cuarta de la LOEx advierte que la regulación de esos derechos se ha hecho en el ejercicio de los dispuesto en el art. 149.1.2º CE, por entenderse, así pues, que se trata de un terreno de competencia exclusiva del Estado. Como ya dijimos, el diseño del estatuto jurídico del inmigrante como extranjero es una competencia estatal que no debe confundirse con la dispensación por parte de las Comunidades Autónomas de prestaciones que encajan en su correspondiente ámbito competencial.

Más complicada es, de todos modos, la segunda vertiente del problema. Ocurre que la entrada en escena de los entes autonómicos al amparo de esas competencias en materia asistencial, indirectas e imprecisas como hemos visto, parece haber generado unas expectativas de mucho mayor alcance acerca del papel de las Comunidades Autónomas en relación con la entrada y estancia de extranjeros; parece que se ha dado pie, por decirlo de otro modo, a un sigiloso pero creciente proceso de reivindicación de mayores espacios por parte de las Comunidades Autónomas, más ligados a la ordenación propiamente dicha del mercado de trabajo³⁵. La cuestión que de ello se deriva es, si bien se mira, si el texto constitucional ofrece alguna cobertura para estas otras pretensiones de las Comunidades Autónomas. A falta de una declaración más taxativa dentro de las cláusulas constitucionales de referencia, parece lógico defender que por razones de orden público el Estado siga reteniendo competencias exclusivas en lo que se refiere a la entrada, estancia, residencia y trabajo de los inmigrantes, por tratarse de cuestiones muy típicas del régimen de extranjería y porque ello

³³ J.A. Montilla Martos, "Las funciones y competencias de las CC.AA" en E. Aja, J.A. Montilla, E. Roig, *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Novedades de Derecho Público, tirant lo blanch, 2006, p. 36.

³⁴ E. Roig, P. Santolaya, M. González Penedo y M.A. Madrid: "Comunidades Autónomas e inmigración", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 14, 2002, p. 205.

³⁵ Un esencial planteamiento de los pilares de la competencia estatal y de las posibles vías de apertura y las previsibles tendencias hacia una mayor presencia autonómica en J. Cruz Villalón, "La política de inmigración: una competencia compartida", VVAA (coord. J.García Murcia), *Inmigración y trabajo de extranjeros*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2005, pp. 55 ss.

es estrictamente necesario para el control adecuado de los flujos migratorios³⁶, también debe seguir residenciada en el Estado la competencia relativa a la regulación de infracciones y sanciones en la materia.

Todas ellas son funciones que se pueden entender perfectamente encajadas en el radio de acción del art. 149.1.2 CE y, en concreto, en su directa referencia a la materia de inmigración. En el fondo, la atribución de estas competencias no es más que un reflejo de la facultad soberana del Estado en lo concerniente a los controles de entrada y estancia de extranjeros en su territorio, con las consiguientes potestades de prohibición o en su caso expulsión³⁷. Podría decirse, en este sentido, que al Estado le corresponden aquellas competencias sobre materias relacionadas con la política de inmigración que estén directamente vinculadas con el ejercicio de su soberanía territorial³⁸. Ese mismo criterio, por otra parte, sirve para ratificar que las Comunidades Autónomas puedan asumir aquellos otros aspectos de esa política más apegados a las necesidades de asistencia e integración social de los inmigrantes, que no por casualidad tienen mayor relación con el ámbito competencial que la Constitución les reconoce³⁹ (salud, enseñanza, bienestar social, infancia, formación ocupa-

³⁶ En esto términos, E. Roig, P. Santolaya, M. González Penedo y M.A. Madrid: “Comunidades Autónomas e inmigración”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 14, 2002, p203.

³⁷ S. Ripol Carulla, “Artículo 149.1.2^ª” en M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer España, 2009, p. 2277.

³⁸ S. Ripol Carulla, “Artículo 149.1.2^ª” en M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer España, 2009, p.2278.

³⁹ Vid. sentencias TSJ País Vasco, 30 de septiembre de 2003 (JUR 270282) 30 de septiembre de 2003, RJCA 1093. La doctrina de los tribunales de suplicación se ha pronunciado sobre el particular a propósito de las demandas de nulidad presentadas respecto de Decretos autonómicos que regulaban aspectos conectados con la integración y participación de inmigrantes, dado que la cuestión debatida se entendió que no tenía que ver con la atribución competencial de la materia a uno u otro de los entes contendientes, y por ello no dependía en sí misma de la interpretación de las normas del bloque de constitucionalidad dictadas para delimitar sus ámbitos propios, sino más bien de la valoración y calificación que merecía la actuación discutida. En concreto, se trataba de la atribución a un organismo autonómico (el Foro para la Integración y Participación Social de las ciudadanas y los ciudadanos inmigrantes) del objetivo de contribuir a desarrollar una política activa integral de inmigración basada en la integración social de los ciudadanos inmigrantes. Se consideró que el conflicto no tenía relevancia constitucional, por lo que su conocimiento no estaba atribuido en exclusiva a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, y respecto del fondo de la cuestión debatida se concluyó que el hecho de que las Comunidades Autónomas desarrollen políticas activas de inmigración basadas en la integración social de los inmigrantes tiene encaje cabal en el ámbito competencial que les atribuye la Constitución, especialmente en materia de asistencia social, aunque también en otras como educación, sanidad, vivienda o ejecución de la legislación laboral.

cional, incluso la procura de medios de subsistencia a través de actividades de inserción laboral). La conclusión es que la inmigración ha acabado por perfilarse como una materia transversal, que desborda los límites formales de los diversos títulos competenciales que en ella pueden confluír⁴⁰.

Queda por determinar, no obstante, la trascendencia que para este terreno de la inmigración puede tener el art. 149.1.7ª CE, en cuanto permite a las Comunidades Autónomas asumir la ejecución en materia de legislación laboral. No es, desde luego, un título competencial capaz de abarcar todos los aspectos relativos a la inmigración, pero nadie dudará, seguramente, de que es el que más se acerca al núcleo efectivo de ese ámbito material, que no es otro que el trabajo; el inmigrante es tratado como tal, precisamente, porque accede a nuestro país en busca de trabajo, con todo lo que ello conlleva. Pues bien, a ese respecto cabe hacer ahora dos afirmaciones metodológicas: por un lado, que la competencia de ejecución de la legislación laboral podría valer para abordar la dimensión laboral de la inmigración, pero no para entrar en otros aspectos del régimen jurídico del inmigrante como extranjero; por otro, que el término “ejecución” resulta problemático en cuanto a su alcance y sus posibilidades reales, especialmente en relación con un bloque normativo que, aunque aborde también el trabajo, está constantemente plagado de guiños y referencias a las cuestiones de extranjería. Su virtualidad para atribuir competencias a las Comunidades Autónomas es por tanto bastante limitada. Con todo, ya se han querido conectar con el mismo algunos aspectos de la intervención pública que apuntan de manera muy directa a la situación jurídica del inmigrante en España: la concesión y renovación de autorizaciones de trabajo, y la elaboración y gestión del contingente anual de trabajadores extranjeros. ¿Son cuestiones que puedan encajarse en el ámbito de la ejecución de la legislación laboral, o pertenecen más bien al ámbito puramente legislativo o, en todo caso, a la ejecución de normas no exactamente laborales? Hay que decir por lo pronto que se trata en ambos casos de cuestiones que la legislación estatal ha regulado, y que sólo respecto de la segunda se ha dejado abierta, como veremos, alguna posibilidad de colaboración de las Comunidades Autónomas. Hay que decir además que se trata de un terreno en el que el “principio de especificidad” (mediante el que, según vimos, se hace prevalecer el título competencial específico sobre el genérico) conduciría más bien a la competencia exclusiva del Estado, pues parece más especializado en materia de inmigración el título competencial del art.

⁴⁰ Vid. J.L. Monereo Pérez, “La distribución de competencias en el Estado Social Autómic en materia de políticas de empleo e inmigración”, VVAA (coord. C. Molina Navarrete), *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía*, CARL/Mergablum, Sevilla, 2007, pp.172 ss.

149.1.2 CE que el de atribución de competencias de ejecución en materia de legislación laboral, recogido como se sabe en el art. 149.1.7 CE. Sin embargo no han faltado opiniones que han defendido que la determinación de los flujos migratorios se ve suficientemente satisfecha con el mantenimiento por parte del Estado tanto de las facultades normativas en su integridad como de las facultades de ejecución en lo relativo a la entrada de personas, entendiéndose razonable que se cedan a las Administraciones autonómicas aspectos relativos a la gestión de los permisos de trabajo⁴¹.

Son, de cualquier manera, asuntos de gran envergadura y de especial complejidad, agrandados además por la escasa luz que sobre ellos proyecta el texto constitucional. Hablaremos un poco más de ellos en los epígrafes siguientes. De momento baste con decir que no existe ningún obstáculo insalvable para la descentralización de aquellos actos de aplicación que estén relacionados con alguna de las competencias autonómicas reconocidas en la Constitución, pero con la sana advertencia de que estamos en un terreno muy singular, en el que, como algunos han dicho, “una estricta separación de los ámbitos de actuación del Estado y las Comunidades Autónomas en inmigración puede resultar disfuncional”⁴². Sin ir más lejos, el acceso a los servicios públicos por parte de los extranjeros, que podría ser efectivamente una de las competencias de las Comunidades Autónomas, es algo que depende muy estrechamente de una cuestión (la situación administrativa del extranjero) que corresponde regular al Estado, lo que justifica, cuando menos una actitud de leal colaboración y cooperación entre las Administraciones implicadas, como por lo demás ponen de relieve las normas que se han ido poniendo en vigor⁴³. El problema está en cualquier caso sobre la mesa, desde el momento en que la Constitución no ha previsto suficientes mecanismos jurídicos para articular las relaciones que pueden surgir tanto entre las Comunidades Autónomas y el Estado como entre los distintos entes autonómicos, cuya acción indudablemente debería discurrir por senderos comunes si es que se quiere preservar la unidad de mercado⁴⁴.

⁴¹ En este sentido, E. Aja (coord.) *La nueva regulación de la inmigración en España*, Novedades de Derecho Público, tirant lo blanch, 2000, p. 214.

⁴² J.A. Montilla Martos y M^a. C. Vidal Fueyo, *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.15.

⁴³ J.A. Montilla Martos, “Las funciones y competencias de las CC.AA” en E. AJA, J.A. Montilla y E. Roig, *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Novedades de Derecho Público, tirant lo blanch, 2006, p. 31.

⁴⁴ Sobre las disfunciones que provoca la separación entre las competencias que corresponden al Estado y las que pueden asumir las Comunidades Autónomas, J.A. Montilla Martos, “Las funciones y competencias de las CC.AA. en inmigración”, en E. AJA, J.A. Montilla y E. Roig (coords), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Novedades de Derecho Público, tirant lo blanch, 2006, p.31.

5. LA FIJACIÓN DE COMPETENCIAS A TRAVÉS DE LA LEGISLACIÓN ORGÁNICA DE EXTRANJERÍA

Con la salvedad de los estatutos de autonomía, que tienen precisamente ese particular cometido, no es función de la ley, como se sabe, fijar o distribuir competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Pero al ejercer su competencia de desarrollo del texto constitucional es inevitable que el legislador dé algún sentido a las cláusulas constitucionales de referencia, decantándose por alguna de las opciones posibles. De ahí que la legislación sobre extranjería, que también puede abordar las cuestiones de inmigración, pueda ofrecer y ofrezca de hecho algunas indicaciones en la materia. Tal legislación, indudablemente, es competencia del Estado, y ha de revestir carácter orgánico en cuanto suponga atribución o desarrollo de derechos constitucionales de carácter fundamental⁴⁵; se trata, además, de una legislación especialmente importante desde la perspectiva que ahora nos interesa, desde el momento en que la Constitución, como ya hemos visto, no contiene reglas suficientemente precisas ni sobre el alcance de los términos “extranjería” e “inmigración”, ni sobre los aspectos que puedan quedar extramuros de la competencia exclusiva del Estado. En esa situación, no cabe duda de que las opciones finalmente asumidas por el legislador orgánico, tanto sobre el sentido y alcance de esos términos como sobre las instancias habilitadas para el desarrollo de los oportunos trámites y procedimientos, alcanzan especial relevancia.

Como también es sabido, el texto en el que actualmente se ha plasmado buena parte de esa competencia estatal es el de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificado en su esencia por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx). Según se desprende de su propio título, se trata de un texto legal en el que se han compendiado los dos principales aspectos del tema en cuestión: por una parte, el “régimen jurídico” de los extranjeros en España, con referencia a los actos de entrada y salida del territorio español, a las situaciones de los extranjeros y autorizaciones administrativas, y a las infracciones y sanciones en la materia, y, por otra, el régimen de “integración social” del extranjero en nuestro sistema, que alude de manera más directa a la dimensión colectiva de la entrada de personas con fines de trabajo en que consiste el fenómeno de la inmigración. Desde otro punto de vista, la LOEx crea un estatuto jurídico de

⁴⁵ Como pone de manifiesto E. AJA, “La política migratoria del Estado como marco de la actividad de las Comunidades Autónomas”, en E. Aja. J.A. Montilla y E. Roig (coords), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Novedades de Derecho Público, tirant lo blanch, 2006, p.153.

derechos para los extranjeros en situación regular basado en el principio de igualdad y no discriminación respecto de los nacionales, pero también incorpora, y en ello radica alguna de sus principales novedades, un cierto estatuto de derechos y ventajas sociales para los extranjeros en situación irregular aunque con una posición “relativamente estable en España”⁴⁶. El ámbito material de esa legislación es sumamente amplio, pero tanto el establecimiento como la permanencia de los extranjeros en España, que son los verdaderos presupuestos de su integración social, se enfocan de manera muy directa desde la perspectiva del trabajo⁴⁷. La regla general a estos efectos, tanto para el trabajo por cuenta propia como para el trabajo por cuenta ajena, no es otra que la exigencia de autorización administrativa, en los términos, relativamente complejos, que se disponen tanto en la LOEx como en su reglamento de desarrollo (en la actualidad, el RD 2392/2004, de 30 de diciembre).

Como se acaba de decir, y como ya podía adivinarse en el art. 149.1.2ª CE, la LOEx presenta dos vertientes fundamentales. La primera de ellas se refiere en su sentido más estricto a los temas de extranjería, ocupándose de la entrada y estancia de quienes proceden allende nuestras fronteras y aportando un determinado régimen de derechos y libertades en España de quienes no tienen nuestra nacionalidad, todo ello con particular atención a quienes se incorporan a nuestro país con fines de trabajo. En consonancia con las cláusulas constitucionales de referencia, las normas que en la actualidad se ocupan de esta esencial faceta de la extranjería dejan un espacio muy limitado a las Comunidades Autónomas. Es fácil de apreciar que la normativa de rango legal presupone por lo general la intervención de autoridades adscritas a la Administración central, como por lo demás deja ver de modo explícito el art. 67 LOEx, que no por casualidad lleva por rútilo “coordinación de los órganos de la Administración del Estado” (con referencia específica al Gobierno, las Oficinas provinciales de extranjeros y la Inspección de Trabajo). Más clara en ese sentido es aún la normativa de carácter reglamentario, que residencia las funciones administrativas básicas en materia de autorizaciones relativas a los extranjeros (de informe, resolución y sanción, principalmente) en las autoridades competentes dentro de la Administración del Estado: Delegados del Gobierno, Subdelegados del Gobierno, Director General de Inmigración o al mismo Consejo de Ministros, según los casos (disposición adicional primera RD 2392/2004). Esa misma perspectiva es la que se adopta, naturalmente, a propósito de la implantación y

⁴⁶ Vid. E. Aja (coord.) *La nueva regulación de la inmigración en España*, Novedades de Derecho Público, tirant lo blanch, 2000, p. 50.

⁴⁷ E. Aja (coord.), *La nueva regulación de la inmigración en España*, Novedades de Derecho Público, tirant lo blanch, 2000, p. 109.

el funcionamiento de las “oficinas de extranjeros”, instancias encargadas de la correspondiente gestión a escala provincial (arts.159 y ss. RD 2392/2004).

La entrada en escena de las Comunidades Autónomas dentro de esta primera vertiente de la legislación de extranjería es, en consecuencia, muy ocasional y de reducido calibre. La previsión más directa y de mayor envergadura en ese sentido es la que se contiene en el art. 39 LOEx acerca de la regulación del “contingente” de trabajadores extranjeros, que ha de programarse para cada ejercicio anual teniendo en cuenta la situación nacional de empleo y que ha de contar con la información que a tal efecto proporcionen esos entes autonómicos, sin duda porque en la evaluación de necesidades de cada zona o región puede ser importante la aportación de las Administraciones más directamente implicadas. La legislación dispone, concretamente, que para la determinación del número y características de las ofertas de empleo dirigidas a extranjeros el Gobierno tendrá en cuenta las propuestas que eleven las Comunidades Autónomas (además de las que provengan de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, dicho sea de paso), así como el informe sobre “la situación de empleo e integración social” de los inmigrantes que deberá elaborar a tal efecto el Consejo Superior de Política de Inmigración (CSPI), en el que participan asimismo dichas Comunidades. Hay aquí, así pues, una notable muestra de aquella línea de reparto de funciones que indirectamente parece marcar el texto constitucional⁴⁸, que seguramente se ha hecho más explícita en la actual regulación que en sus precedentes por la sencilla razón de que se han puesto en marcha nuevos instrumentos, más participativos, para la gestión de los flujos migratorios⁴⁹.

La segunda previsión que contiene la legislación de extranjería a propósito de la presencia de las Comunidades Autónomas es mucho más incierta e indirecta, y se contiene en el párrafo 3 del ya citado art. 67 LOEx, dentro de aquellas reglas de “coordinación de los órganos de la Administración del Estado” a las que ya tuvimos ocasión de hacer referencia. El cometido principal de dicho precepto legal no es otro que atribuir al Gobierno el encargo de elaborar “planes, programas y directrices sobre la actuación de la Inspección de Trabajo previa al procedimiento sancionador destinados a comprobar el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación de los trabajadores extranjeros,

⁴⁸ E. Roig, P. Santolaya, M. González Penedo y M.A. Madrid, “Comunidades Autónomas e inmigración”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 14, 2002, p.201.

⁴⁹ Sobre la novedad que supuso la previsión legal de un contingente, E. Roig, P. Santolaya, M. González Penedo y M.A. Madrid, “Comunidades Autónomas e inmigración”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, nº 14, 2002, p. 217.

así como el cumplimiento efectivo de la normativa en materia de autorizaciones de trabajo de extranjeros”. Pero con ocasión de ese encargo el legislador recuerda que todo ello deberá hacerse “sin perjuicio de las facultades de planificación que correspondan a las Comunidades Autónomas con competencias en materia de ejecución de la legislación laboral”. Como podrá pensarse de inmediato, se está haciendo referencia aquí, de una manera un tanto velada y con una proyección muy limitada desde luego, a la consabida y disputada cuestión acerca de las competencias que las Comunidades Autónomas pueden asumir en relación con la Inspección de Trabajo, materia pendiente aún de un diseño definitivo en sus aspectos generales pero con algún reflejo ya en la propia regulación de ese órgano de vigilancia de la Administración laboral (como puede comprobarse en los arts.16 y 17 de la Ley 42/1997, de 4 de noviembre).

La segunda vertiente que aborda la LOEx en relación con la entrada y estancia de extranjeros se refiere ya a su integración social, que, como dijimos en su momento, conecta más bien con la problemática típica de la inmigración. En este caso, sin ser muy explícita desde luego, la legislación estatal abre mayores posibilidades de intervención a las Comunidades Autónomas, precisamente porque lo que preocupa de manera básica en esta otra vertiente es la labor de atención y asistencia social a la población inmigrante, materia ésta con mayor holgura por supuesto para la intervención de Administraciones distintas de la estatal. La mejor prueba de ello se encuentra en el art. 68 LOEx, que se refiere a la “adecuada coordinación de las actuaciones de las Administraciones públicas con competencias sobre la integración de inmigrantes”, y que, para asegurar el cumplimiento de ese objetivo, crea el ya citado CSPI, con participación, “tripartita y equilibrada”, de representantes del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los municipios. Dicho Consejo tiene entre sus principales funciones, precisamente, la de establecer las bases y criterios para una “política global en materia de integración laboral o social de los inmigrantes”, vinculante tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas⁵⁰.

⁵⁰ El RD 344/2001, de 4 de abril, por el que se crea y regula el Consejo Superior de Política de Inmigración, reconoce en su preámbulo que “la integración social de los inmigrantes, no sólo afecta a la Administración General del Estado, sino también a las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales, que tienen atribuidas competencias, si bien en distinta medida, en materias como la sanidad, prestaciones y servicios sociales, vivienda, educación y cultura”. Vid. E. Aja (coord.) *La nueva regulación de la inmigración en España*, Novedades de Derecho Público, tirant lo blanch, 2000, p. 225.

6. LA MATERIA DE INMIGRACIÓN EN LOS MODERNOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

El texto constitucional marca el espacio disponible para la intervención de las Comunidades Autónomas, pero las funciones concretas que les corresponden están condicionadas de manera muy directa por lo dispuesto en el correspondiente Estatuto de Autonomía. El papel de dichas Comunidades habrá de situarse siempre dentro de lo que permiten los preceptos constitucionales de rigor (entre ellos, y destacadamente, los arts. 148.1 y 149.1 CE), pero las competencias que en último término pueden desplegar dependen de las opciones adoptadas en los correspondientes Estatutos⁵¹. Pues bien, a propósito del tema que ahora nos ocupa conviene hacer dos reflexiones preliminares. La primera de ellas es que de nuevo ha de trazarse aquí una cierta línea de demarcación entre extranjería (en su sentido más técnico) e inmigración (en aquel sentido más social que tratamos de atribuirle), puesto que en relación con la primera de esas cuestiones la entrada de las Comunidades Autónomas está fuertemente restringida (al conectar a la postre con el plano de la soberanía y del orden público estatal), mientras que en relación con la segunda las puertas son mucho más fáciles de abrir (por introducirse en el terreno, mucho más abierto y plural, de la asistencia y la política social). La segunda reflexión pertenece ya al plano cronológico, y simplemente quiere poner de relieve que los asuntos relativos a los extranjeros sólo han llegado a cobrar una presencia notable en los estatutos de autonomía con ocasión de las reformas de los últimos años, con las que se han incrementado a no dudar las cláusulas y previsiones sobre el particular. Eso quiere decir, por añadidura, que la regulación estatutaria sobre estos temas pertenece a esos terrenos que han dado en llamarse de “geometría variable”, en los que se advierte una gran variedad de unos Estatutos a otros. Con independencia de que las cuestiones relativas a la inmigración estén en la actualidad mucho más a la orden del día que hace algunos lustros, a ese cambio de tendencia debe haber ayudado también la nueva configuración del marco legal de referencia y el nuevo contexto jurídico (LO 4/2000, de 11 de enero, con las modificaciones que sucesivamente ha ido experimentando, principalmente a través de la LO 8/2000, la LO 11/2003 y la LO 14/2003). Especialmente significativos de esta nueva realidad son los modernos Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía, que, sin ser los únicos que se han situado en este nuevo proceso, han supuesto una transformación importante respecto de los

⁵¹ Vid. J.M. Gil-Robles y Gil-Delgado y Fernando Marín Riaño, “Las transferencias de facultades a las Comunidades Autónomas por vía de ley: su tramitación parlamentaria”, *Revista de Derecho Político*, nº 9, 1981, p. 175.

textos precedentes (que no contenían ninguna referencia particular a la materia de inmigración, como por otro lado sucedía y sigue sucediendo aún en otras muchas normas estatutarias).

Un primer caso especial desde esta perspectiva es por consiguiente el de Cataluña, cuyo Estatuto inicial (aprobado por LO 4/1979, de 18 de diciembre) prácticamente se limitaba a reservar al Estado las pertinentes competencias en materia de control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros, régimen general de extranjería, extradición y expulsión extranjeros, emigración e inmigración⁵², sin perjuicio de que bajo su vigencia fuese aprobada alguna norma autonómica con incidencia en estos terrenos⁵³. Bastante más ambicioso es, desde luego, el nuevo texto estatutario (LO 6/2006, de 19 de julio), que cambia la técnica de enumeración y asignación de materias en razón de la clase de competencia⁵⁴ y que ha optado por una atribución expresa de competencias en materia de inmigración, creando en algunos casos órganos de la Administración autonómica encargados específicamente de su gestión⁵⁵. En concreto, el art.46.2 de este nuevo texto incluye, entre los principios rectores, un encargo a los poderes públicos para que emprendan las acciones necesarias dirigidas al establecimiento de un régimen de acogida de las personas inmigradas y a la promoción de políticas que garanticen el reconocimiento y la efectividad de los derechos y deberes de esas personas, la igualdad de oportuni-

⁵² Era, como cabe imaginar, una cláusula de estilo también presente en otros Estatutos de Autonomía, como el del País Vasco (art. 17 LO 3/1979).

⁵³ Bajo el anterior Estatuto fue aprobado, en efecto, el Decreto 188/2001, de 26 de junio, para dar aplicación, en el ámbito competencial de la Generalidad de Cataluña, a la Ley Orgánica 4/2000 y extender a los extranjeros residentes en dicho territorio algunos derechos jurisdiccionales (asistencia gratuita), políticos (participación en los asuntos municipales) o sociales y asistenciales (educación de menores, formación de adultos; acceso al servicio de empleo y a los programas de formación profesional ocupacional, orientación laboral, acciones de fomento del empleo, etc.). Tampoco se estimó necesaria una previsión estatutaria expresa para dar operatividad a la participación en la planificación de la Inspección de Trabajo, en las condiciones previstas en la LO 4/2000. Vid. C. Ortega Carballo y S. Ripoll Carcella, "El derecho a la asistencia gratuita de los extranjeros: un apunte constitucional", *VVAA, Inmigración y Estado de Derecho*, Bosch, 2008, pp.365 ss., y J.A. Montilla Martos y M^a C. Vidal Fueyo, *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.24.

⁵⁴ Exclusivas, compartidas y de ejecución a las que se añadían las competencias en relación con la aplicación del derecho comunitario que comprenden el desarrollo y la ejecución de la normativa de la Unión Europea cuando afecte al ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma, como señalan J.A. Montilla Martos y M^a C. Vidal Fueyo, *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.17.

⁵⁵ S. Ripol Carulla, "Artículo 149.1.2^ª" en M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer España, 2009, p.2279.

dades, las prestaciones y las ayudas que permitan su plena acomodación social y económica y la participación en asuntos públicos. Dentro de ese marco de directrices, y con mayor precisión, el art. 138 del nuevo Estatuto enuncia las competencias concretas que ahora se atribuyen a la Generalitat catalana, distribuidas en dos grandes grupos, a los que se une una cláusula general en virtud de la cual corresponde a la Generalitat la participación en las decisiones que tome el Estado en materia de inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros (art. 138, que remite también a los mecanismos previstos en el título relativo a las relaciones institucionales de la Generalitat).

El primero de los grupos de competencias a los que se acaba de aludir (en el que también se contiene una significativa referencia a la “integración de las personas regresadas”, impulsando medidas que faciliten su vuelta a Cataluña) se centra más bien en la vertiente social de la “inmigración”, y asigna a la Generalitat competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, con inclusión de actuaciones socio-sanitarias y de orientación, y atribuciones más específicas para el desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias, el establecimiento y regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social, y la creación legal de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas. El segundo grupo de competencias, por su parte, se introduce de manera más decidida en los temas típicos de la extranjería, aun ceñida al terreno del trabajo de los extranjeros. En este sentido, el art. 138.2 del nuevo Estatuto catalán atribuye a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña, competencia que deberá ejercerse en coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros y que incluye, por un lado, la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena, y, por otro, la tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere el pasaje anterior y la aplicación del pertinente régimen de inspección y sanción.

El nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por LO 2/2007, de 19 de marzo (y que ha procedido a la sustitución del marco estatutario inicialmente implantado por LO 6/1981, de 30 de diciembre), también incorpora una primera declaración de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma en esta materia, centrados sobre todo en la integración laboral, económica, social y cultural de los inmigrantes en Andalucía (art.9.17^o), y se proyecta asimismo sobre aquellas dos caras de la entrada de extranjeros en España con fines de trabajo. En efecto, bajo el título general de “inmigración”, el art. 62 del

nuevo Estatuto andaluz atribuye a esa Comunidad Autónoma una competencia general en relación con las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes en el marco de sus competencias, y adicionalmente le asigna una “competencia ejecutiva” en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía (que habrá de coordinarse con la competencia estatal en materia de entrada y residencia, de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado, y que incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción). Esta nueva regulación estatutaria prevé asimismo la participación de la Comunidad Autónoma “en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Andalucía y, en particular, la participación preceptiva previa en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título IX” (art. 62.c).

Algunos otros Estatutos reformados han incluido también referencias expresas a la materia de inmigración, con la consiguiente atribución de competencias a la respectiva Comunidad Autónoma, aunque no tan amplias como en los dos ejemplos citados⁵⁶. Por ejemplo, el Estatuto de Autonomía Balear (reformado por la LO 1/2007, de 28 de febrero), después de declarar en su art. 16 que en todo caso la actuación de las Administraciones Públicas de las Islas Baleares deberá centrarse en los derechos y la atención social de los inmigrantes, atribuye competencia exclusiva a dicha Comunidad Autónoma en materia de “integración social y económica de los inmigrantes (art. 30.50^a), y competencias ejecutivas en materia de “inmigración en los términos previstos en la Constitución y en la legislación del Estado” (art. 32.18^a), sin que se especifiquen en este caso eventuales atribuciones de ejecución en materia de autorizaciones de trabajo, aunque tal vez alguna de las cláusulas anteriores pudiera ser utilizada como base para ello⁵⁷. Otro buen ejemplo de este segundo tipo de normas estatutarias lo ofrece el reformado Estatuto de Autonomía de Aragón (L.O. 5/2007, de 20 de abril), que tras proclamar que los poderes públicos de dicha Comunidad promoverán las políticas necesarias para la integración socio-económica de las personas inmigrantes, la efectividad de sus derechos y deberes, su integración en el mundo educativo y su participación en la vida

⁵⁶ J.A. Montilla Martos y M^a C. Vidal Fueyo, *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.20.

⁵⁷ J.A. Montilla Martos y M^a C. Vidal Fueyo, *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.20.

pública (art.29), prevé asimismo la participación y colaboración con el Estado en la política de inmigración y, en particular, en la determinación en su caso del contingente de trabajadores extranjeros (art.75).

Una mención específica merece, por lo demás, la amplia reforma llevada a cabo sobre el Estatuto de la Comunidad Valenciana (LO 1/2006, de modificación del texto aprobado en su día por la LO 5/1982, de 1 de julio), que curiosamente no ha dedicado una regulación muy detenida a la materia de inmigración, respecto de la que se ha limitado a identificar los derechos y las obligaciones de atención social de los inmigrantes con residencia en la Comunitat Valenciana como uno de los ámbitos en los que ha de centrarse la correspondiente actuación autonómica (art. 13), sin hacer más especificaciones sobre el particular. Sólo en su art. 65 (que modifica el art. 59 de la LO 5/1982), después de prever la celebración de convenios de colaboración para la gestión y prestación de servicios correspondientes a materias de su exclusiva competencia, tanto con el Estado como con otras Comunidades Autónomas, se incluye una declaración expresa acerca de que la Generalitat colaborará con el Gobierno de España en lo referente a las políticas de inmigración, aunque sin concreción de las competencias que en tal terreno podrían ser de su competencia⁵⁸.

7. LA PROBLEMÁTICA ASUNCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE AUTORIZACIONES DE TRABAJO

Ya hemos podido comprobar que, con las diferencias apuntadas y con técnicas diversas, las previsiones de los nuevos Estatutos de Autonomía se proyectan a la postre sobre tres grandes bloques de materias, siempre en el terreno que ahora nos interesa, y a sabiendas también de que se trata de cuestiones muy relacionadas entre sí: por un lado, la tutela e integración social del inmigrante; por otro, la participación en la elaboración anual del contingente de extranjeros, y por otro, en fin, la intervención en los procedimientos de concesión y control de las autorizaciones de trabajo. Según dijimos en apartados anteriores, la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas en todo lo relativo a la primera de esas vertientes no tiene por qué resultar problemática, al menos desde una mera perspectiva jurídica o institu-

⁵⁸ Una formulación que en todo caso, ha sido bien valorada por la doctrina, aun cuando debiera concretarse más su alcance para facilitar una eventual cooperación horizontal entre las diversas Comunidades Autónomas en el tratamiento de la inmigración para evitar disfunciones (M.C. Vidal Fueyo, "Reforma estatutaria y desarrollo autonómico de la política de inmigración", *Actas del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, G. J. Ruiz-Rico Ruiz (coord.), 2006, p. 532).

cional. La “inmigración” es una materia que en principio está atribuida de manera exclusiva al Estado por el art. 149.1.2ª CE, pero ya vimos que sobre ella inciden algunos otros títulos competenciales de los que pueden derivarse las correspondientes facultades para las Administraciones autonómicas. Aunque no es el único, el más importante sin duda a estos efectos es el que se refiere a la asistencia social, que puede permitir el desarrollo a escala regional de medidas y programas muy variados de atención a la población inmigrante con fines de integración social. Siendo así, no parece que las previsiones estatutarias que hemos tenido ocasión de reseñar en los párrafos precedentes estén fuera de lugar, pues todas vienen a confluír en ese objetivo esencialmente asistencial.

Tampoco la segunda de las vertientes debe generar mayores problemas. La participación de las Comunidades Autónomas en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros está prevista, como ya sabemos, en la propia legislación orgánica de referencia (según nos hace ver el art. 39.2 LOEx), que concede a tales Comunidades, de manera razonable, la facultad de elevar “propuestas” en tal sentido. La cuestión que aquí cabría plantear es la relativa al alcance real de la competencia atribuida en este terreno por la correspondiente norma estatutaria, para determinar si desborda o no el marco constitucionalmente aceptable, que, en principio, no puede ser otro que el diseñado por la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Pues bien, desde este punto de vista no parece que las previsiones estatutarias de referencia se hayan excedido del espacio que les corresponde, pues hablan más bien de participación en la determinación previa del contingente nacional, que queda perfectamente reservado al Estado. No se trata, como es natural, de que la Comunidad Autónoma de referencia pueda fijar un contingente propio para su respectivo ámbito territorial, hipótesis que por lo demás supondría una invasión de terrenos ajenos; es claro que la fijación definitiva del contingente debe hacerse con carácter único y general para el conjunto del territorio nacional, y que tal tarea entronca muy directamente con la ordenación de los flujos migratorios a que se refieren, aun sin llegar a especificarlo, las competencias exclusivas reconocidas al Estado en el art. 149.1.2ª CE.

Más problemáticas pueden ser las referencias a la tercera vertiente de la entrada o estancia de extranjeros en España, esto es, a las autorizaciones de trabajo. No deja de llamar la atención, en verdad, que tanto en el texto catalán como en el andaluz se atribuya de forma expresa a la correspondiente Comunidad Autónoma la competencia sobre tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo (acompañada en algún caso de competencias respecto de la tramitación y resolución de los recursos presentados respecto de dichas autorizaciones y la aplicación del pertinente régimen de inspección y sanción), puesto que todo ello, como señalamos en su momento, parece conectar, más aún incluso que el tema del contingente, con el régimen de entradas, estancias y salidas de los extranjeros, materia toda ella que encajaría

más bien en la cláusula constitucional de atribución de competencia exclusiva a favor del Estado (art. 149.1.2^a). Ocurre, además, que, a diferencia de lo que ya dijimos a propósito de la integración social del inmigrante, para este otro tipo de intervenciones no es fácil encontrar títulos competenciales concurrentes que remitan a espacios adyacentes y que abran posibilidades ciertas y operativas para las Comunidades Autónomas. Ha de tenerse en cuenta, en fin, que el ámbito de gestión de las Comunidades Autónomas es por definición limitado o fragmentado desde la perspectiva del mercado de trabajo, con todo lo que ello implica para la adecuada gestión del sistema y hasta para la organización unitaria del mercado de trabajo.

Sin duda, el problema básico que plantea la atribución de esta clase de competencias tiene que ver con su fundamento constitucional. Ya hemos visto que las referencias constitucionales a la extranjería y a la inmigración conducen con naturalidad a la competencia “exclusiva” del Estado. Ya hemos dejado ver asimismo que los títulos competenciales relativos a la política social tienen una perspectiva muy distinta de la que está presente en este terreno de las autorizaciones, que en buena medida actúa como antesala o vía de tránsito de carácter previo y necesario para el disfrute de esos derechos y ventajas sociales. Tan sólo el título competencial relativo a la legislación laboral (art. 149.1.7^a CE), en cuanto permite a las Comunidades Autónomas asumir su ejecución, podría dar algún fundamento a esta entrada en escena de las Administraciones autonómicas, pero no deja de ser un fundamento endeble e incierto, puesto que la gestión de ese tipo de actos, aunque tenga un trasfondo laboral, supone a fin de cuentas aplicación de las leyes de extranjería y no de las leyes de trabajo. La objeción puede expresarse también mediante una pequeña pregunta: ¿están habilitadas las Comunidades Autónomas que se hayan limitado a asumir competencias de ejecución de la legislación laboral, sin referencia alguna a esta materia específica de extranjería, para llevar a cabo aquel tipo de actuaciones? Parece que no, puesto que ni de la cláusula constitucional de referencia se deriva automáticamente la facultad de actuar en este terreno tan particular (es necesaria lógicamente la pertinente previsión estatutaria), ni de una mera y genérica previsión estatutaria relativa a la ejecución de la legislación laboral puede extraerse la conclusión de que también se alude a las autorizaciones de trabajo de los extranjeros⁵⁹.

⁵⁹ De hecho, la materia relativa a “migraciones interiores y exteriores” constituyó una excepción típica al cuadro general de facultades que, al amparo de la competencia de ejecución en el ámbito de la legislación laboral, se fueron traspasando a las Comunidades Autónomas. Puede consultarse a tal efecto, por poner alguna referencia normativa, varios reglamentos publicados con este fin en BOE de 6 de julio de 1995. Vid. J. Cruz Villalón, “La política de inmigración: una competencia compartida”, VVAA (coord. J. García Murcia), *Inmigración y trabajo de extranjeros*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2005, p.56.

La asunción de competencias en relación con las autorizaciones para el trabajo de extranjeros abre, por otra parte, un evidente problema de operatividad. Está por ver, en efecto, cómo se puede o debe articular en la práctica una competencia de esas características con la que se sigue reservando al Estado en materia de autorización de residencia. En efecto, según el nuevo panorama normativo, las autorizaciones de trabajo pueden corresponder a las Comunidades de Andalucía y Cataluña mientras que las autorizaciones de residencia siguen siendo competencia estatal, siendo así que, pese a esas distinciones formales o conceptuales, en la legislación orgánica vigente en la materia no existen ya autorizaciones de trabajo de naturaleza independiente o desligada del resto de actos relativos a la entrada y estancia de extranjeros, sino autorizaciones de residencia y trabajo conjuntas⁶⁰, salvo en casos muy particulares, como el de los extranjeros que deseen acceder a un trabajo estando en posesión de la autorización de residencia (art. 49 RD 2393/2004) o el de las autorizaciones de trabajo que pudieran obtener los solicitantes de asilo (disposición adicional decimoséptima RD 2393/2004). Dicho más concisamente: la autorización de trabajo está ligada en la mayor parte de las ocasiones a una gestión de orden público que inevitablemente debe recaer, y sigue recayendo, en la Administración estatal, con lo que su desglose a efectos únicamente de distribución de competencias puede generar mayores problemas que ventajas.

Un tercer factor que ineludiblemente ha de barajarse a estos efectos es el relativo al radio de acción de las autorizaciones de trabajo eventualmente concedidas por autoridades autonómicas. En principio, como es regla general, la competencia sólo puede proyectarse sobre el terreno propio de la correspondiente Comunidad Autónoma, por lo que cabe pensar en autorizaciones de trabajo de ámbito geográfico limitado. Indirectamente, así pues, parece introducirse en el sistema una nueva categoría de autorización, que aparentemente no sería más que un añadido a las limitaciones que por razón de territorio o sector ya se contemplan en la legislación de extranjería, pero que no obstante podría chocar o suscitar interferencias con otras previsiones de esa regulación general (renovación de la autorización, adquisición de residencia permanente, etc.). De alguna forma da la impresión de que con la intervención autonómica el sistema se fragmenta o diversifica, entre otras razones porque las pautas administrativas de gestión y concesión podrían experimentar alguna variación de unos territorios a otros.

⁶⁰ J.A. Montilla Martos y M^a C. Vidal Fueyo, *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.46.

La viabilidad y aplicación práctica de estas nuevas previsiones estatutarias obligaría, en definitiva, a una articulación normativa e institucional hoy en día aún inexistente, y ni siquiera prevista en el marco de la legislación orgánica sobre extranjería, habida cuenta que las previsiones de colaboración administrativa de la disposición adicional quinta de la LOEx (o en el 51.3 RD 2393/2004) están pensadas para otros escenarios o supuestos. Ahora se trataría de llamar a la colaboración no sólo entre las distintas instancias o entidades de la Administración central (Agencia Estatal de la Administración tributaria, Tesorería General de la Seguridad Social, Dirección General de la Policía, Registro Central de Penados y Rebeldes), sino también entre éstas y las correspondientes Administraciones autonómicas. En definitiva, la puesta en marcha del nuevo modelo de distribución de funciones en materia de inmigración demandaría una coordinación entre las actuaciones estatales y autonómicas bastante más intensa que en el sistema tradicional.

8. LA COOPERACIÓN ENTRE ADMINISTRACIONES Y LA COLABORACIÓN DE LAS CORPORACIONES LOCALES

La cooperación entre las distintas Administraciones públicas es en cualquier caso un ingrediente imprescindible en la configuración y gestión de la política de inmigración, como ya hemos podido apreciar a lo largo de los párrafos anteriores. El acercamiento y la relación entre dichas Administraciones pueden actuar, por otra parte, en planos y con fines diversos. Uno de ellos, tal vez el primero desde una lógica de construcción del sistema, es el de la programación o planificación, que puede ser interesante a la hora de ordenar los flujos migratorios (como deja ver la elaboración del contingente anual) pero que seguramente tiene su mayor campo de juego en el terreno de la integración social de los inmigrantes, en el que ya se han alcanzado acuerdos importantes. Un primer ejemplo de ello lo brinda el “Programa global de regulación y coordinación de la extranjería y la inmigración en España para el período específico 2001-2004” (Plan GRECO)⁶¹, que quiso actuar como marco de concertación entre las distintas Administraciones públicas (incluidas las Corporaciones Locales y con apertura a las organizaciones no gubernamentales) para el

⁶¹ El programa fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros del 30 de marzo de 2001 y publicado en el BOE de 27 de abril, por Resolución de 17 de abril. Sobre su efectividad, de todas formas, se han mostrado dudas a veces: M. C. Vidal Fueyo, “Reforma estatutaria y desarrollo autonómico de la política de inmigración”, *Actas del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* (coord. de G. J. Ruiz-Rico Ruiz), 2006, p. 503-532.

despliegue de la correspondiente labor asistencial, que fue el punto de partida para la puesta en marcha tanto del Consejo Superior de Política de Inmigración como del Foro para la Integración Social de los inmigrantes, y que ha convivido con planes de inmigración de ámbito autonómico con incidencia especialmente en los sectores de educación, vivienda, salud, sanidad y empleo⁶². Un segundo ejemplo lo ofrece el “Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010”, aprobado por Consejo de Ministros con fecha de 16 de febrero de 2007 como elemento impulsor del proceso de integración social de los inmigrantes, con participación de las Administraciones autonómicas, los Ayuntamientos, los agentes sociales, las asociaciones de inmigrantes y las organizaciones no gubernamentales, y con el objetivo central de dar contenido a las competencias autonómicas de asistencia sanitaria y atención educativa a los inmigrantes⁶³.

Una constante de estos planes ha sido, por otro lado, la llamada a la celebración de convenios de colaboración entre las Administraciones implicadas en esa tarea de integración social de los inmigrantes. Esta clase de acuerdos se ha convertido ciertamente en un elemento habitual e imprescindible en la política social dirigida a la población inmigrante, y actúa a fin de cuentas como cauce de distribución de los fondos y recursos económicos que a tal fin se habilitan en el conjunto del Estado, a los que se suman en cada caso las ayudas finan-

⁶² Vid. I. Briones Martínez, *Análisis General de la Normativa Estatal y Autonómica sobre Inmigración en España*, Grupo Difusión, 2006, p.158.

⁶³ Con una gran ambición, propone este Plan garantizar el pleno ejercicio de los derechos civiles, sociales, económicos, culturales y políticos por parte de los inmigrantes; adecuar las políticas públicas, especialmente la educación, el empleo, los servicios sociales, la salud y la vivienda, a las nuevas necesidades que origina la presencia de inmigrantes; garantizar el acceso de los inmigrantes a los servicios públicos, especialmente en relación con la educación, el empleo, los servicios sociales, la salud y la vivienda, en igualdad de condiciones con la población autóctona; establecer un sistema de acogida a los nuevos inmigrantes y a los que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad, hasta que se hallen en condiciones de acceder a los servicios públicos generales; fomentar entre los inmigrantes el conocimiento y el respeto de los valores comunes de la Unión Europea, de los derechos y las obligaciones de los residentes en España, de las lenguas oficiales en los diversos territorios del Estado y de las normas sociales de convivencia de la sociedad española; luchar contra las diversas manifestaciones de la discriminación, el racismo y la xenofobia en todos los campos de la vida social, tanto en el ámbito público como en el privado; introducir la perspectiva de género tanto en lo relativo a la elaboración de políticas de integración, como a su aplicación; fomentar políticas y experiencias de codesarrollo con los países de origen de la inmigración; favorecer la comprensión por parte de la sociedad española del fenómeno migratorio, mejorar la convivencia intercultural, valorando la diversidad y fomentando valores de tolerancia, y apoyar el mantenimiento y conocimiento de las culturas de origen de los inmigrantes, e impulsar la adopción de políticas públicas y medidas por parte de las distintas Administraciones Públicas y de la sociedad civil que fomenten la integración de los inmigrantes y la cooperación en este campo.

ciadas directamente por la correspondiente Comunidad Autónoma. En el trasfondo de estos instrumentos se encuentra un intento de conjugar la tarea de planificación general de la asistencia al inmigrante, que de alguna manera se entiende que debe ser dirigida, sostenida y orientada por el Estado (cuando menos, desde el punto de vista presupuestario y financiero), y la labor más específica de gestión a cargo de las Administraciones autonómicas. Los convenios, desde otra perspectiva, pueden acometer una política de “actuación integral” en favor del inmigrante o, por el contrario, una acción administrativa y asistencial más limitada desde el punto de vista material o más selectiva (acogida de extranjeros en situaciones especiales, refuerzo educativo, atención a menores, etc.); a veces van ligados también a la política de control, seguimiento y asentamiento de la población inmigrante, particularmente en relación con los menores. Los convenios celebrados hasta el momento entre el Estado y las Comunidades Autónomas son muy numerosos, y muchos de ellos se encuentran ya, dada su larga trayectoria, en situación de prórroga o envueltos en un proceso de constante renovación⁶⁴.

Hay que decir, finalmente, que la actuación administrativa en materia de inmigración no ha sido asumida únicamente por el Estado y las Comunidades Autónomas, puesto que a las entidades locales, como ya hemos visto incidentalmente, también se les ha reservado algún espacio de acción, que probable-

⁶⁴ Puede consultarse, por poner sólo algunos ejemplos variados, la Resolución de 4 de Septiembre de 2008 por la que se publica en el BO de Castilla y León el Protocolo por el que se prorroga el Convenio de colaboración suscrito el 26 de agosto de 2005 entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comunidad Autónoma de Castilla y León, para el desarrollo de actuaciones de acogida e integración de personas inmigrantes, así como de refuerzo educativo; la Resolución de 20 de noviembre de 2008 por la que se publica en el D.O. Generalitat Valenciana el protocolo por el que se prorroga el convenio de colaboración suscrito ente el Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales y la Generalita de Valencia suscrito el 6 de octubre de 2005 para el desarrollo de actuaciones de acogida e integración de personas inmigrantes así como de refuerzo educativo; el DO. Extremadura 11 septiembre 2008 en el que se da publicidad al Protocolo por el que se prorroga para el año 2008 el Convenio de Colaboración suscrito el 21 de julio de 2005 entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Comunidad Autónoma de Extremadura para el desarrollo de actuaciones de acogida e integración de personas inmigrantes así como refuerzo educativo; el BO. Canarias 16 marzo 2007 en el que se hace público el Convenio de Colaboración entre la Administración General del Estado y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias para la participación del GIE (Grupo de Intervención de Emergencias) y del CECOES (Centro Coordinador de Emergencias y Seguridad) en el Centro de Coordinación Regional de Canarias, previsto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de octubre de 2006, que dispone la creación de la autoridad de coordinación de las actuaciones para hacer frente a la inmigración ilegal en Canarias y se establecen normas para su actuación; o el BOE de 24 febrero 2009 que hace público el convenio de colaboración entre el MTIN y la Comunidad Autónoma de Andalucía para un “plan piloto de actuación integral en zonas sensibles con presencia significativa de población inmigrante”.

mente haya ido creciendo, y siga haciéndolo, con el transcurso del tiempo. Un primer punto de partida para fundamentar estas atribuciones puede encontrarse en el art. 137 CE, según el cual, los Municipios, Provincias y Comunidades Autónomas gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Se trata desde luego de una cláusula muy general y de no fácil concreción, toda vez que las posibilidades reales de la autonomía local no están claramente definidas, pero no cabe duda de que puede servir de base para fundamentar el juego de los poderes locales en la ejecución de aspectos relacionados con las políticas de integración social de los inmigrantes. Máxime cuando conforme a la legislación reguladora del régimen local (contenida básicamente, y con carácter general, en la Ley 7/1985 Reguladora de Bases de Régimen Local, modificada por Ley 57/2003) las corporaciones locales tienen expresamente atribuidas competencias en materia de “prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social”⁶⁵. Con todo, el papel que los ayuntamientos y otros entes locales deban o puedan desempeñar en este terreno dependerá de modo muy estrecho de las opciones legales, estatales y sobre todo autonómicas, que se adopten en cada momento, esto es, de las atribuciones concretas que esas otras Administraciones consideren oportuno concederles.

A priori, como casi siempre, cabe pensar que tal intervención podrá desenvolverse en distintos planos relativos a la entrada y estancia de extranjeros con fines de trabajo, aunque parece claro que la faceta más propensa a la acción local es la que se refiere a la integración social de la población inmigrante. Será, de todas formas, una intervención complementaria o adyacente, pues es indiscutible que el principal protagonismo en estas parcelas de la actividad pública corresponde al Estado y, en su caso, a la Administración autonómica. En este sentido, conviene recordar ahora que la legislación orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España se refiere a las corporaciones locales a propósito de dos importantes aspectos de la entrada y estancia de inmigrantes en nuestro país⁶⁶. Por un lado, el art. 68 LOEx (y, en su desarrollo, el RD 344/2001) prevé la representación de los “municipios” en el Consejo Superior de Política de Inmigración, con todo lo que ello supone desde el punto de vista

⁶⁵ M.C Vidal Fueyo, “Reforma estatutario y desarrollo autonómico de la política de inmigración”, *Actas del IV Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, G.J. Ruiz-Rico Ruiz (coord), 2006, p. 503-532.

⁶⁶ De la especial atención a la labor municipal en el terreno de la inmigración queda constancia en el preámbulo del RD 2393/2004, en el que se hace referencia al aumento de la participación los ayuntamientos (junto a las Comunidades Autónomas y los agentes sociales) en las tareas relacionadas con la atención a los inmigrantes, lo que les ha permitido obtener una participación acorde con esas tareas dentro de los diferentes procesos referidos al ámbito de la inmigración.

de la planificación de los flujos migratorios y la política de integración social de los inmigrantes. Por otro, el art. 6.3 de la propia LOEx impone a los Ayuntamientos la obligación de incorporar al padrón municipal y mantener actualizada la información relativa a los extranjeros que residan en el correspondiente territorio, y en estrecha conexión con esa importante regla instrumental, el art. 45.2.b) RD 2393/2004 contempla la intervención del Ayuntamiento correspondiente a su domicilio habitual a la hora de acreditar la inserción laboral del extranjero, que a su vez actúa como uno de los requisitos para la obtención de una autorización de residencia por razones de arraigo; incluso se prevé la posibilidad de que el Ayuntamiento correspondiente recomiende que se exima al extranjero de la necesidad de contar para ello con un contrato de trabajo, siempre y cuando acredite que cuenta con medios de vida suficientes (art. 46.2.b)⁶⁷.

⁶⁷ Sobre la trascendencia que esta precisa intervención municipal puede tener para el asentamiento de la población inmigrante, J. CRUZ VILLALÓN, “La política de inmigración: una competencia compartida”, VVAA (coord. J. GARCÍA MURCIA), *Inmigración y trabajo de extranjeros*, Consejería de Industria y Empleo del Principado de Asturias, Oviedo, 2005, pp. 64 ss.

EMPRESAS DE INSERCIÓN: CUESTIONES COMPETENCIALES ESTADO/COMUNIDADES AUTÓNOMAS

EVA GARRIDO PÉREZ

Profesora Titular de Derechoo del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Pompeu Fabra

EXTRACTO

Palabras Clave: Empresas de Inserción, Reparto de Competecias

En los últimos años, algunas CCAA han venido promulgando diversas disposiciones que inciden en aspectos estructurales, materiales e incluso laborales de las denominadas empresas de inserción, cubriendo así un espacio de ordenación aparentemente asistencial, aun con indudables conexiones en materia de empleo y de régimen laboral. La posterior aparición de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, identifica al Estado como dueño de un terreno que hasta entonces ocupaban en exclusividad las CCAA, y con ello suscitando diversos problemas interpretativos y aplicativos relacionados, no sólo con la adecuación constitucional de la opción legislativa y de lo abonado en dicho terreno por disposiciones autonómicas preexistentes, sino también con el ámbito competencial reservado a las futuras ordenaciones de las CCAA en la materia.

ABSTRACT

Key Words: Integration Undertakings, Distribution of Competences

In the last few years, some Autonomous Communities (AC) have issued several provisions that have had an impact on structural, material and labour aspects of so-called integration undertakings, thus covering a legal space related to assistance, with obvious connections to employment and labour regulation. The subsequent appearance of Law 44/2007, of 13 December, which identifies the State as the owner of this sphere occupied exclusively by AC until now, has given rise to several problems in interpretation and implementation to this regard, not only with regard to its constitutional suitability and to former regional provisions, but also with regard to the future competence space for AC regulations on this subject.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA COMPLEJIDAD COMPETENCIAL DERIVADA DE LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN
 - 2.1. La opción legal: un enfoque eminentemente laboral con una finalidad uniformadora
 - 2.2. La normativa autonómica preexistente: fundamento y eficacia desde el plano competencial
3. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN
 - 3.1. La relación laboral en el seno de las empresas de inserción como núcleo indisponible de competencia estatal
 - 3.1.1. La caracterización jurídica de la relación laboral en el seno de las empresas de inserción y el margen de actuación dispuesto para la ordenación autonómica
 - 3.1.2. La delimitación de los sujetos de la relación laboral
 - 3.2. El proceso de inserción: obligación legal de necesario desarrollo autonómico

1. INTRODUCCION

Durante años, diversas disposiciones autonómicas han venido ordenando y regulando un fenómeno nacido a raíz de ciertas iniciativas privadas o semipúblicas de claros tintes asistenciales por cuanto su fin no era otro que prestar servicios de apoyo, integración y orientación laboral a determinadas personas situadas en los márgenes de la pobreza y de la exclusión social¹. De unos iniciales centros de acogida y atención de raíz asociativa o fundacional, se pasa a configurar unas estructuras conformadas sobre base empresarial en las que se ofrece un trabajo productivo a ciertos colectivos que están en un entorno de exclusión, con el fin de fomentar su utilidad y con ello su integración social.

Sin embargo, la aparición de las empresas de inserción no responde a un fenómeno espontáneo o de mera adaptación de las estructuras prestacionales y menos aun la actuación pública de apoyo a las mismas. Determinadas iniciativas políticas y sociales que se han venido desarrollando en los últimos años, instando la ordenación de un marco adecuado para la inserción sociolaboral de las personas en situación o riesgo de exclusión social², culminaron con un cierto reconocimiento de las denominadas “empresas de promoción e inserción laboral de personas en situación de exclusión social” en la Disposición Adicional 9ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

¹ Para un recorrido histórico del origen y nacimiento de las empresas de inserción, así cómo referencia comparativa a otros modelos europeos, vid. López-Aranguren, L.Mª., “Las empresas de inserción en España”, CES, Madrid 2002, págs..165 y ss.

² Un mayor detalle de estas iniciativas y recomendaciones puede verse en Aguilera Izquierdo, R., “El régimen jurídico de las empresas de inserción”. Ed. Cívitas, Madrid 2009, págs. 27 ss,

Un reconocimiento pues de aquellas estructuras empresariales que podrían contratar a dichas personas, pudiendo en consecuencia acceder a las bonificaciones previstas en la propia norma, pero también “desarrollar los programas que se determinen en colaboración con las Administraciones y entidades públicas con competencias en la inserción laboral de las personas en situación de exclusión social”. Aparece así esta norma como la propiciatoria y habilitante de un panorama de actuación competencial que se ha derivado con el tiempo en sumamente complejo y conflictivo.

En efecto, la operatividad de empresas de tal naturaleza comienza a contar, en determinados ámbitos territoriales, con el apoyo de las correspondientes instituciones públicas, ya a nivel autonómico como local, y desde un plano tanto económico, mediante subvenciones a sus actividades promocionales de inserción sociolaboral, como estructural, aportando la colaboración de los servicios sociales en la consecución de sus objetivos. Sobre esta base, e impulsadas por el propio desarrollo operativo de las empresas de inserción, algunas CCAA comienzan a disponer auténticas normas reguladoras que inciden en aspectos estructurales, formales, materiales e incluso laborales del entorno mismo de las empresas de inserción que actuaran en sus respectivos territorios.

De este modo, las CCAA han ido cubriendo un espacio aparentemente asistencial pero con indudables conexiones en materia de empleo y de régimen laboral. Un particular terreno de nadie del que se desconocía toda referencia sobre su titularidad y del que en consecuencia se apropiaron las CCAA con todo un variado recurso a competencias y responsabilidades públicas para justificar su intervención ordenadora. Hasta que la aparición de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, regulando el régimen de las empresas de inserción, identifica al Estado como dueño de terreno y con ello suscitando directamente diversos problemas interpretativos relacionados con la adecuación constitucional y legal de lo abonado en él por las ordenaciones autonómicas.

Pero el frente de análisis no debe situarse únicamente desde la posición de la asumida titularidad estatal, para a partir de ella delimitar el grado de participación que les pudiera corresponder a las CCAA en la fertilidad de ese terreno constituido por las empresas de inserción. Por el contrario, un planteamiento de las cuestiones competenciales que suscita la Ley 44/2007 debe intentar dar respuesta a cuestiones de origen, porqué en este momento aparece dicha opción legal, y especialmente de justificación, esto es, si en efecto la materia regulada, las empresas de inserción, entra dentro del ámbito competencial referido a la legislación laboral o si por el contrario entronca directa o indirectamente con el campo de la asistencia social donde las CCAA pueden intervenir legislativamente. Un análisis de base que en consecuencia permitiría analizar el diseño efectuado por la Ley 44/2007 en la ordenación y operatividad de las empresas de inserción, y la distribución competencial que de la misma

quepa derivar o deducir, lo que sin duda consentiría a su vez no solo enjuiciar ciertas disposiciones autonómicas preexistentes en la materia, sino también definir el alcance de las futuras ordenaciones en CCAA que hasta el momento carecen de un marco regulador referido a las empresas de inserción, como es el caso de Andalucía.

No obstante debe advertirse que lo que a continuación sigue es tan solo un previo planteamiento analítico de las cuestiones competenciales suscitadas por la Ley 44/2007, a la espera de que el verdadero interprete en la materia, el Tribunal Constitucional, exprese su autorizada opinión al respecto cuando resuelva el recurso de inconstitucionalidad contra numerosos artículos de la Ley y que ha sido promovido por el Consell de la Generalitat Valenciana³.

2. LA COMPLEJIDAD COMPETENCIAL DERIVADA DE LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN

2.1. La opción legal: un enfoque eminentemente laboral con una finalidad uniformadora

En su Exposición de Motivos, la Ley 44/2007 pretende resumir y justificar su propio nacimiento, aludiendo básicamente a la exclusión social que afecta de forma particular a determinados colectivos, y a los objetivos de inserción y lucha contra la marginación y la pobreza imperante en la estrategia global de la UE, como premisas legitimadoras para una intervención que implica a las distintas Administraciones públicas dentro de sus respectivas competencias. Ahora bien, del mismo modo que la exclusión social no es un concepto unívoco, presentando variada morfología y factores originarios, tampoco las vías de afrontar la exclusión social tienen o ha de tener una única dirección o naturaleza.

En efecto, la exclusión social no trae su origen en una sola causa, sino que atiende o se explica por una multitud de factores: fracaso escolar, precariedad laboral, segregación étnica, pobreza, dependencia de prestaciones sociales, barreras lingüísticas, enfermedades, discapacidades, adicciones, familias frag-

³ Recurso de inconstitucionalidad nº 2136/2008 (BOE de 25.4.2008). De dicho recurso únicamente se salvan los capítulos referidos a las relaciones laborales de los trabajadores en situación de exclusión social en las empresas de inserción (Capítulo IV), a las medidas de promoción (Capítulo V) y a las infracciones y sanciones (Capítulo VI), así como algunas Disposiciones Adicionales que o bien no refieren a cuestiones competenciales o bien precisamente atribuyen determinadas funciones a las CCAA.

mentadas o monoparentales, infravivienda, etc. De ahí que los propios colectivos que caen bajo la genérica denominación de marginados o excluidos sociales no conforman un grupo homogéneo, y de ahí que también en pura lógica requieran distintas medidas de atención, integración y acción. Como consecuencia, tampoco puede exigirse una misma línea orientadora en las políticas públicas tendentes a superar la exclusión social. De hecho, son variados los frentes que pueden identificarse desde los cuales abordar esta dinámica (refuerzo de las redes sociales, participación política y ciudadana, etc.), pero es claro que uno de los ejes fundamentales de cualquier política de inclusión social pasa indiscutiblemente por intentar eliminar la desigualdad subyacente al propio concepto de exclusión social, favoreciendo mecanismos de participación en entornos donde precisamente tales desigualdades se hacen más patentes. Y de ellos, el entorno del mercado de trabajo aparece como de los más claramente identificados. Un principio inspirador que orienta precisamente la acción de las instituciones comunitarias, al plantear la necesidad de una interacción entre el método abierto de coordinación en materia de protección social con los programas nacionales de reforma desarrollados en el marco de la Estrategia de Lisboa, esto es, exigiéndose que los objetivos económicos, de empleo y cohesión social se refuercen mutuamente. Y la Ley 44/2007 no es más que una respuesta a tales exigencias.

En efecto, por un lado, en el Plan Nacional de Acción Social presentado por España para los años 2006-2008, ya se planteaba como uno de sus objetivos estratégicos el “fomentar el acceso al empleo, promover la participación en el mercado laboral y luchar contra la pobreza y la exclusión social”. Y más concretamente, en sede de inclusión social, el objetivo estratégico marcado era adoptar una política inclusiva en materia de empleo, rentas y acceso a derechos, bienes y servicios en beneficio de personas excluidas socialmente. Interesa pues resaltar cómo desde este Plan (y el posterior, en gran medida continuista, 2008-2010) se adopta un planteamiento integral en la lucha contra la exclusión social, que no se nutre únicamente de políticas activas de empleo, sino que responde a un concepto de inclusión activa en la que aquellas actúan combinadamente con políticas de garantía de rentas y con unos servicios sociales adecuados.

De hecho, a ese primer objetivo estratégico planteado bajo el Plan 2006-2008 respondía la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo, en la que, siguiendo la estela de la Ley 12/2001, se incluye un programa de fomento del empleo para colectivos específicos, y entre los que aparecen “las personas en situación de exclusión social”. Se inserta pues en el ámbito de la política de empleo una nueva medida de activación dirigida a estos colectivos, persiguiendo su integración a través del fomento de su inserción laboral vía incentivos económicos a su contratación.

Insertada pues esta primera medida de intervención estatal en materia de exclusión social dentro del entorno de la política de empleo, no había margen para planteamientos conflictivos de orden competencial. En este sentido, la política de empleo no es una competencia exclusiva del Estado que cierre cualquier campo interventor a las CCAA, y no lo es desde el texto constitucional, donde no aparece tal materia reflejada entre las disposiciones relativas a distribución de competencias, ni tampoco lo es desde el plano de la legislación ordinaria. Antes bien, y por el contrario, el propio art.1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, se refiere a la política de empleo como un ámbito de actuación compartida entre Estado y las CCAA, salvando no obstante los aspectos de política de empleo que entroncan directamente con las relaciones laborales prestadas por cuenta ajena y que pertenecen a la competencia exclusiva del Estado, pues como ha sido declarado por la jurisprudencia constitucional, “las acciones de estímulo a la contratación laboral en sus distintas modalidades se insertan sin dificultad en el título competencial del art.149.1.7 CE”⁴.

En todo caso, la actuación frente a la exclusión social vía incentivos a la contratación expresada en la Ley 43/2006, no arrastraba ningún planteamiento conflictivo competencial entre Estado y CCAA por cuanto, por un lado, éstas últimas podrían ejecutar en sus respectivos ámbitos territoriales lo dispuesto en dicha Ley en fomento de la contratación de sujetos excluidos socialmente, y por otro lado en tanto que quedarían preservadas sus competencias de actuación frente a la exclusión social a través de medidas asistenciales (garantías de rentas mínimas) y sociales (prestaciones de los servicios sociales propios)

Sin embargo la intervención estatal no se quedó ahí, por cuanto había que cumplir un paso más que ya se había anunciado con anterioridad: precisamente el previsto en el Programa Nacional de Reformas de España para 2005-2008, cuyo Eje 6 referido a “mercado de trabajo y diálogo social” incluía una serie de medidas para favorecer la integración laboral de personas o colectivos en situación o riesgo de exclusión social, y entre las que se mencionaba expresamente la “promoción de la regulación legal de las empresas de inserción”. De ahí el hecho de que la propia Ley 43/2006 anunciara, en su Disposición Final 5ª, una futura norma con rango de ley para regular el régimen de las empresas de inserción, a adoptar en el plazo de seis meses desde su aprobación.

Se promulga así, aun con notorio retraso, la Ley 44/2007 estableciendo un marco que “promueve la inserción de personas en situación de exclusión social a través de este tipo de empresas”, y dicho marco expresa una actuación legis-

⁴ STS 195/1996, de 28 de noviembre (RTC 1996/195).

lativa que va mas allá de una mera medida de política de empleo, para entroncar con el título competencial en materia de legislación laboral. Desde el momento en que la norma legal utiliza un concreto entorno empresarial donde dar forma jurídica a una relación laboral entre la empresa de inserción y el trabajador contratado, se sitúa en un terreno que ya escapa a cualquier nota asistencial o de política de empleo desde la que las CCAA puedan intervenir plena o complementariamente. Y es a partir de este momento donde, por un lado, surgen los conflictos competenciales con disposiciones autonómicas preexistentes regulando las empresas de inserción, y por otro, la misma delimitación del ámbito competencial que sobre tal materia corresponda a las CCAA tal como se derive de la propia Ley 44/2007. Cuestiones ambas que sin duda han de partir de la propia interpretación de la “legislación laboral” y si en consecuencia el contenido de tal Ley se inserta dentro de sus contornos.

Sobre el significado y el alcance del adjetivo “laboral” existe una consolidada jurisprudencia constitucional⁵ que, partiendo del principio básico de que los preceptos constitucionales han de interpretarse en congruencia con la forma compuesta del Estado, impide que el concepto “legislación laboral” sea interpretado como indicativo de cualquier referencia al mundo del trabajo, puesto que significaría tanto como otorgarle un carácter potencialmente ilimitado que restringiría la intervención de las CCAA. Conforme a ello, y en palabras de la STC 35/1982, “es forzoso dar a ese adjetivo un sentido concreto y restringido, coincidente por lo demás con el uso habitual, como referido sólo al trabajo por cuenta ajena, entendiéndolo por consiguiente como legislación laboral aquella que regula directamente la relación laboral en los términos recogidos por el ET”.

Desde este planteamiento, no cabe duda de que la Ley 44/2007 procede a ordenar una relación laboral, aun con las peculiaridades que en la misma se mencionan en función de las propias características singulares que presentan sus sujetos⁶. Pero también es cierto que junto a ello incluye un conjunto de disposiciones que directa o indirectamente inciden en el desarrollo de esa relación laboral, entre las que particularmente se cuenta la delimitación de las

⁵ Sentencias TC 18/1982, de 4 de mayo de 1982 (RTC 1982\18); 35/1982, de 14 de junio (RTC 1982\35); 39/1982, de 30 de junio (RTC 1982\39); 48/1982, de 12 de julio (RTC 1982\48); 85/1982, de 23 de diciembre (RTC 1982\85).

⁶ En tal sentido, en el preceptivo dictamen emitido el 20 de junio de 2007 por el Consejo Económico Social en fase de anteproyecto de la ley, ya se indicaba la necesidad de que el fundamento constitucional de la ley no se sustentara únicamente en los arts. 9.2 y 35.2 CE, sino que también se completara con la mención de otros derechos y principios constitucionales que asimismo respaldaban esta iniciativa (art.25.2 y art.40.1), si bien “inequívocamente se subraya el carácter laboral que reviste esta norma”.

actuaciones a efectuar por las distintas administraciones públicas, en la medida en que tales actuaciones son requeridas y exigidas para que las empresas de inserción puedan cumplir con su función y en consecuencia para que tenga plena efectividad el objetivo de inserción que se pretende cumplir a través de la relación laboral. Conforme a ello, y siguiendo igual doctrina constitucional, “la calificación de laboral, en cuanto referida a institutos jurídicos referentes al trabajo por cuenta ajena, no es algo que pueda incluirse en zonas inciertas o dadas al equívoco”.

Así pues, si desde el campo material que cubre el título competencial del art.149.1.7^a, la Ley 44/2007 cumple el condicionante de ofrecer una “legislación laboral”, habría que preguntarse si igualmente satisface la finalidad de tal precepto constitucional, cual es mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la material laboral, esto es, una regulación unitaria de una determinada materia⁷, pues ello determinaría que “ningún espacio de regulación externa les resta a las CCAA, las cuales únicamente pueden disponer de una competencia de mera ejecución de la normativa estatal”⁸.

Y de hecho tal uniformidad en la materia casi venía obligada por la misma realidad práctica que dibujaba un panorama esencialmente diversificado, heterogéneo y diferencial producto de la intervención “autónoma” y *uti singuli* desarrollada por las CCAA en relación a las empresas de inserción. En efecto, y al amparo básicamente de disposiciones reguladoras de programas de ayudas económicas para el fomento del empleo y la promoción de la inclusión social, las CCAA comienzan, con mayor o menor amplitud, a disponer sus propias reglas para dar cabida formal, material y funcional a las empresas de inserción, y entre ellas las referidas a la configuración jurídicolaboral de tales estructuras empresariales. El resultado ha sido una diversidad de condicionamientos normativos referidos, entre otros, a la caracterización de los sujetos (con una mas que variada acogida de quienes se encuentran en situación de exclusión social como condicionante para su contratación laboral); al cumplimiento de determinados requisitos por las empresas de inserción (por ejemplo, en orden al porcentaje de promoción o participación de entidades sin ánimo de lucro en empresas de inserción, o porcentajes de plantilla mínima vinculada por procesos de inserción) a efectos de una obligada calificación e inscripción registral, o para la pérdida de una y otra; al contenido de los diversos derechos y obligaciones que se derivan para los sujetos vinculados contractualmente; a

⁷ SSTC 18/1982, de 4 de mayo; 360/1983, de 3 de diciembre; 249/1988, de 20 de diciembre; 86/1991, de 25 de abril; 227/1998, de 26 de noviembre; y mas recientemente STC 51/2006, de 16 de febrero.

⁸ STC 195/1996, de 28 de noviembre (RTC 1996/195).

particulares características de los contratos de trabajo (especialmente por lo que se refiere a su duración y jornada); a la exigencia de acreditaciones o informes de los servicios sociales, incluso preceptivos y obligados a efectos de proceder a la contratación; y por supuesto a una actuación competencial de diverso signo e intensidad a desarrollar por los servicios públicos competentes en el nacimiento, desarrollo y extinción de la relación laboral y de los mismos procesos de inserción laboral operados en el seno de estas peculiares estructuras empresariales.

Ciertamente, la misma ausencia de un mínimo referente normativo común y general ha provocado la existencia de disposiciones autonómicas que tienen como efecto último un factor diferencial según el territorio sobre una misma materia u objeto de imputación normativa. También es cierto que dicho factor diferencial resulta intrínseco, y en consecuencia admisible, en la actuación autonómica desarrollada en materia de asistencia social, pero no lo es cuando, junto a cuestiones típicamente sociales, se ordenan otras que afectan directa o indirectamente a una definida materia “laboral”, y que tal ordenación produzca en consecuencia tan diversos regímenes.

De ahí que en definitiva sean todas estas disparidades normativas autonómicas las que, atentando contra un ineludible principio de igualdad y de uniformidad territorial en aspectos tan básicos como el régimen jurídico de las relaciones laborales, terminen en consecuencia por legitimar y justificar el recurso al título competencial habilitado por el art.49.1.7ª CE, y por dar cumplida respuesta a su principio básico inspirador.

No obstante, el hecho de que la Ley 44/2007 traiga su justificación material y finalista de tal precepto constitucional no significa invariablemente el reconducir la posible actuación interventora de las CCAA a un plano de mera ejecución de los servicios necesarios para dar cumplimiento a lo previsto en tal legislación laboral. Antes al contrario, es precisamente la acción combinada de dos factores, por un lado la propia singularidad jurídica de la materia, las empresas de inserción, donde las conexiones asistenciales son más que evidentes, y por otro lado el antecedente ordenador representado por las normas autonómicas preexistentes, las que van a otorgar a esta Ley de una particular morfología en la distribución competencial que de la misma se deriva de forma expresa e incluso implícitamente.

2.2. La normativa autonómica preexistente: fundamento y eficacia desde el plano competencial

Las distintas normas autonómicas que con anterioridad a la Ley 44/2007 han venido regulando u ordenando el funcionamiento de las empresas de inser-

ción en sus respectivos territorios, han sido por lo general sumamente cautas en cuanto al fundamento constitucional de su intervención normativa. De hecho incluso podría hablarse de cierto recurso a malabarismos jurídicos y competenciales para intentar justificar actuaciones claramente normativas en un ámbito laboral.

Por lo pronto resulta significativo que las ordenaciones autonómicas preexistentes huyan de cualquier referencia expresa al art.148.1.20º CE como título legitimador. Aunque las medidas contempladas en aquéllas estuvieran dirigidas hacia un grupo de población habitualmente beneficiario de medidas asistenciales de apoyo e integración social, resultaba mas que difícil negar que la regulación de las empresas de inserción que se ofrecía iba mas allá de la asistencia social, para entrar en un ámbito marcado por la orientación finalista de estímulo y promoción de su contratación laboral en un determinado entorno empresarial.

Quedando cerrada pues la vía de una competencia exclusiva en materia de asistencia social, como título prevalente y legitimador por razón de la materia, se hacia necesario la búsqueda de otros fundamentos constitucionales para la actuación ordenadora “ex novo” de las empresas de inserción por parte de las CCAA. Y en esa búsqueda se encontró el indudable acomodo que representaba la amplia habilitación que el art.9.2 CE concede a los poderes públicos para facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social del país. De ella, algunas CCAA han hecho derivar su responsabilidad, y en suma legitimidad, para establecer los cauces que faciliten tal participación, y de forma especial para aquellas personas que se encuentran en situación o grave riesgo de exclusión social, máxime cuando dicha responsabilidad aparece plasmada expresamente en sus respectivos Estatutos de Autonomía, atribuyéndose la competencia en el impulso y adopción de acciones dirigidas a mejorar las condiciones de vida y trabajo de sus ciudadanos.

Derivando pues de esta base legitimadora la promoción y ayuda a los grupos sociales necesitados de especial atención, algunas CCAA no han tenido especiales problemas justificativos para situar también en aquélla la adopción y ordenación de una específica medida de empleo a favor de personas en situación o riesgo de exclusión social. En algún caso se alude a las competencias respectivas en materia de formación y empleo, de modo que el apoyo a la creación y mantenimiento de las empresas de inserción en sus respectivos territorios se adopta como una medida mas dentro del conjunto de aquéllas destinadas a favorecer y facilitar la incorporación al mercado laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social⁹. O bien incluso se alude a la competencia

⁹ Ley del Parlamento Vasco para la garantía de ingresos y para la inclusión social (BOPV 31.12.2008).

recogida en el Estatuto sobre promoción y desarrollo económico de la correspondiente CCAA (art.148.1.13 CE), para incluir en ella el fomento y la promoción del empleo que se exterioriza en las empresas de inserción, unido incluso a las competencias asumidas en materia de gasto público, de modo que la regulación de las empresas de inserción servía como contexto en el que éstas se promocionaban a través de subvenciones o aportaciones económicas para la creación, funcionamiento de la propia empresa o de los puestos de inserción creados. Sin embargo, y en interpretación jurisprudencial, no es admisible hacer derivar de ello una competencia propia de la CCAA, por cuanto “la subvención no es un concepto que delimite competencias, atrayendo toda regulación que, desde uno u otro aspecto, tenga conexión con aquella”. Por el contrario, “es la materia, como concepto jurídico relevante para definiciones competenciales, la que se erige en una de las líneas principales del sistema competencial”¹⁰.

Junto a estos diversos intentos legitimadores de base competencial que expresan por lo general las disposiciones autonómicas que se han venido dictando en materia de empresas de inserción, cabe destacar la opción seguida por la normativa catalana que eludiendo toda referencia a tal cuestión, sustentaba su legitimación interventora en la simple ausencia, a esa fecha, de un marco legal sobre empresas de inserción que precisamente cumpliera el objetivo planteado por la norma autonómica: la de posibilitar y consolidar su desarrollo ante la “innegable función social que vienen realizando y su cercanía con el territorio y las necesidades de trabajo en la zona, creando puestos de trabajo”¹¹.

Interesa pues destacar esta simple base legitimadora de cobertura de vacío legal pues de algún modo está presente indirectamente en la intervención normativa que han venido desarrollando las CCAA con anterioridad a la Ley 44/2007. Es decir, donde no había una ordenación estatal que delimitara el ámbito competencial en esta materia, las CCAA han ocupado este espacio convirtiéndolo en algo propio, y en consecuencia emitiendo actos normativos con verdadera transcendencia innovadora en el ordenamiento laboral. Ahora bien, aun reconociendo que de hecho así ha sucedido hasta la promulgación de la Ley 44/2007¹², de ello no cabe derivar el poner en tela de juicio la opción de

¹⁰ STC 39/1982, de 30 de junio (RTC 1982\39); 144/1985, de 35 de octubre (RTC 185\144); 179/1985, de 19 de diciembre (RTC 1985\179); 146/1985, de 28 de octubre (RTC 1985\146); 95/2002, de 25 de abril (RTC 2002\95); 230/2003, de 18 de diciembre (RTC 2003\230).

¹¹ Ley 27/2002, de 20 de diciembre, sobre medidas legislativas para regular las empresas de inserción sociolaboral (DOGC 3.1.2002).

¹² En el mismo sentido de considerar una cierta extralimitación competencial de disposiciones autonómicas, al incorporar preceptos normativos de carácter laboral, Cámara Botía, A., “Las empresas de inserción: aspectos laborales”, REDT n° 135, 2007, págs. 612-613; Aguilera Izquierdo, R., “El régimen jurídico de las empresas de inserción”, op.cit., pág. 31.

la norma estatal de situarse en el título competencial del art.149.1.7ª CE, sino que antes bien lo que se cuestiona o enjuicia es el propio encaje constitucional de esas intervenciones normativas autonómicas.

Al respecto recuérdese la doctrina constitucional que rechaza la tesis de que, en ausencia de legislación estatal, las CCAA puedan legislar respetando simplemente los principios que inmediatamente se derivan de la Constitución, “pues supondría que el legislador de la CCAA hiciera suya la competencia que sólo corresponde al legislador del Estado para establecer las bases a que debe ajustarse la regulación de una determinada materia”¹³. De ahí, que es la aparición a posteriori de la ley estatal, al aplicarse sobre ámbitos autonómicos cubiertos por previas ordenaciones normativas, el origen del necesario planteamiento de un juicio de constitucionalidad sobre las mismas bajo el parámetro del propio art.149.1.7ª CE, y en consecuencia el análisis de si tales normas preexistentes inciden en exceso competencial, por regular materias que no corresponden al ámbito autonómico, o bien salvan su eficacia en la medida en que sirven como regulaciones que ejecutan la ley estatal, o bien son ordenaciones que la complementan o desarrollan en los espacios que ésta misma les atribuye.

No obstante, los problemas de constitucionalidad a los que podrían enfrentarse cada una de las normas autonómicas preexistentes, y cuyo resultado en un sentido u otro habría de variar en función de su contenido y del alcance de su ordenación ante el referente legal, podrían resultar minimizados si las propias CCAA, haciendo uso de la lógica previsión contenida en el párrafo 3º de la Disposición Final 2ª de la Ley 44/2007, proceden a dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de la misma en el marco de sus competencias. Una acogida autonómica del marco legal que tanto se dirige a aquellas CCAA que hasta el momento carecían de una ordenación en la materia, como las que ya contaban con anterioridad con su propio marco regulador y que en algún caso ya se ha procedido a adaptar¹⁴.

¹³ Sentencias TC 40/1981, de 28 de julio (RTC 1981\40) y 57/1982, de 27 de julio (RTC 1982\57).

¹⁴ Así en el País Vasco [Decreto 182/2008, de 11 de noviembre, (BOPV 24.11.2008)] Sorprende no obstante que aun en algunas de las más recientes disposiciones autonómicas referentes a las empresas de inserción (como es el caso particular de Galicia: Orden 30.12.2008-DOG 15.1.2009) se mantengan idénticas menciones a sujetos beneficiarios o a contratos de trabajo subvencionables que se sitúan al margen, y en clara extralimitación, de lo dispuesto en la Ley 44/2007.

3. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS DE INSERCIÓN

Sin entrar en el régimen jurídico concreto que se ordena en la Ley 44/2007¹⁵, lo cierto es que no se limita tan solo a regular la relación laboral que pudiera desarrollarse en el seno de las empresas de inserción, y por cuanto indiscutiblemente incluye un gran número de disposiciones que refieren a cuestiones que se sitúan en una orbita mas o menos próxima o lejana a la estricta “legislación laboral”, la propia norma no puede por menos que involucrar a las CCAA en determinados aspectos concretos pero de suma importancia para la aplicación de la norma estatal, de modo que la misma se convierte en la habilitante para la entrada competencial de las CCAA en el espacio ordenador constituido por las empresas de inserción, estableciendo las reglas para la articulación coordinada y complementaria de la acción estatal y autonómica.

Una distribución que podría apuntarse gira básicamente sobre dos ejes principales: en primer lugar, el núcleo “laboral” del contenido de la norma estatal y que implícitamente delimita el ámbito de las competencias de ejecución de las CCAA; y en segundo lugar, aquel otro contenido instrumental o complementario de la ley que, por expresa disposición de la misma, requiere una intervención por parte de las CCAA que va mas allá de una actuación ejecutiva.

En efecto, ese contenido material que ordena la relación laboral en el seno de las empresas de inserción, y que justifica la Ley 44/2007 al amparo del título habilitante del art.149.1.7ª CE, se inserta a su vez en otro de mayor alcance que carece del carácter de indisponibilidad normativa y reglamentaria para las CCAA propio de aquél. En otras palabras, la relación laboral diseñada y ordenada por la Ley es tan solo un componente, siquiera esencial, del nexo causal y funcional existente entre la empresa de inserción y la persona en situación o riesgo de exclusión social, y que no es otro que el constituido por el denominado itinerario de inserción.

Las disposiciones de la Ley que refieren a tal itinerario no conforman en modo alguno una ordenación completa y exhaustiva en todos sus extremos y respecto de la que en consecuencia solo se permitiera una función ejecutiva de organización de los correspondientes servicios autonómicos. Por el contrario, la propia norma deja aspectos relativos al itinerario de inserción que requieren una necesaria concreción y en definitiva una labor ordenadora de las CCAA que va más allá de la mera ejecución para entrar en el terreno de la normación.

¹⁵ Para ello, recientemente y en extenso, Aguilera Izquierdo, R., “El régimen jurídico de las empresas de inserción”, op.cit.

En cierto modo, la propia Ley 44/2007 está atribuyendo a las CCAA un espacio de desarrollo complementario. No está delegando su propia competencia (por cuanto queda preservado el poder reglamentario de desarrollo) sino que concede una materia asumida como “laboral”, pero de eminente carácter instrumental o complementario a la propia relación laboral, para que sea ordenada por las CCAA. En tal sentido, las normas del Estado pueden establecer las previsiones que juzguen oportunas en orden a la participación en la gestión o ejecución, aun provocando una alteración del normal sistema de distribución competencial en material laboral, siempre que existan razones objetivas y fundadas para ello¹⁶, en este caso por razón de la materia.

De hecho, la particular morfología que presenta la Ley 44/2007, abriendo numerosos espacios al ejercicio de un poder interventor por parte de las CCAA, y que aparentemente no se limita en su totalidad a un mero título ejecutivo, vendría justificada y casi obligada en atención a dos tipos de factores: de un lado, por la propia naturaleza y el esquema funcional de las empresas de inserción, que cumplen una función social que excede a la mera acogida de una relación contractual en colaboración con los servicios sociales públicos competentes; y de otro lado, por el necesario respeto a las competencias asumidas por los Estatutos de Autonomía en materia de promoción del empleo y de atención a colectivos particulares.

Así pues, la Ley 44/2007 expresa una especial configuración de espacios interventores que cabe destacar diferenciando entre las competencias de las CCAA que se desarrollan en el plano de la ejecución de la legislación laboral, y las llamadas competencias de ordenación, no necesaria o exclusivamente ejecutivas, a las CCAA que se derivan de la propia ley estatal.

3.1. La relación laboral en el seno de las empresas de inserción como núcleo indisponible de competencia estatal

Como se expresa la misma Exposición de Motivos, la Ley 44/2007 regula una ordenación laboral, de naturaleza común, pero con peculiaridades en atención a los sujetos de la misma. Siendo así, la propia identificación e individualización de tales sujetos efectuada por la Ley forma parte del núcleo básico de regulación de la relación laboral que delinea el ámbito de exclusiva competencia estatal. Y de ello deriva cuál sea en consecuencia aquel otro ámbito competencial que corresponda a las CCAA que, situándose en el plano de la ejecución, no admite en modo alguno una ordenación que introduzca elementos

¹⁶ Voto particular formulado por los Magistrados Pablo García Manzano y M^a Emilia Casas Baamonde en la STC 95/2002, de 25 de abril (RTC 2002/95).

de innovación en el diseño legal de la relación laboral y de sus sujetos titulares. Dicho de otro modo, la propia opción legislativa expresada en tal diseño va a condicionar la naturaleza de la intervención ordenadora de las CCAA para el futuro, pero también es la que permite enjuiciar la adecuación competencial de las ordenaciones autonómicas preexistentes.

En consecuencia se hace preciso en primer lugar destacar los elementos configuradores de ese diseño que la Ley expresa sobre la relación laboral y sobre sus sujetos titulares, para a partir del él concretar los márgenes de la actuación reservada a las CCAA, y particularmente desde aquella que ya se ha desarrollado con anterioridad a la promulgación de la norma estatal.

3.1.1. *La caracterización jurídica de la relación laboral en el seno de las empresas de inserción y el margen de actuación dispuesto para la ordenación autonómica*

Como se justifica en la propia Ley, la regulación de la relación laboral que expresa ha tenido en cuenta tanto las características de los trabajadores en proceso de inserción como las peculiaridades de la propia empresa. Este planteamiento inicial, la especificidad de los sujetos para configurar la peculiar morfología jurídica de la relación laboral entre ellos, quizás y a simple vista hubiera habilitado para ordenar una relación laboral de carácter especial. Aun más, cierto paralelismo entre las empresas de inserción y los Centros Especiales de Empleo (CEE) permitiría apoyar inicialmente tal consideración. En concreto, la configuración de la relación laboral especial entre trabajadores discapacitados y los CEE tiene como presupuesto base de partida el considerar que hay un colectivo de personas que no pueden ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales porque su capacidad de trabajo es inferior a la de personas sin discapacidad, y en consecuencia no pueden ser empleados en empresas normales, sino en entornos protegidos que, a la vez que le proporcionen un empleo, ofrezca a sus trabajadores unos servicios de ajuste personal y social. Del mismo modo, las empresas de inserción podrían configurarse con similar perspectiva finalista: acoger a trabajadores cuyas peculiares condiciones personales, caracterizadas por ciertas notas de marginación o inadaptación social y en suma de graves dificultades en su empleabilidad, requieren pasar por previos procesos formativos y educativos que en acción combinada con una prestación laboral, les posibilite su mejor inserción en el mercado ordinario de trabajo.

Sin embargo, las mismas razones que en su momento apuntamos para criticar la decisión normativa de extraer del régimen ordinario o común las prestaciones de servicios laborales que tienen como sujetos a personas con discapacidad en un CEE, sirven aquí para apoyar la opción de la Ley 44/2007

de considerar dentro del régimen común la relación laboral entre una empresa de inserción y una persona excluida socialmente. Concretamente, las razones para la especialidad de una relación laboral sólo pueden sustentarse en un estricto plano contractual, en las exigencias que se derivan del mismo, en los criterios con los que salen a la luz los respectivos contenidos prestacionales, afectando más a la morfología que a la sustancia del contrato, y en última instancia por la modalización que sobre ello imprime la caracterización misma de los sujetos implicados¹⁷. Y sin embargo, en el caso de los CEE toda la especialidad del régimen gira alrededor de la especialidad de los sujetos y no al contenido de la prestación. Son sus sujetos los que imprimen las peculiaridades en el desarrollo de una relación laboral que, a pesar de contar con los mismos contenidos generales, se especializa por la atención a otros criterios o principios informadores de las exigencias derivadas del contrato, cuando sin embargo una atenta mirada a dicho régimen especial permite concluir que por lo general las peculiaridades que presenta no son más que supuestas, y en realidad se trata de especificaciones un tanto forzadas por la razón misma de la prestación a desarrollar por tales sujetos.

De igual modo, comprobando las peculiaridades que reseña la Ley 44/2007 en la relación laboral desarrollada en el seno de las empresas de inserción, se observa que son asimismo puntualizaciones derivadas de la propia singularidad de los sujetos, particularmente de los trabajadores; en definitiva, adaptaciones de la normativa laboral común que no justifican de por sí la configuración de un régimen especial. Y desde este planteamiento, ni en la relación laboral especial de discapacitados con CEE ni en la común regulada por la Ley 44/2007 se debilitan los presupuestos sustantivos de la relación contractual: no existen diferencias en las formas externas de prestación de trabajo y tampoco ésta carece de sus notas definitorias.

Junto a ello también cabría aducir un argumento adicional para en todo caso eludir la opción de un régimen especial a similitud de la efectuada para los CEE, y que parte precisamente de las diferencias configuradoras entre aquellos y las empresas de inserción, como sujetos unos y otros de una relación laboral con “especiales” colectivos. En efecto, en los CEE, es el nexo contractual, la prestación laboral desarrollada por las personas con discapacidad, el núcleo esencialmente funcional de los CEE, de modo que esas otras medidas o servicios de apoyo, son realmente de carácter complementario, al menos desde la

¹⁷ Así quedó expresado en mi trabajo “El trabajo de minusválidos en Centros Especiales de Empleo”. Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 27, y posteriormente en “El trabajo de discapacitados en Centros Especiales de Empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial”, en AA.VV. “Trabajo y protección social del discapacitado”. Ed. Bomarzo, 2003, págs. 27 ss.

perspectiva de que aquéllas no requieren la intervención de servicios sociales o de empleo competentes para concretar su contenido o supervisar su aplicación efectiva. O en otros términos, la particular medida de inserción que es en definitiva los CEE lo es única y exclusivamente con una finalidad laboral, de inserción en el mercado de trabajo, inicialmente en el protegido y tendencialmente en el mercado ordinario. Por el contrario, en el diseño de las empresas de inserción, el eje de su configuración gravita alrededor de un proyecto o itinerario de inserción individualizado para cada sujeto, y dentro del cual, como un componente más, aunque relevante y absolutamente esencial, se encuentra la prestación de un trabajo.

Más aun, podrían apuntarse dos datos extraídos de la propia ley que permiten apoyar la consideración anterior sobre la centralidad del proceso o itinerario de inserción en la funcionalidad de las empresas, más allá del mero dato contractual. Por un lado, en orden a la posibilidad de utilizar cualquier modalidad contractual de duración determinada prevista en el ET, es la causa correspondiente la que va a justificar la particular duración del contrato, al margen de la duración temporal que necesariamente tenga el itinerario de inserción sociolaboral. En consecuencia, la vinculación con la empresa se mantendrá mientras persista temporalmente el itinerario, aun cuando haya finalizado la relación laboral que se insertaba en el mismo como parte de su funcionalidad. Por otro lado, e inversamente, de utilizar el contrato temporal en fomento del empleo para articular formalmente la relación laboral, la ley sí que exige un total ajuste entre la duración de aquél con la duración del itinerario, de modo que éste se constituye en la causa de la temporalidad del vínculo laboral contractual. En otros términos, al no tener dicha modalidad contractual una causa empresarial específica, sino que se expresa como particular medida de empleo, la amplia duración prevista para dicho contrato aparece así como el margen temporal máximo en el que puede desarrollarse el itinerario de inserción en el que se inserta la prestación laboral.

En definitiva, las peculiaridades diferenciadoras en relación con el régimen común que dispone la norma para este tipo de relación laboral, no son de la entidad suficiente como para gravitar sobre ellas una especialidad de régimen. Pero quizás sí lo son aquellas previsiones en donde se da entrada a los servicios sociales y a los servicios públicos de empleo en el nacimiento, mantenimiento, extinción y en definitiva supervisión de tal relación laboral.

De hecho, la verdadera especialidad en el régimen laboral desarrollado en el seno de las empresas de inserción es la intervención directa de unos servicios externos a la propia entidad empresarial: los servicios públicos competentes. A ellos se les concede una misión de seguimiento de los itinerarios y procesos de inserción sociolaboral de los trabajadores, y para el cumplimiento de la misma la ley les concede competencias que en algún caso no se limita a la mera ejecu-

ción, mediante una reglamentación de los servicios para adoptar tales funciones, sino que entran en el terreno de la ordenación en el desarrollo de la propia relación laboral donde cabe pues un elemento de discrecionalidad.

En concreto, a efectos del cumplimiento de tal misión de control y seguimiento, la norma estatal dispone que los servicios sociales públicos competentes han de recibir una copia del contrato, sus prórrogas y posibles variaciones (art.12.2). Una función de mera recepción que en modo alguno tiene virtualidad innovadora en el proceso mismo de la relación laboral. Pero tal capacidad sí la ostentan otras concretas funciones de los servicios sociales dispuestas *ex novo* por la norma estatal:

- en primer lugar, determinar si las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la situación de exclusión del trabajador se consideran o no justificadas (art.13.2) a los previsibles efectos de imposición de sanciones disciplinarias (dado que no es posible la extinción del contrato por excesiva morbilidad del art.52.d ET).
- en segundo lugar, instar a una suspensión del contrato cuando así lo estimaran necesario con el fin de que el trabajador que ha cometido conductas de embriaguez habitual o toxicomanía con afectación negativa en el trabajo (causa del art.54.1.f ET) inicie un proceso de deshabituación o desintoxicación (art.14.3).
- en tercer lugar, y en el caso de que se adoptara el contrato temporal de fomento del empleo, los servicios sociales serán los que aconsejen que se pueda celebrar por una duración inferior a la máxima permitida y los que en tal caso además deban informar sobre la adecuación de una prórroga del contrato (art.15.4).
- en cuarto y último lugar, los servicios sociales deberán emitir un informe previo a la extinción del contrato de trabajo, cualquiera que sea su causa (art.14.4), sin que se indique cual sea el sentido finalístico de tal informe, así como su posible naturaleza vinculante y en consecuencia sus eventuales efectos¹⁸.

¹⁸ Una ausencia que ya fue advertida por el dictamen del CES, aconsejando que se aclarara expresamente, en cada caso, el carácter vinculante o no de los informes a emitir por los servicios sociales, al margen de que en el supuesto particular del informe previo a la extinción del contrato, habría de circunscribirse únicamente a la extinción por decisión unilateral de la empresa. Opinión que comparte Aguilera Izquierdo, R., “El régimen jurídico de las empresas de inserción”, op.cit., págs. 103-104, añadiendo en relación con la naturaleza de tal informe que “al no señalar la norma qué efectos tiene, habrá que entender que es obligatorio pero no vinculante, pues si el legislador hubiera querido otorgar al informe ese carácter lo habría señalado expresamente”.

Obsérvese pues cómo estas funciones van a requerir una ordenación de los servicios sociales competentes en el seno de cada CCAA de tal naturaleza que va más allá de la meramente ejecutiva por cuanto conlleva una repercusión indudable en el devenir de la relación laboral desarrollada en las empresas de inserción. Una entrada en terreno competencial ajeno que es habilitada por la misma norma estatal, marcando pues el alcance de la intervención autonómica, pero también sus propios límites por cuanto fuera de tales atribuciones concretas en aspectos puntuales del régimen laboral, la actuación de las CCAA ha de discurrir en el plano de la organización y ejecución de este nuevo marco laboral.

A la vista pues del diseño efectuado por la Ley, derivando expresa o implícitamente los márgenes competenciales de las CCAA en el régimen jurídico de la relación laboral, cabría pues calificar como claros supuestos de extralimitación competencial aquellas disposiciones autonómicas preexistentes que no se limitan a remitir en su caso los aspectos de la contratación a la legislación vigente¹⁹, sino que proceden a incorporar elementos configuradores de la relación laboral de marcada naturaleza innovadora, bien delimitando los períodos mínimos y máximos de duración del contrato, aun a pesar de remitirse a cualquier modalidad de contratación laboral vigente²⁰, bien imponiendo condicionamientos en la jornada de trabajo²¹.

¹⁹ Como es el caso de la normativa de Cataluña [Ley 27/2002, de 20 de diciembre (DOGC 3.1.2003)].

²⁰ Supuesto contemplado, por ejemplo, en la ordenación específica de la Región de Murcia [Orden de 20 de junio de 2007(BO de 30.6.2007)], disponiendo una duración mínima de 12 meses (si bien podría ser inferior si así lo aconsejara el organismo público competente) con posibilidad de prórroga hasta tres años. En los mismos términos se expresa la normativa de la Comunidad de Aragón [Decreto 37/2006 (BOA 17.2.2006)]. De uno a tres años se prevé la duración del contrato en la Comunidad Autónoma de Canarias [Decreto 32/2003, de 10 de marzo (BOC 24.3.2003)] Asimismo, en la Comunidad de Galicia [Decreto 156/2007, de 19 de julio (DOG 8.8.2007)], la relación contractual no podía ser inferior a 6 meses ni superior a 24 meses. Duración mínima de 6 meses que también se prevé en la normativa de la Comunidad Valenciana [Ley 1/2007, de 8 de febrero (BOE 22.3.2007)].

²¹ Así por ejemplo en la Comunidad de Madrid [Decreto 32/2003, de 13 de marzo, (BOCM 24.3.2003)], siguiendo quizás cierto paralelismo con los contratos de formación, se exige que el tiempo dedicado al desarrollo por el trabajador de medidas personalizadas de formación y acompañamiento habrían de incluirse dentro de la jornada de trabajo, pero sin que ocuparan más de un 15% del tiempo total de duración del contrato. La misma previsión se contempla en la normativa de la Comunidad Valenciana [Ley 1/2007, de 8 de febrero (BOE 22.3.2007)] , si bien con el tope máximo del 20% de la jornada laboral.

3.1.2. *La delimitación de los sujetos de la relación laboral*

Como se mencionaba con anterioridad, la identificación e individualización de los sujetos protagonistas de la relación laboral que es diseñada por la Ley 44/2007 no puede desgajarse de la propia naturaleza de legislación laboral que se atribuye a aquélla, y en consecuencia de nuevo imposibilitando cualquier actuación ordenadora por parte de las CCAA que incorpore elementos de alteración o innovación en la mención legal de tales sujetos.

Sin embargo, también en este punto la Ley 44/2007 arrastra distintas consecuencias para la actuación autonómica que pueda proyectarse en el futuro, pero también especialmente para la ya preexistente, si bien de variada índole atendiendo a la configuración que aquella efectúa ya de las empresas de inserción, ya de los sujetos en situación o riesgo de exclusión, y también atendiendo a cómo unos y otros han sido perfilados por algunas regulaciones de CCAA.

Así por un lado, y por lo que se refiere a la delimitación de las empresas de inserción, la norma estatal parece que ha tenido en cuenta la conceptualización más o menos generalizada que tales empresas han recibido entre las diversas ordenaciones autonómicas preexistentes (que a su vez recogían esa inicial delimitación expresada en la Ley 12/2001), de donde aparentemente no se vislumbran especiales problemas de adecuación entre aquellas y la misma ley, salvo en un particular aspecto relativo a la forma jurídica de las empresas de inserción.

En efecto, desde la norma estatal, las empresas de inserción han de tener una base societaria, ya sea mercantil o cooperativa (art.4), rechazando pues la posibilidad de que se sustentaran sobre la forma jurídica de asociación o fundación, y que en muchos casos era el auténtico origen de las actividades de inserción sociolaboral que se desarrollaban con personas excluidas socialmente. Ahora bien, por cuanto de hecho bajo al amparo de algunas disposiciones autonómicas actuaban en el terreno de la inserción sociolaboral ciertas estructuras de base asociativa o fundacional, e incluso registrándose como auténticas empresas de inserción²², la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 44/2007 admite que provisionalmente las Fundaciones y Asociaciones que realizaban actividades de inserción sociolaboral puedan obtener, como tales entidades, un calificación provisional en el Registro Administrativo de Empresas de Inserción, con el fin

²² Tal es el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias [Decreto 32/2003, de 10 de marzo (BOC 24.3.2003) y del País Vasco que en una primigenia ordenación [Decreto 205/200, de 26 de diciembre BOPV 2.2.2001)], posibilitaba que se calificaran como empresas de inserción una Fundación o una Asociación. Sin embargo, con posterioridad y previsiblemente a resultados de la Ley 44/2007, se promulgó una nueva disposición que derogaba la anterior (Decreto 182/2008, de 11 de noviembre (BOPV 24.11.2008)] en el que ya se elimina tal referencia y únicamente habilita a las sociedades mercantiles o de economía social.

de seguir manteniendo tales actividades, si bien, al cabo de dos años desde tal calificación, para obtener la definitiva como empresas de inserción, deberán adoptar la forma jurídica de sociedad mercantil o sociedad cooperativa²³.

Precisamente, la Ley 44/2007 declara que sólo podrá considerarse como tal empresa de inserción aquella que, al margen de cumplir sus fines económicos y sociales (realizar cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, y desarrollar una actividad de integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social) sea debidamente calificada por los organismos autonómicos competentes en la materia (art.4) y se inscriba en el Registro Administrativo de Empresas de Inserción de la correspondiente CCAA (art.5). Requisitos de calificación y registro que tienen pues naturaleza constitutiva para el reconocimiento como tales de las empresas de inserción y en definitiva para poder desarrollar el conjunto de actuaciones previstas y ordenadas por la norma estatal. De este modo, la Ley viene a dar carta de naturaleza al procedimiento que con carácter general venía contemplándose en disposiciones autonómicas preexistentes, en las que se imponía que las empresas de inserción que operaran en sus respectivos territorios habrían de quedar acreditadas como tales e inscritas en un registro que la propia CCAA creaba *ad hoc*, y aun cuando aquellas ordenaciones tenían mucho cuidado en precisar que tal registro no tenía carácter constitutivo, y que no confería mas derechos que la constancia de los actos y datos de los que traía su causa, sin embargo indiscutiblemente la inscripción registral aparecía como condición necesaria previa para que la empresa pudiera acceder a las medidas de ayuda y subvenciones previstas y contempladas en la correspondiente Comunidad²⁴.

A partir pues de esta ordenación estatal en la que se exige la calificación y registro de las empresas de inserción en tanto en cuanto cumplan con los requisitos que la propia norma dispone (art.5), la labor que al respecto compete a las CCAA ha de discurrir en el plano de su ejecución a través de la correspondiente organización de los servicios. Es decir, a la hora de calificar y registrar a las

²³ Una previsión que ya se encontraba incluso en alguna normativa autonómica preexistente y que aparentemente la Ley 44/2007 reproduce. Así se contemplaba concretamente en la Comunidad Valenciana [Ley 1/2007, de 5 de febrero (BOE 22.3.2007)] en La Rioja [Decreto 2/2006, de 13 de enero (BO 20.1.2006)] y en Canarias [Decreto 32/2003, de 10 de marzo (BOC 24.3.2003)].

²⁴ En tal sentido, Comunidad de Madrid [Decreto 32/2003, de 13 de marzo (BOCM 24.3.2003)], Aragón [Decreto 37/2006, de 7 de febrero (BOA 17.2.2006)], Comunidad Valenciana [Ley 1/2007, de 5 de febrero (BOE 22.3.2007)], La Rioja [Decreto 2/2008, de 13 de enero (BO 20.1.2006)] y Canarias [Decreto 32/2003, de 10 de marzo (BOC 24.3.2003)] Incluso con posterioridad a la Ley 44/2007, Comunidades Autónomas de Galicia [Orden de 29.12.2008, (DOG 9.1.2009)] y del País Vasco [Decreto 182/2008, de 11 de noviembre (BOPV 24.11.2008)].

empresas de inserción desde los organismos autonómicos competentes ni pueden exigir otros requisitos adicionales a los mencionados en la norma, a pesar de que se disponen con carácter de mínimos²⁵, ni ostentan margen de discrecionalidad alguna en la resolución administrativa por cuanto ha de basarse únicamente en el cumplimiento o no de los requisitos exigidos por la norma, hasta el punto de que ésta misma impone que se proceda a una calificación provisional cuando la empresa cumpla el grueso de los requisitos pero no aquellos que requieren intrínsecamente el transcurso de cierto tiempo de operatividad de la empresa misma para su cumplimiento²⁶. Así pues, el margen de actuación competencial de las CCAA en sede de calificación y registro de las empresas de inserción queda claramente delimitado en una intervención ejecutiva de organización de los servicios necesarios para adaptar la legislación laboral, aun cuando la misma obviamente vaya a propiciar el cumplimiento de aquella otra competencia específica de los servicios públicos competentes de velar por el cumplimiento por las empresas de inserción de los fines previstos en su ámbito territorial (Disposición Adicional 3ª)

En segundo lugar, por lo que se refiere a las personas en situación de exclusión social que pueden ser contratadas por las empresas de inserción, la Ley ha delineado como tales a las que con carácter general ya se mencionaban inicialmente en la Disposición Adicional 2ª de la Ley 43/2006 como sujetos beneficiarios del programa de fomento del empleo²⁷. Recogiendo el mismo listado, el art.2 de la Ley 44/2007 procede a incorporar algunas menciones significativas. Por un lado, la ampliación a los miembros de la unidad de convivencia en la

²⁵ Al respecto, el dictamen del CES aconsejaba la supresión de la expresión “como mínimo” contenida en el art.5 al mencionar los requisitos que habrían de reunir las empresas, por cuanto, se indicaba en aquél, “el carácter laboral de la norma que se proyecta, que determina la competencia exclusiva del Estado en virtud del art.149.1.7ª CE, veta la posibilidad de legislación complementaria en este terreno”.

²⁶ Concretamente se refiere la Ley a las exigencias de mantener en cómputo anual, desde su calificación, un porcentaje determinado de trabajadores en proceso de inserción; destinar el 80% de los resultados o excedentes disponibles obtenidos en cada ejercicio a la mejora o ampliación de las estructuras productivas y de inserción; y presentar anualmente el balance social de la actividad de la empresa.

²⁷ En concreto, los perceptores de Rentas Mínimas de Inserción, o cualquiera otra de igual o similar naturaleza adoptadas en cada CCAA; personas que no puedan acceder a dichas prestaciones por falta de período exigido de residencia o empadronamiento, o por agotamiento del período máximo de percepción; jóvenes de 18 a 30 años procedentes de Instituciones de Protección de menores; personas con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos en proceso de rehabilitación o reinserción social; internos de centros penitenciarios cuya situación penitenciaria les permita acceder a un empleo, así como liberados condicionales y ex reclusos; y menores internos, cuya situación también les permita acceder a un empleo, y los que se encuentran en situación de libertad vigilada y ex internos.

que se encuentren perceptores de rentas mínimas de inserción o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza según la denominación adoptada en cada CCAA. Por otro lado, la precisión de que la relación laboral que se pueda celebrar con internos de centros penitenciarios o menores internos no tenga cabida dentro de la correspondiente relación laboral especial²⁸. Y finalmente, se añade como colectivo que puede ser sujeto de contratación en una empresa de inserción a las personas procedentes bien de centros de alojamiento alternativo, bien de servicios de prevención e inserción social, autorizados unos y otros por las CCAA y las ciudades de Ceuta y Melilla.

Ahora bien, la opción legal en la delimitación precisa de los sujetos excluidos socialmente que pueden ser contratados por las empresas de inserción va a arrastrar determinadas consecuencias de variada índole desde el punto de vista de la actuación competencial de las distintas CCAA.

Así, desde una primera aproximación, la norma estatal opta por configurar un listado cerrado de quienes pueden ser trabajadores de las empresas de inserción, lo que podría resultar criticable desde el planteamiento inicial de que la exclusión social no encuentra una única causa de origen y en consecuencia donde puede tener cabida distinta tipología de individuos²⁹. De hecho, un factor diferencial lo constituyen las propias zonas territoriales (población, nivel de inmigración, tejido industrial, capacidad de generación de empleo, infraestructuras, acceso a vivienda, servicios sociales, etc.) y es en consecuencia dentro de cada estructura local o autonómica donde puede identificarse situaciones especiales de exclusión social que fuera necesario atender de forma prioritaria o cuanto menos singular. De ahí que quizás hubiera sido más afortunado que la Ley 44/2007 incluyera una cláusula abierta que permitiera la inclusión de cualquier otra persona que pudiera tener acreditada la condición de excluido social, como efecto mismo del requerimiento legal de una tal acreditación por los organismos competentes de cada CCAA.

Sin embargo, la opción legal de listar expresamente los supuestos de personas en riesgo o situación de exclusión social que pueden ser contratadas por las empresas de inserción, solo aparentemente es impeditiva de toda posible alteración o innovación que pudiera derivar de instancias autonómicas y que se

²⁸ En relación a los menores internos, ciertamente, aunque la Ley 53/2002, de medidas fiscales, administrativas y del orden social preveía para ellos una relación laboral especial, la misma aun no ha sido desarrollada reglamentariamente. No obstante, fue el dictamen del CES el que aconsejó que se incluyera esta precisión sobre tal relación laboral especial que no se mencionaba en el texto originario de la Ley 44/2007.

²⁹ Crítica compartida con Valecillo Gámez, M.R. y Molina Navarrete, C., "Empresas de inserción y mercados de trabajo inclusivos. Nuevo marco regulador y modelos de gestión". Ed. Comares, Granada 2008, pág. 147.

justificara por el concreto entorno territorial en el que el sujeto resida, por cuanto la misma Ley 44/2007 contempla la posibilidad de que el gobierno modifique los colectivos que se consideran en situación de exclusión social, “previo informe emitido por las CCAA” (Disposición Final 2ª, que también menciona la consulta previa con organizaciones sindicales y empresariales mas representativas). Una previsión que en consecuencia otorga al listado de sujetos excluidos socialmente un claro carácter provisional y abierto a posibles nuevas incorporaciones de distintos sujetos que puedan ser propiciados por las CCAA siguiendo el procedimiento formalmente previsto, aun cuando subsistan los problemas de legalidad para aquellas CCAA que en su primigenia regulación de las empresas de inserción delimitaban de *motu proprio* los sujetos excluidos socialmente que podrían ser acogidos por tales empresas, incluyendo algunos que no están mencionados en la norma estatal, como inmigrantes, miembros de minorías étnicas, personas con discapacidad, personas sin hogar, etc.³⁰. En todo caso debe resaltarse que los sujetos mencionados en la Ley 44/2007 como personas en situación de exclusión lo son a los únicos efectos de su inserción laboral a través del concreto instrumento representado por las empresas de inserción, sin que ello impida que otros colectivos o personas con especiales dificultades para su integración sociolaboral puedan ser los beneficiarios de otro tipo de instrumentos o medidas de promoción dispuestas por las CCAA conforme a sus respectivas competencias en materia de empleo y asistencia social.

³⁰ En este sentido, las disposiciones autonómicas preexistentes a la Ley 44/2007 ofrecen por lo general una extensa delimitación de personas que podrían ser contratadas por una empresa de inserción, y en las que junto a colectivos mas o menos comunes en todos ellos (coincidentes por lo general con los mencionados por la Ley 44/2007) aparece toda una diversa tipología de sujetos que incluye a discapacitados, emigrantes, inmigrantes, mujeres víctimas de violencia doméstica, personas a cargo de familia monoparentales, personas sin hogar, desempleados de edad avanzada, parados de larga duración, etc. Si bien, por otro lado, prácticamente la generalidad de las ordenaciones autonómicas presentan como nota común una cláusula de cierre en sus respectivos listados que precisamente les otorgaba carácter “apertus” por cuanto conforme a ella se admitía cualquier otra persona que lo solicitara y que a criterio de los servicios sociales requeriría un proceso de inserción a través de una empresa de inserción. Véase en tal sentido las disposiciones específicas de las Comunidades de Madrid [Decreto 32/2003, de 13 de marzo (BOCM 24.3.2003)], Galicia [Decreto 156/2007, de 19 de julio (DOG 8.8.2007)], Aragón [Decreto 37/2006, de 7 de febrero (BOA 17.2.2006)], Comunidad Valenciana [Ley 1/2007, de 5 de febrero (BOE 22.3.2007)], Castilla y León [Decreto 34/2007, de 12 de abril (BO 18.4.2007)] y Canarias [Decreto 32/2003, de 10 de marzo (BOC 24.3.2003)]. El mismo esquema (tanto en detalle ampliado de los sujetos excluidos como en la cláusula final abierta) lo presentaba la primigenia ordenación del País Vasco (Decreto 205/2000, de 26 de diciembre) hasta la promulgación de una mas reciente [Decreto 182/2008, de 11 de noviembre (BOPV 24.11.2008)] en la que reproduce casi literalmente el listado contenido en la Ley 44/2007.

Ahora bien, aquello que proporciona un mayor campo intervector a las CCAA en la definitiva conformación de la relación laboral entre una empresa de inserción y un sujeto excluido socialmente, es la exigencia de que exista una acreditación por parte de los servicios sociales públicos competentes.

Es decir, el art. 2.1 de la Ley recoge un listado de sujetos que reúnen ciertas peculiaridades personales a las que la propia norma declara como personas en situación de exclusión social, en una especie de calificación presuntiva. Pero el hecho de cumplir tales condiciones no constituye sin más la puerta abierta para ser contratado como trabajador por una empresa de inserción, puesto que para tal efecto se ha de cumplir un condicionamiento más que es el que en esencia posibilita su contratación: que tenga especiales dificultades para su integración en el mercado de trabajo³¹.

Y es la valoración y acreditación de tales dificultades, unidas al cumplimiento de las condiciones personales previamente delineadas por la norma (perceptor de renta mínima de inserción, jóvenes procedentes de instituciones de protección de menores, personas con problemas de drogodependencia, internos, liberados condicionales, ex reclusos, etc.) la que otorga la condición de sujeto beneficiario de una contratación por una empresa de inserción social. Una valoración y en su caso consiguiente acreditación que la norma estatal deja en manos de los servicios sociales públicos competentes.

Esa acreditación pues carece de todo carácter reglado, no se basa en consecuencia sobre datos objetivos de mero cumplimiento de las condiciones generales señaladas por la norma estatal, sino que depende de ciertas circunstancias personales, de apreciación individualizada caso por caso, y en definitiva con cierto margen de discrecionalidad a la hora de proceder, aun cuando tratándose de resoluciones administrativas les sea exigible su debida motivación.

En consecuencia, el informe que deban emitir los servicios sociales que en su caso sirva como acreditación de la especial situación de exclusión social que aconseja y posibilita la contratación del sujeto, tiene un indudable carácter constitutivo a la hora de poder formalizar la correspondiente relación laboral. Y desde esta consideración no cabe si no dudar de que la actuación ordenadora por parte de las CCAA para dar cumplimiento a esta competencia de sus correspondientes servicios sociales se limite al mero plano de la ejecución de la legislación laboral.

³¹ Se coincide así con Aguilera Izquierdo, R., "El régimen jurídico de las empresas de inserción", op.cit., pág.43, al señalar que "una cosa son los colectivos vulnerables (los enumerados en el art.2.1) y otra la especial dificultad de esos colectivos para su integración en el mercado de trabajo, dificultad que debe ser valorada por los Servicios Sociales.

3.2. El proceso de inserción: obligación legal de necesario desarrollo autonómico

La conformación de este aspecto prestacional que deben procurar las empresas de inserción constituye el auténtico campo abonado a la intervención reguladora de las CCAA en clara respuesta a sus competencias en materia de empleo y especialmente de asistencia social. Y esta consecuencia es del todo deducible de la propia orientación finalista que se encuentra en la base justificativa de las empresas de inserción.

En efecto, su función no se agota en el hecho de que proporcionen un trabajo productivo al que añadir algunas medidas de formación o de apoyo (al modo característico de los CEE) al margen de cualquier directriz de empleo orientada o supervisada por instituciones públicas de empleo. Antes bien, y por el mismo diseño normativo de las empresas de inserción (incluso antes de la aparición de la Ley 44/2007 y por tanto bajo el amparo de previas regulaciones autonómicas) tales estructuras empresariales han de presentar un proyecto de inserción coherente con las necesidades del sujeto, la estructura del empleo del territorio y en coordinación con entidades sociales y de empleo de carácter territorial. Desde este punto de vista, la actuación de los servicios públicos competentes de las CCAA se hacía más que obligada. Dicho de otro modo, la función de inserción sociolaboral a cumplir desde estos particulares entornos empresariales no se agota con la prestación laboral, sino que requiere de unas medidas complementarias precisamente porque se trata de personas que ya de por sí presentan carencias en niveles educativos y formativos de carácter profesional, así como en hábitos sociales y laborales básicos, lo que les dificulta “para participar en los mecanismos habituales de formación e inserción laboral” (tal como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley), de donde se exige en consecuencia formalizar otras vías o dispositivos que favorezcan el acceso a los mismos.

Se naturaliza así desde la Ley 44/2007 el denominado itinerario de inserción que no es definido en el propio texto normativo aun cuando parece quedar perfilado en su Exposición de Motivos al referir a unas “metodologías que tienen como objetivo potenciar las capacidades de las personas a través de los conocimientos técnicos, habituación sociolaboral y determinación de prioridades adecuadas a sus posibilidades y a las del mercado laboral”.

Y la función ordenadora de la norma al respecto se limita pues a eso, a imponer su obligatoriedad y a mencionar sus perfiles generales de carácter finalístico, pero sin poder concretar materialmente el contenido de un itinerario de inserción por cuanto reviste un carácter esencialmente personalizado, particular para cada sujeto, en atención a sus circunstancias personales, familiares, ambientales, educativas, profesionales, etc., así como del propio entorno terri-

torial en el que se encuentra. De ahí el reconocimiento mismo que desde la norma se hace a la obligada intervención de los servicios públicos competentes y a la necesidad de “involucrar en la lucha contra la exclusión social a las diferentes administraciones públicas, dentro de sus ámbitos de competencias y medios, a través de acciones de integración encaminadas a potenciar la plena participación de los colectivos afectados por esta situación” (Exposición de Motivos”).

No obstante, cual sea el grado y el alcance en que han de quedar involucradas las administraciones públicas competentes respecto al itinerario de inserción, y entre ellas particularmente las de ámbito autonómico, no queda definitivamente precisada por la norma que por lo general refiere a ello con términos ciertamente vagos y ambiguos.

Así, en ningún momento se indica que las medidas concretas que conformaran un itinerario de inserción hayan de ser acordadas conjuntamente entre los servicios públicos competentes y las propias empresas de inserción, si bien ello podría estar bajo la referencia contenida en el art.3.1 a que dichas empresas “aplicarán” tales itinerarios “en función de los criterios” que hayan sido fijados por los servicios sociales y de empleo de acuerdo con la empresa de inserción. Es decir, si el proceso de inserción del trabajador en la empresa parte de una previa acreditación por parte de los servicios sociales competentes de su condición de sujeto en situación de exclusión social, que a su vez ha requerido un previo diagnóstico de su condiciones personales, resultaría lógico en consecuencia que los mismos servicios participaran en el diseño de aquellas medidas que conformaran su particular proceso de inserción (al margen de la particular prestación laboral que pudiera desarrollar y para lo que sería obligada la intervención del correspondiente servicio de empleo), y ello en colaboración coordinada con la propia empresa de inserción que es la responsable última en aplicar dicho itinerario para cumplir así su objetivo de promotora de la integración del trabajador en el mercado laboral ordinario.

Junto a ello, en el mismo precepto como inciso final se alude a la definición “de las medidas de intervención y acompañamiento que sean necesarias”, unas medidas que, conforme a lo expresado en el segundo párrafo del art.3 estarían destinadas a “satisfacer o resolver problemáticas específicas derivadas de la situación de exclusión que dificultan a la persona un normal desarrollo de su itinerario en la empresa de inserción”. En consecuencia, y en interpretación literal de la norma, habría que entender que tales medidas de intervención y acompañamiento tienen una naturaleza complementaria de aquellas otras que pudieran conformar el itinerario de inserción, por cuanto es precisamente el hecho de que éste no pueda desarrollarse con normalidad por el sujeto el que aconseja que se adopten una serie de “servicios, prestaciones, acciones de orientación, tutoría y procesos personalizados y asistidos de trabajo remunerado”.

De nuevo, y aunque no se mencione expresamente, las instituciones públicas competentes han de cumplir un importante papel en el diseño de tales medidas, y mas aun en el de su efectiva prestación, dado que las mencionadas por la norma como parte integrante de esas medidas de intervención y acompañamiento difícilmente pueden ser ya no solo ser prestadas por la empresa de inserción sino mas aun incluso debidas.

En todo caso, la ambigüedad de la norma a la hora de perfilar tanto el itinerario de inserción como esas otras medidas de intervención y acompañamiento, y conjuntamente con ello el respectivo papel a cumplir por los servicios sociales, por un lado, y los servicios públicos de empleo, por otro, podría quedar en cierta medida solventada por lo previsto en su Capítulo III, referido a “empresas de inserción y administraciones públicas” con su único artículo 10 alusivo a “actuaciones de las administraciones públicas”, donde diferencia claramente dos líneas operativas de interacción que partiendo de la misma empresa de inserción se canaliza con distintos servicios públicos. Por un lado, entre la empresa y los servicios sociales para que estos presten las medidas de intervención y acompañamiento a las que hace referencia el art.3 (aunque en el texto del art.10 se alude a ellas como “servicios de intervención y acompañamiento”, muestra mas de la indefinición e imprecisión que refleja la norma), y de los que en consecuencia “podrá disponer” la empresa de inserción. Y por otro lado, entre ésta y los servicios públicos de empleo, quienes han de proporcionar los itinerarios y procesos de inserción que la empresa ha de “aplicar”.

En definitiva parecería que los servicios públicos de empleo fueran los competentes a la hora de definir las cuestiones relativas al trabajo que pudiera prestar el sujeto en exclusión social y que fuera el mas adecuado en función de sus condiciones personales y formativas, el mas idóneo dentro de las posibilidades de empleo que ofrece el entorno territorial, y en definitiva el mas apropiado para conseguir el objetivo de promover su inserción laboral. En la misma línea presuntiva, por su parte los servicios sociales se ocuparían competencialmente de diseñar y prestar aquellas otras medidas de intervención y acompañamiento que fueran precisas para que el trabajador pudiera desarrollar con normalidad su propio proceso o itinerario de inserción. Y la misión encomendada a la empresa de inserción sería la de cumplir con tal itinerario, la de facilitar que el trabajador acceda a esos otros servicios de intervención y acompañamiento y en última instancia facilitar que unos y otros servicios públicos desarrollen su función de seguimiento de los itinerarios y procesos de inserción.

Aun admitiendo esta inicial consideración sobre una diversificación de funciones entre los distintos servicios públicos, lo cierto es que en última instancia van a ser las respectivas ordenaciones autonómicas las que terminen por delinear el grado y el alcance de la intervención de sus correspondientes servicios en el planteamiento y aplicación de las distintas medidas de inserción

sociolaboral a desarrollar por el trabajador durante su permanencia en una empresa de inserción, por cuanto además la propia norma estatal habilita a que las CCAA determinen cualquier otra función, al margen de las señaladas en el art.10, que puedan ser cumplidas por sus respectivos servicios sociales y servicios públicos de empleo.

Desde esta perspectiva pues, la intervención de las CCAA en el cumplimiento de los objetivos esenciales de las empresas de inserción sigue preservada por la Ley 44/2007, pero bajo otros parámetros, los derivados de sus propios títulos competenciales en materia de asistencia social y de empleo, e incluso también desde la propia delegación normativa. O en otros términos, los mismos servicios sociales y de empleo de ámbito autonómico que prestaban su apoyo a las empresas de inserción a la hora de canalizar los proyectos o itinerarios de inserción, seguirán cumpliendo igual función, pero ahora con el referente que proporciona la uniformidad ordenadora que efectúa la Ley 44/2007.

COMPETENCIAS AUTONÓMICAS EN ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras Clave: Asistencia Social, Reparto de Competencias

La atribución de competencias exclusivas no debe confundirse con competencias “excluyentes” que impidan la actuación de las diferentes Administraciones Públicas implicadas. De manera que las técnicas de cooperación y colaboración deben considerarse consustanciales a la estructura compuesta del Estado Social Autonómico. Dada la exigencia de instrumentar una tutela transversal u horizontal de las situaciones de necesidad social, se debe reforzar la idea de “compartir” frente a la de “excluir”. Ello implica una superación en la dinámica del proceso constituyente autonómico del esquema tradicional de “monopolio competencial”, que hoy parece inequívocamente inoperante e ineficiente en la práctica para resolver los problemas planteados a la Política y al Derecho de la protección social pública.

ABSTRACT

Key Words: Social Assistance, Distribution of Competences

Attributing exclusive competences must not be mixed up with “excluding” competences that prevent the activity of the different Public Administrations involved. Hence, cooperation and collaboration techniques must be considered to be consistent with the compound structure of the Autonomic Social State. Given the need to implement a transverse or horizontal tutelage of situations of social need, the idea of “sharing” instead of “excluding” must be reinforced. This implies overcoming the traditional “competence monopoly” scheme in the autonomic process, which nowadays seems unmistakably ineffective and inoperable in practice to solve the problems arising in the public social protection policy and law.

ÍNDICE

1. LA NOCIÓN TÉCNICA DE ASISTENCIA SOCIAL Y LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MARCO COMPETENCIAL AUTONÓMICO
2. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA “ASISTENCIA SOCIAL” Y DE LOS “SERVICIOS SOCIALES”. DELIMITACIÓN DEL MODELO NORMATIVO
 - 2.1. Análisis de conjunto
 - 2.2. Títulos competenciales en la protección legal de las situaciones de Dependencia

1. LA NOCIÓN TÉCNICA DE ASISTENCIA SOCIAL Y LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MARCO COMPETENCIAL AUTONÓMICO

El legislador constitucional concretó los títulos competenciales estatales y autonómicos, optando por incluir en el art. 148.1.20 CE la expresión “Asistencia social”, derivando las competencias sobre esta materia a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, pronto se hicieron palpables las dificultades para delimitar los contornos de dicha expresión. Por una parte, la Constitución no incluye definición alguna de lo que deba entenderse por asistencia social; además, la propia jurisprudencia constitucional se hizo eco de la bifurcación que el ámbito de protección social experimentó cuando se formalizó la inclusión en el sistema de Seguridad Social de las prestaciones no contributivas. Ambos factores han influido en la conformación actual de un concepto evolucionado de asistencia social, integrador de técnicas de protección diversas, unas externas al sistema de Seguridad Social -y por tanto abiertas a la intervención autonómica en virtud de los arts. 148.1.20 y 41 CE- y otras internas al sistema y en consecuencia reconducibles al art. 149.1.17ª CE¹.

Dicha afirmación debe interpretarse, no obstante, partiendo del hecho de que la acción y protección social constituye una materia sumamente compleja, de manera que la atribución de competencias exclusivas no debe nunca confundirse con competencias “excluyentes” que impidan la actuación de las dife-

¹ Cfr. De La Villa Gil, L.E.: “La incidencia de las reformas estatutarias en el reparto constitucional y legal de competencias en materia de Seguridad Social y de Asistencia Social”, en AA.VV. (Coord. Molina Navarrete): *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía*, Sevilla, CARL, 2007, pág. 187. Entiende el autor que el art. 41 CE admitiría una Seguridad Social con prestaciones asistenciales extensas si no existiese el art. 148.1.20 CE, por lo que restar competencias asistenciales a las Comunidades Autónomas entendiendo que la asistencia social es, en su mayor parte Seguridad Social, supone vaciar de contenido el art. 148.1.20 CE y resulta constitucionalmente inadmisibile.

rentes Administraciones implicadas (STC 146/1986)². Por eso, incluso en los casos en los que nos estemos refiriendo a actuaciones incardinables en la «Asistencia Social» competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, “el Estado, en la medida que existan problemas sociales peculiares que requieran y exijan un planteamiento global, puede intervenir al respecto, también mediante medidas de fomento, pero respetando las competencias propias de la Comunidad Autónoma” (STC 146/1986). Siendo este el estado de la cuestión, las técnicas de cooperación y colaboración deben considerarse “consustanciales a la estructura compuesta del Estado de las Autonomías” (STC 13/1992)³.

Cabe recordar que uno de los pronunciamientos emblemáticos en relación a esta problemática, lo constituye la STC 76/1986 en la que se afirma que “de la legislación vigente se deduce la *existencia de una asistencia social externa al sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20 de la C.E. y, por tanto, competencia posible de las Comunidades Autónomas*”. (...) Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual -con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección-, es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios. (...) No se trata, por tanto, de ampliar o completar el campo de aplicación de la Seguridad Social, sino de contemplar la situación de un colectivo de personas, cualificado por unas circunstancias concretas, determinadas e irrepetibles. En remediar o atender esa situación se agota la virtualidad de ambas Leyes”.

² “Siguiendo la pauta de algunos instrumentos internacionales como la Carta Social Europea, lo que deba entenderse por Asistencia Social, en sentido abstracto, abarca a una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Uno de estos caracteres típicos es su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que éstos sean. La Asistencia Social viene conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces”.

³ “(...) como pueden ser, entre otras, los convenios de colaboración ajustados al orden constitucional de competencias: Técnicas consustanciales a nuestro modelo de Estado autonómico que deberían ser acordadas en éste y otros sectores entre los órganos centrales del Estado y las Comunidades Autónomas, buscando entre todos, dentro del respectivo e indisponible marco competencial, métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la conflictividad entre aquellos poderes, todos los cuales deben guiarse siempre por una común lealtad constitucional”.

A partir de esta caracterización, el Tribunal Constitucional defiende la competencia autonómica para acordar la concesión de estas medidas de asistencia social siempre y cuando concurren dos elementos básicos: excepcionalidad y no incidencia en el sistema de la Seguridad Social. Introduciendo relevantes matizaciones a la argumentación anteriormente comentada, resulta ineludible referirnos a la controvertida STC 239/2002, de 11 de diciembre, cuya doctrina podría sintetizarse del siguiente modo⁴:

– El art. 41 CE consagra un sistema de protección social encomendado a los poderes públicos cuyo eje fundamental, aunque no único, es el sistema de Seguridad Social de carácter imperativo, el cual coexiste con otros complementarios⁵.

– La ampliación de las contingencias protegidas por el sistema de Seguridad Social (en alusión a las prestaciones no contributivas⁶) no implica la exclusión de la posibilidad de que diversos colectivos de sus beneficiarios precisen de ayudas complementarias para atender necesidades no cubiertas por dicho sistema⁷.

⁴ Vid. Guillén López, E.: “Servicios sociales, voluntariado, menores y familia”, en AA.VV. (Dir. Balaguer Callejón, F.): *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Sevilla, IAPP, 2007, pág. 668.

⁵ Véase Vida Soria, J.: “Comentario al art.41 de la Constitución”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Madrid, Edersa, 1996.

⁶ “Las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación de la Seguridad Social forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y se integran en la llamada «caja única» del sistema (arts. 80 y 81 LGSS), pues «como cabe deducir de los antecedentes y de los debates parlamentarios que culminaron en la aprobación del texto del citado precepto constitucional (art. 149.1.17ª CE), la mención separada del “régimen económico” como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas» (STC 124/1989, de 7 de julio, F. 3). A continuación señalábamos que «el principio de unidad presupuestaria de la Seguridad Social significa la unidad de titularidad y por lo mismo la titularidad estatal de todos los fondos de la Seguridad Social, puesto que si faltara un único titular de los recursos financieros del sistema público de aseguramiento social, tanto para operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias, no podría preservarse la vigencia efectiva de los principios de caja única y de solidaridad financiera, ni consecuentemente la unidad del sistema».

⁷ “La ampliación de las contingencias protegidas por el Sistema de la Seguridad Social no excluye de antemano que diversos colectivos de sus beneficiarios precisen de apoyos complementarios para atender necesidades no cubiertas por dicho Sistema, de modo que no puede resultar extravagante desde la perspectiva del Estado Social de Derecho, consagrado en nuestra Constitución (art. 1 CE), que se atiendan dichas necesidades, en aras del valor de la justicia al que se refiere este precepto constitucional, desde las diversas habilitaciones previstas, las cuales, por decisión del propio Texto constitucional, enlazan con específicos títulos competenciales del Estado en el sentido estricto («Seguridad Social») o de las Comunidades Autónomas («asistencia social»), siempre, naturalmente, que ello se realice legítimamente, esto es, de acuerdo con las reglas de deslinde y delimitación de ambas materias”.

– No se puede obviar el llamamiento que el art. 41 CE dirige a los poderes públicos para que contribuyan a paliar estas situaciones de necesidad eso sí, en el ámbito de sus competencias.

– Se reconoce a las Comunidades Autónomas, en virtud de lo previsto en el art. 148.1.20 CE, competencia para otorgar ayudas de esta naturaleza a colectivos de personas que, aun percibiendo prestaciones asistenciales o no contributivas del sistema de Seguridad Social, acrediten dicha situación de necesidad, siempre que con dicho otorgamiento no se modifique ni perturbe el sistema de Seguridad Social ni su régimen económico⁸.

– La principal diferencia entre la protección del sistema de Seguridad Social y las ayudas asistenciales externas a dicho sistema radica en la nota de estabilidad, presente sólo en primero de los supuestos⁹. Este sería el caso de los denominados “salarios mínimos de inserción” o “rentas mínimas de inserción”, regulados por las Comunidades Autónomas en base a las competencias que les atribuye el art. 148.1.20 CE, cuya finalidad es paliar las situaciones de necesidad en que se encuentran determinados colectivos. Su principal característica “su compatibilidad con cualquier otro tipo de ingreso, incluidas las pensiones, siempre que a través de los mismos no se alcance el tope mínimo regulado en cada caso. De este modo, estas ayudas pueden ser recibidas como ayudas de «asistencia social», no incluidas en el Sistema de la Seguridad Social, por personas que efectivamente perciban pensiones propias de este Sistema” (STC 239/2002).

Reitera, por tanto, el TC la conveniencia de ponderar el dato de la inclusión subjetiva en el sistema de Seguridad Social cuando se aborda el tema del deslinde de títulos competenciales estatales y autonómicos, partiendo de la idea de que la línea que divide Seguridad Social y asistencia social en ocasiones se encuentra bastante desdibujada. Tomando como referencia esta premisa, se aboga por la necesidad de valorar, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, cuando una determinada actuación se incardina en el ámbito de la asis-

⁸ “Nada impediría desde la perspectiva de la legitimidad constitucional, que las Comunidades Autónomas con competencia en materia de «asistencia social» otorgasen ayudas de esta naturaleza a colectivos de personas que, aun percibiendo prestaciones asistenciales del Sistema de Seguridad Social, se encontraran en situación de necesidad, siempre que con dicho otorgamiento no se produzca una modificación o perturbación de dicho Sistema o de su régimen económico”.

⁹ Sin embargo, en la práctica, las ayudas asistenciales externas al sistema de Seguridad Social, cada vez se están dotando de una mayor estabilidad, hasta el punto de que, en determinados casos, “han dejado de ser discrecionales para configurar derechos subjetivos”, como ha sucedido en el caso de la Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico en la Comunidad Autónoma de Cataluña. Molina Navarrete, C: “Los nuevos Estatutos de Autonomía..., *op.cit.*, pág. 119.

tencia social y por tanto se sitúa *intra muros* del marco competencial autonómico¹⁰, y ello aunque la medida o ayuda controvertida tenga por objeto complementar o mejorar la protección otorgada por el sistema de Seguridad Social. Tales afirmaciones conducen a la admisión de la diversidad de políticas territoriales de protección social¹¹, lo cual en ningún caso se podrá confundir con la posibilidad de que exista tal diversidad en cuanto a las políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas¹².

Es así que en este contexto adquiere especial importancia traer a colación lo dispuesto por el art. 38.4 LGSS, en virtud del cual se considera incluida en la acción protectora de la Seguridad Social cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva y ello sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas¹³. En consecuencia, quedarían fuera del ámbito protector del sistema de Seguridad Social las prestaciones de carácter público cuyo objetivo fuese complementar o mejorar prestaciones no contributivas, así como las ayudas netamente asistenciales que las Comunidades Autónomas establezcan a favor de los pensionistas residentes en su territorio en virtud de las competencias que les reconoce el art. 148.1.20 CE.

Del mismo modo, se sitúan fuera del ámbito de la Seguridad Social, tanto el Mutualismo libre de Previsión Social como los Planes y Fondos de Pensiones¹⁴.

¹⁰ STC 239/2002.

¹¹ Como ha sido advertido, “ello se debe a la concurrencia de títulos competenciales sobre una misma materia, por lo que estaría permitido a través del uso de títulos competenciales propios de la Comunidad incidir o afectar en el nivel de protección dada por la Seguridad Social a sus beneficiarios”. Vid. Molina Navarrete, C: “Los nuevos Estatutos de Autonomía...”, *op.cit.*, pág. 96. Véase también, con análisis exhaustivo, SUÁREZ CORUJO, B.: *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Madrid, Iustel, 2006.

¹² STC 124/1989.

¹³ El precepto al que hacemos alusión ha sido objeto de recientes y significativas reformas hasta alcanzar la redacción actualmente vigente. La Ley 52/2003, de 10 de diciembre, impidió el reconocimiento de cualquier prestación de carácter público que tuviese la finalidad de complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social, tanto en la modalidad contributiva como en la no contributiva. Más tarde, la Ley 4/2005, de 22 de abril, reconduce la cuestión y, apostando por una redacción más acorde a la jurisprudencia constitucional, restringe la limitación contenida en este precepto a las prestaciones contributivas del sistema de Seguridad Social, permitiendo por tanto un relevante margen de actuación a las Comunidades Autónomas.

¹⁴ En el Estatuto de Autonomía para Andalucía, el art. 75, bajo la rúbrica *Cajas de Ahorro, entidades de crédito, bancos, seguros y mutualidades no integradas en el sistema de Seguridad Social*, aborda la regulación de esta cuestión, concretamente en los apartados 5, 6 y 7. Véase

En relación a las Mutualidades, entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria, destaca la doctrina contenida en la STC 86/1989¹⁵, reiterada posteriormente en las SSTC 35/1992, 220/1992 y 173/2005, que las vincula a la actividad aseguradora y por tanto las desmarca del ámbito de la Seguridad Social. Respecto a los Planes de Pensiones, las SSTC 206/1997¹⁶ y 66/1998 afirman que los títulos competenciales sobre esta materia son el relativo a la legislación mercantil, competencia exclusiva del Estado (149.1.6.^a), y los que se determinan en los aps. 11, 13 y 14 del citado art. 149.1 CE, en los que se reserva al Estado la competencia exclusiva sobre las bases de la ordenación de crédito, banca y seguros, sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y, por último, sobre Hacienda general y Deuda del Estado.

En definitiva, las CCAA ostentan competencias exclusivas sobre un ámbito de “Asistencia social” basada ésta en técnicas de ayuda y no de previsión social (art.148.1.20 CE). Pero ello *no entraña una reserva autonómica de todo “lo asistencial”*, porque en el art.41 CE debe integrarse un nivel asistencial que opera con técnicas integradas propias de una Seguridad Social renovada (“Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad social para

Monereo Pérez, J.L.y Fernández Bernat, J.A.: “Protección social complementaria”, en Monereo Pérez, J.L.y Serrano Falcón, C.(Dir.y Coord.): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*,Granada, Ed.Comares, 2009, págs.555 y sigs.

¹⁵ “El título competencial estatal sobre el mutualismo de previsión social que ahora se contempla (y que los recurrentes discuten) es el de la normación básica de la actividad aseguradora. Pero sobre la base de tal título (y salvo que concurran otros títulos adicionales) no puede el Estado regular, al haber asumido las Comunidades Autónomas competencias exclusivas en esta materia, aspectos relativos a las Mutualidades, su estructura y actividad que excedan de lo que estrictamente pueda considerarse básico para la ordenación general de la actividad aseguradora. Y si ya el contenido de la regulación de una materia cualquiera no puede entenderse de forma expansiva, mucho menos cuando la normación básica incide en una materia en la que pertenece a las Comunidades Autónomas, o a alguna de ellas al menos, la competencia legislativa exclusiva y no simplemente la de desarrollo. Preciado este extremo, pasamos al examen de cada uno de los preceptos que se impugnan.”

¹⁶ “(...) la noción «Seguridad Social» no puede predicarse de instituciones protectoras cuyo origen, tanto como la extensión de la acción tutelar que dispensan, descansa en la autonomía de la voluntad. Cuando la voluntad privada resulta determinante sobre los factores aludidos, sin salir del ámbito genérico de la «protección social», sí nos hallamos fuera del núcleo institucional de la Seguridad Social. (...)La anterior conclusión no queda obstaculizada por el hecho de que la institución que se contempla pueda servir de cauce para mejoras voluntarias de la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Por todo ello, no puede utilizarse su virtualidad como instrumentos de mejoras voluntarias de prestaciones de la Seguridad Social, para alterar un régimen jurídico contemplado como autosuficiente y autónomo respecto de aquéllas”.

todos los ciudadanos, que garantice la *asistencia* y prestaciones sociales suficientes ante *situaciones de necesidad...*”), aunque ciertamente la garantía constitucional del sistema de Seguridad Social es compatible con la admisión constitucional de diversos modelos de organización de la protección pública (STC 206/1997). La Seguridad Social contemporánea no es tan sólo una técnica de previsión (un sistema de seguros sociales evolucionados), pues presenta también un componente o dimensión asistencial (véase STC 146/1986, que subraya que la redacción del art.148.1.20 CE y la asunción efectiva de competencias de las CCAA, *no impide que existan y puedan seguir existiendo políticas de asistencia social que excedan del ámbito de las CCAA referidas al Estado autonómico en su conjunto*). Lo cual resulta tanto más expresivo por la proliferación de mecanismos expansivos de la Seguridad Social con la incorporación (y dentro de su evolución hacia un sistema más complejo de protección social pública) en su propio “campo específico” de los niveles prestacionales no contributivos (cuya base constitutiva continúa siendo, doblemente, la *técnica* de ayuda y la *orientación finalista* hacia atención preferente a la situación objetiva de necesidad).

Parece, así, que desde el propio texto constitucional se puede avanzar en la *construcción de un (1º) modelo integrado de protección social pública en el Estado Autonómico*, con base a un (2º) modelo de reparto del poder político, que lejos de poder ser calificado como centralizador, se acerque a las *técnicas cooperativas descentralizadas de organización del espacio político-legislativo* (de “*federalismo cooperativo*”); basado más que en la lucha por las competencias exclusivas en una más positiva coordinación y cooperación permanente por parte de los poderes autonómico y central¹⁷. Es manifiesto que la consolidación e intensificación del Estado Autonómico traça una posible *tendencia federalizante, en la línea del federalismo cooperativo del modelo de Estado compuesto descentralizado*¹⁸. Ciertamente se está imponiendo una especie de modelo de Estado social autonómico en el sentido difuso de un “federalismo cooperativo”, que viene a ser una estructura de Estado federal “débil (“débil”, en todo caso, porque nuestro modelo de Estado Social Autonómico no es el propio de un Estado compuesto de tipo federal, sino de tipo autonómicamente descentralizado), donde existen una multiplicidad de poderes públicos de regulación situados entre las tensiones propias de la respectiva “competencia reguladora” y la necesaria (e ineludible) “colaboración internormativa”, dentro de lo que es

¹⁷ Vid. López López, J.: *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Madrid, Marcial Pons, 1993.

¹⁸ Véase Ruiz-Huerta Carbonell, A.: *Constitución y legislación autonómica*, Madrid, Editorial Ibídem, 1995, pág.17.

ya un Ordenamiento jurídico pluralista en el campo sociolaboral. Es necesario tener en cuenta a este propósito que el Estado autonómico –que es un tipo de Estado compuesto- no es identificable, desde el punto de vista de la política y de la técnica del Derecho constitucional, con un Estado federal (que es otro tipo de Estado compuesto diferenciado)¹⁹.

El Estado se conforma como un Estado plurilegislativo, dónde el poder legislativo se distribuye entre las distintas Unidades Territoriales cuya legitimidad está constitucionalizada. En esta dirección, un examen atento y detenido de los artículos 149.1 (7ª legislación laboral; y 17ª legislación de Seguridad Social) y del art.148.1 (20ª Asistencia social), muy lejos de una primera lectura superficial y aparente, pone de relieve, que con mayor o menor intensidad, contienen auténticas *competencias compartidas* (o, incluso en algún caso “concurrentes” en sentido débil, esto es, de legislación “no básica”) por el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con la política de protección social; es decir, respecto a las materias laboral y de seguridad social y otras técnicas públicas de protección social.

2. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA “ASISTENCIA SOCIAL” Y DE LOS “SERVICIOS SOCIALES”. DELIMITACIÓN DEL MODELO NORMATIVO

2.1. Análisis de conjunto

El legislador autonómico ha optado por rubricar el art. 61 EAA *Servicios sociales, voluntariado, menores y familias*. Desaparece por tanto cualquier referencia a la expresión *asistencia social* a pesar de que es la empleada por el art. 148.1.20 CE. Así, de acuerdo con el art. 61.1 EAA, a la Comunidad Autónoma Andaluza le corresponde la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye:

a) La regulación, ordenación y gestión de los servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementaria de otros sistemas de protección pública²⁰. b) La regulación y

¹⁹ Monereo Pérez, J.L. y Díaz Aznarte, Mª. T.: *El Estado Social Autonómico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Albacete, Ed.Bomarzo, 2008, págs.143 y sigs.

²⁰ Téngase en cuenta que, conforme al art.38.4 LGSS, “cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad completar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de Seguridad Social y está sujeto a los principios regulados en el art.2 de esta Ley”. Pero se añade inmediatamente que “lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio

la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social. c) Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación.

El art. 61 EAA, se complementa con lo dispuesto por el art. 23 *Prestaciones sociales*: 1. Se garantiza el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales. 2. Todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley.

La redacción de ambos preceptos se ajusta formalmente tanto a la distribución competencial asumida por el legislador general (art. 38.4 LGSS) como a la interpretación que el Tribunal Constitucional ha efectuado de los arts. 147.1.17 y 148.1.20 CE. Sin embargo, la cuestión más problemática radica en la utilización, a todas luces premeditada, de la expresión “servicios sociales” y la consecuente atribución de competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma sobre dicha materia. Parece evidente que la sustitución de la expresión asistencia social por la de servicios sociales, no bastará para evitar la posible intervención estatal sobre esta materia. No parece correcto técnicamente pretender reconstruir desde la técnica instrumental de los Servicios sociales como competencia exclusiva autonómica la acción protectora de la Asistencia social (se trata, evidentemente, de técnicas distintas, que ni pueden confundirse, ni tampoco pretender que exista algo así como una relación vinculada de “genus” –Servicios sociales- y “especie” –Asistencia social)²¹, ni tampoco la utilización de un concepto de Servicios sociales que abarque todo el contenido que enuncia expresamente el art. 63 EAA²². Igualmente, no resulta acertado en la técnica jurídica englobar bajo un mismo artículo 61 (intitulado “Servicios sociales,

de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas” (Apartado modificado por la Ley 4/2005, de 22 de abril, sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónoma).

²¹Cfr. Carta Social Europea, Carta Social Europea de Turín (Revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996), artículos 13 –“derecho a la asistencia social”- y 14 –“derecho a los beneficios de los servicios sociales”-.

²² Conforme al art.61.1 EAA “corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva (sic.) en materia de servicios sociales, que en todo caso *incluye*:

a). La regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública.

b). La regulación y la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social.

c). Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación”.

voluntariado, menores y familias”), materias de naturaleza enteramente distinta. Lo cual, entre otras cosas, no puede sino inducir a confusión de nociones básicas y de acciones diferenciadas de política de acción social.

Es de realzar que el art. 38 LGSS hace referencia separada a la Asistencia social y a la técnica instrumental de los Servicios sociales, dentro de la acción protectora de la Seguridad Social y, además, son objeto de desarrollo en diversos títulos dentro de su Título I (cap. V. Servicios Sociales; cap. VI. Asistencia Social). En términos de atribución de competencial, el art. 149.1.17 CE comprendería a la asistencia “interna” y los servicios sociales “internos”, mientras que el art. 148.1.20 CE abarcaría, a su vez, la asistencia social “externa” y los servicios sociales “externos” al Sistema institucional de Seguridad Social (STC 78/1986, de 9 de junio, fj. 6, con referencia tan sólo a la asistencia social), aunque al tiempo se matiza que es posible la existencia de espacios de concurrencia entre ambos ámbitos de protección social pública y sus respectivas prestaciones, económicas (Asistencia social) y técnicas (Servicios sociales) (STC 239/2002). En todo caso, las fronteras entre una Seguridad Social Asistencial (art. 149.1.17 CE) y una Asistencia social “externa” autonómica como acción complementaria o suplementaria de aquella (art. 148.1.20^a CE) son difusas a efectos competenciales²³, y en gran medida dependientes de la opción de política legislativa que se adopte desde el primer ámbito, siempre y cuando (y esto constituye un límite intrínseco de la potestad estatal de determinación) no suponga una restricción del ámbito propio de la Asistencia social externa que suponga un vaciamiento de competencias autonómicas en materia asistencial, al privar a las CCAA de espacio vital (STC 76/1986, de 6 de junio; 239/2002, de 11 de diciembre, fj.5)²⁴.

Aunque la Asistencia Social es distinta a los servicios sociales (dentro de las

²³ No se olvide que el art.41 CE acoge, junto a la dimensión contributiva, una dimensión asistencialista de la Seguridad Social. A tenor de dicho precepto el sistema de Seguridad Social debe garantizar “asistencia” y “prestaciones sociales” para una protección “suficiente” a toda “situación de necesidad” relevante, por lo que incorpora la vertiente asistencialista y servicial. Véase Monereo Pérez, J.L.: “Comentario al art.41 de la Constitución”, en AA.VV.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez,J.L., Molina Navarrete,C.y Moreno Vida, M^a.N. (Dirs), Granada, Ed.Comares, 2002, y bibliografía allí citada.

²⁴ Hasta tal punto es así que se ha dicho, con realismo y no sin fatal de razón, que “el Estado tiene una ‘preferencia de paso’, esto es, puede decir lo que es Seguridad Social y, por ende, lo que no es Asistencia social”. Cfr. Alarcón Caracuel, M.R.: “Trabajo y protección social”, en *Veinticinco años de autonomía en Andalucía*, Sevilla, Centro de Estudios Andaluces, 2007; ID.: “Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, AA.VV.: *Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Sevilla, CARL-Mergablum, 2008, pág.35. Para la distinción entre asistencia social interna y asistencia social externa, véase De Vicente Paché, F.: *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Madrid, Temas del Senado, 2003, págs.156 y sigs.

técnicas de protección social pública) en la praxis jurídica, las Comunidades Autónomas ha venido promulgando “Leyes de servicios sociales” al amparo del art.148.1.20 CE (que hace referencia únicamente la Asistencia social). Las Comunidades Autónomas aspiran a detentar más poder y el Estado central ha rehusado políticamente entrar en esa lucha de competencias por este tipo de prestaciones y servicios sociales. No es de extrañar que en Andalucía ya el Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, atribuyó competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma, tanto en materia de asistencia social como en servicios sociales (art. 13.22) (El diseño de un Sistema de Servicios Sociales andaluz se realizó por la Ley 2/1988, de 4 de abril, de servicios sociales de Andalucía). Después, el nuevo Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, establece que “corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de servicios sociales” (art. 61). Así, la Andalucía dispone de un Sistema de Servicios Sociales muy desarrollado²⁵. La doctrina constitucional es particularmente contundente sobre este particular al mantener que “en una materia compleja, como la acción y protección social, tan central además en un Estado Social (a la vista de los principios rectores de política social incluidos en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución), las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social, ni de otros entes públicos -tal como sucede en particular con los entes locales-, ni por parte de entidades privadas, que gozan además al respecto de una esfera específica de libertad que consagra el inciso final del art. 41 de la Constitución, ni tampoco por parte del Estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción, e incluso en su gestión, un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado”. Se impone el carácter compartido dentro de un principio de cooperación necesaria (arts. 2, 148 y 149 CE).

El camino está indicado por tanto desde hace tiempo. Las técnicas de cooperación y colaboración deben considerarse consustanciales a la estructura compuesta del Estado de las Autonomías “buscando entre todos, dentro del respectivo e indisponible marco competencial, métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la conflictividad entre aquellos poderes, todos los cuales deben guiarse siempre por una común lealtad constitucional” (STC 13/1992).

²⁵ Para un examen completo de síntesis del marco legal del Sistema de Servicios Sociales Andaluz, véase Maldonado Molina, J.A.: “El Sistema de Servicios Sociales en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C.: *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Granada, Ed. Comares, 2009, págs. 409 y sigs.

Por lo demás, las aporías se acrecientan cuando se repara en el hecho de que las llamadas rentas mínimas de inserción se han establecido de modo descentralizado autonómicamente al amparo de la potestad legislativa reconocida a las CCAA en materia de Asistencia social sobre la base jurídica ex art. 148.1.20 CE (Asistencia social “externa” al Sistema de Seguridad Social)²⁶. A tal efecto –y con una fórmula de gran amplitud–, el art. 23.2 EAA dispone que “todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida dignas y a recibirla, *en caso de necesidad* (nótese el carácter condicionado), de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley”. Fricción, sin duda, con la pretensión de insertarlas dentro de la amplísima y atécnicamente noción de “Servicios sociales” ex art. 61.a) EAA. El precepto ex art. 23.2 EAA abre al legislador autonómico una amplia discrecionalidad en cuanto a la delimitación de las situaciones necesitadas de protección como a la intensidad de la atención dispensada para las mismas; pero el reconocimiento de este derecho subjetivo público (típico derecho de ciudadanía social) es innegable. De ahí que, en la lógica de los derechos sociales prestacionales, la norma está llamada a promover un nuevo impulso a la acción de la Comunidad Autónoma de Andalucía en esta materia social, cuyo objeto principal será la lucha contra la exclusión social y la garantía del derecho a la existencia digna del hombre, superando la lógica asistencialista tradicional.

2.2. Títulos competenciales en la protección legal de las situaciones de Dependencia

Hay que tener en cuenta que la protección por dependencia se configura en el sistema legal con base a tres tipos de actuaciones y de prestaciones: econó-

²⁶ El surgimiento de la Recta Activa de Inserción estatal (RAI) generó un campo de actuación concurrente y superpuesta entre la acción prestada a cargo del Estado central (la otorgada por la Seguridad Social) y la establecida en numerosas CCAA (RMI), como prestaciones de “Asistencia social”, lo que no debe plantear excesivos problemas desde el punto de vista competencial: de un lado, la intervención estatal vendría justificada por la necesidad de garantizar la igualdad en las prestaciones sociales públicas; de otro, las CCAA podrían mejorar esos niveles de protección así fijados en base a los principios constitucionales de autonomía y solidaridad, atendiendo a la configuración y ejecución de sus propias políticas de asistencia social. Cfr. Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: “El ingreso mínimo de solidaridad”, en Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C. (Dir. y Coord.): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Granada, Ed.Comares, 2009, pág.468. Véase también Martínez-Gijón Machuca, M.A.: “Análisis crítico del artículo 23.2 del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía: El derecho a una renta básica”, en AA.VV.: *Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Sevilla, CARL-Mergablum, 2008, págs.57 y sigs.

mica, sanitaria y social²⁷. De este modo se evidencia que el carácter complejo e integrador del sistema de protección de la dependencia, pero, además, si se atiende a la distinta naturaleza de esas actuaciones y prestaciones, dichas intervenciones públicas corresponde a distintos organismos dentro del ya complejo entramado de competencias que integran nuestro Estado Social Autonómico. Es así que aquí se conjuga un doble fenómeno descentralizador: la descentralización funcional y la descentralización territorial. En una perspectiva de gobernanza debe encontrarse un equilibrio entre la búsqueda de los objetivos de calidad, el establecimiento de estándares y contención de los costes, dirigidos a menudo a nivel nacional, y la gestión y prestación de la asistencia a nivel local.

Desde una valoración de conjunto se puede decir que el modelo que cristaliza en el sistema legal es el de una asunción y gestión pública pero descentralizada tanto en el plano funcional como territorial. La LAAD sitúa en las CCAA el protagonismo esencial en la gestión. Por motivos de eficacia, pero también políticos, jurídicos y económicos –corresponsabilidad financiera–, un principio informador del entero SNAD es el otorgar el mayor protagonismo en la puesta en práctica del mismo a las CCAA, una vez que la regulación “básica” ha correspondido al Legislador “central”. Por tanto, la gestión es una competencia fundamentalmente de las CCAA, si bien la LAAD dedica un número significativo de preceptos a establecer el reparto entre los tres niveles administrativos implicados –arts. 9 a 12 LAAD–, Central, Autonómico y Local, si bien este último aparece ampliamente ignorado en la letra de la Ley, aunque todos sabemos que es el más directamente concernido en el funcionamiento en la realidad –nueva contradicción–. El resultado es un diseño de complejidad muy elevada, en lo organizativo y en lo jurídico, que da lugar a la creación de varias instancias administrativas –como el Consejo Territorial referido (art. 8 LAAD)– de cuyo funcionamiento dependerá la eficacia y, por tanto, la credibilidad del SNAD. Sin cumplir el principio de cooperación entre AAPP, que depende en gran medida de la buena disposición y de las buenas prácticas de coordinación de todos los poderes públicos, el SAND encontrará más incertidumbres y obstáculos que hitos de realización.

Adviértase que, en todo caso, la gestión corresponde a las CCAA, incluida la valoración de las situaciones de dependencia, conforme al baremo fijado de

²⁷ Véase VV.AA.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Granada, Editorial Comares, 2007, espec., págs. 44 y sigs.; Monereo Pérez, J.L. y Díaz Aznarte, M^a.T.: *El Estado Social Autonómico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2008, págs. 38 y sigs.

modo común –RD 504/2007, 20 abril–. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia – SAAD, para nosotros SNAD–, que garantiza las condiciones básicas y el contenido común del derecho en todo el territorio para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, se configura como una Red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados. Pero esta integración en el SNAD no supone alteración alguna en el régimen jurídico de su titularidad, administración, gestión y dependencia orgánica. Lo que significa, en definitiva, mantener inmodificada la titularidad de la *Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas* en el ámbito de las competencias que las mismas tienen asumidas. La red de centros estará formada por –arts. 6 y 16 LAAD–: los centros públicos de las CCAA, de las Entidades Locales, los centros de referencia estatal para la promoción de la autonomía personal y para la atención y cuidado de situaciones de dependencia, así como los privados concertados debidamente acreditados.

Dentro de este orden de problemas adquiere particular relieve la cuestión de verificar el título competencia o títulos competenciales respecto a la organización institucional del sistema de prestaciones por dependencia. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se configura como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centro y servicios públicos y privados. Su finalidad es garantizar las condiciones básicas y el contenido común del sistema protector; sirve de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, en materia de promoción de la autonomía personal y la atención y protección a las personas en situación de dependencia (art. 6). De manera que el funcionamiento dinámico del SND y de puesta en práctica del conjunto de las prestaciones dispensadas a las personas dependientes supone intrínsecamente una necesaria cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas (art. 10). Será en el seno del Consejo Territorial del SND, donde la Administración General del Estado y las CCAA acordarán el marco de cooperación interadministrativa que se desarrollará mediante los correspondientes Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las CCAA. Lo que se pretende es establecer un sistema institucional específico que instrumente una cooperación permanente entre el Estado y las CCAA en relación a la tutela de las situaciones de dependencia.

Ahora bien, el problema práctico que se plantea, supuesta esta necesaria coordinación, es la de delimitar sobre qué marco jurídico competencial actúa la misma. Tema, como se sabe, muy controvertido. En nuestro sistema de distribución de competencias en materia social la competencia estaría condicionada por razón del tipo y naturaleza de la materia en cuestión. La primera dificultad es que la protección de las situaciones de dependencia se encuentra en el cruce

entre la Seguridad Social Asistencial (asistencia interna) (art. 149.1.17 CE) y la asistencia social “externa” al sistema institucional de la Seguridad Social (art. 148.1.20 CE)²⁸. Por otra parte, a medida que estas técnicas de protección social han ido evolucionando para responder a nuevas exigencias sociales de protección, a menudo la distinción y el deslinde de fronteras se ha hecho mucho más complejo y controvertido. Hoy es una constatación fácilmente apreciable que se produce una mezcla de técnicas en todos los Sistemas de Seguridad Social, aunque es evidente que este problema se acrecienta ante sistemas de distribución competencial tan sutiles como el de nuestro modelo constitucional. De ahí las dificultades que el Tribunal Constitucional ha tenido para delimitar el título competencial respecto a algunas materias sociolaborales.

Lo que invoca la Ley 39/2006, disposición final 8^a, es el art. 149.1.1 CE, que pretendería llamar la atención sobre el problema jurídico subyacente de base (la garantía del principio de igualdad) y, sin ser ingenuos, trata de “eludir” en lo posible una adscripción definida en los artículos 149.1.17^a y 148.1.20^a de la Constitución. En efecto, según la disposición final 7^a, el “fundamento constitucional” de la Ley de Dependencia es, sin embargo, el art. 149.1.1^a de la Constitución: “se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al art. 149.1.1^a de la Constitución”. Con esa finalidad legal, la Ley de Dependencia se limitaría a establecer las “condiciones básicas” de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, con pleno respecto a las competencias que las Administraciones Autonómicas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del art. 148.1.20^a CE. Se trata, pues, de desarrollar, a partir del marco competencial, un modelo innovador, integrado, basado en la cooperación interadministrativa y en el respeto a las competencias. Es lo que viene a decir la propia Exposición de Motivos de la Ley de Dependencia. El significado y alcance del art. 149.1^a CE ha sido precisado por el TC, que entiende que dicho precepto “más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las CCAA, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas “condiciones básicas” uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales” (SSTC 98/2004, de 25 de mayo, 178/2004, de 21 de octubre). No obstante, al amparo

²⁸ Opera con esa distinción el TC, en SSTC 76/1986, de 9 de junio, 239/2002, de 11 de diciembre.

de este título competencial la legislación del Estado ha de limitarse a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad, pero no puede establecer un diseño completo y acabado de sus régimen jurídico, porque ello supondría un vaciamiento del espacio competencial específico de las CCAA (SSTC 61/1997, de 20 de marzo, 118/2001, de 20 de septiembre y 212/2005).

Ahora bien, no cabe duda de que podría haberse reclamado el título competencia ex art. 149.1.17ª CE, por dos motivos. En primer lugar, y principalmente, porque esta materia podría considerarse como una vertiente más de la Seguridad Social Asistencial, dentro de un proceso de renovación permanente. De hecho otros países europeos la han encuadrado dentro del Sistema Institucional de la Seguridad Social, sin mayor problema técnico y funcional (el mismo Libro Blanco, dentro de su calculada ambigüedad, parecía vencerse por esa reconducción técnico-institucional)²⁹. En segundo lugar, porque muy lejos de lo podría pensarse la incardinación de la protección de la Dependencia en el art. 149.1.17ª CE no conduciría en sí a la rigidez operativa ni tendría que suponer una privación de competencias a las Comunidades Autónomas que hayan asumidos (o vayan a hacerlo) competencias propias en esta materia, ya que, como es sabido, en dicha disposición constitucional lo que se pretende es la reserva competencial al Estado de dictar una “legislación básica” homogeneizadora y racionalizadora del tratamiento de las materias propias de la Seguridad Social en todo el Estado español, pero expresamente deja constancia de que se liberan espacios de regulación sobre ellas para las CCAA a título de legislación no básica. Lo que se contiene, pues, es un instrumento de regulación flexible de colaboración internormativa no excluyente del ámbito competencial autonómico, sino, en todo caso, comprensivo del mismo.

Es criticable que no se entronque en el art. 149.1.17 CE, porque ello distorsiona el sistema de competencias. El no haber reclamado este título competencial hace más difícil el necesario equilibrio en esta materia entre la legislación básica del Estado y la legislación autonómica. El título competencial reclamado (art. 149.1.1 CE), como elección de política del Derecho, es débil e impreciso, aunque no carente de fundamento. Parece que se juega con una lógica operativa similar a legislación estatal básica y legislación no básica autonómica. Es como si implícitamente se estuviese jugando con el título competencial inhe-

²⁹ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, vincula en el art.34.1, la dependencia con la Seguridad Social. Conforme a dicho precepto “La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades y las legislaciones nacionales”.

rente al art. 149.1.17 CE, entendido en un sentido amplio; es decir, abarcando la legislación básica estatal y la legislación no básica para las CCAA. Se vincularía a la protección de “situaciones de necesidad” ex art. 41 CE, como ámbito propio de de la Seguridad Social Asistencialista organizada en el marco del Estado Social Autonómico. No se priva a las CCAA de su competencia en materia de asistencia social, ya que, en esa lógica operativa, las CCAA está presentes en los niveles 2º (compartido) y 3º (exclusiva prestación pública asistencial adicional a los dos anteriores). Se ha observado, en relación al Proyecto Ley, que “lo más razonable es invocar el art. 149.1.17 y entender que las prestaciones de dependencia se ubican en el refugio de la asistencia y de los servicios sociales internos al Sistema de Seguridad Social. La consideración central de la Seguridad Social como ámbito de acogida de las prestaciones por dependencia resulta crucial para asegurar una adecuada satisfacción de las necesidades sociales. Cuestión distinta es la de delimitar ámbitos competenciales del Estado y de las CCAA a la hora de gestionar las prestaciones o de reconocer la posibilidad de que éstas, con amparo en la habilitación para normar en materia de asistencia social, complementen las prestaciones garantizadas por el Estado y también participen con capacidad decisoria en el diseño del sistema de dependencia”³⁰.

En todo caso, el problema de fondo, es verificar si en efecto el nuevo SND, con ese equilibrio competencial que se refleja en los tres niveles de protección por dependencia, permitirá hacer frente de modo eficaz a los grandes retos que plantea el envejecimiento de la población (“envejecimiento del envejecimiento”) y las insuficiencias de los mecanismos tradicionales de atención a las personas mayores dependientes. El equilibrio competencial a través de diseño legal de los tres niveles de protección social de la dependencia, puede ser funcionalmente adecuado a las exigencias de protección de los colectivos dependientes, toda vez que permite combinar unidad y diversidad, centralización y descentralización de las prestaciones dispensadas. La intermediación de la gestión territorial descentralizada es en sí una garantía de eficiencia administrativa, siempre que se observe la necesaria cooperación y coordinación interadministrativa.

La Ley 39/2006 parece haber transitado hacia un «Sistema Externo» al formado por el Sistema institucional actual de la Seguridad Social. De este modo es necesario servirse de la noción amplia de «Sistema de Protección Social Pública», donde el Sistema de Seguridad Social actual (nivel contribu-

³⁰ Cabeza Pereiro, J.: “Cuestiones sobre el seguro de dependencia”, en AA.VV.: *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, Murcia, Eds. Laborum, 2006, pág.486.

tivo y no contributivo) no sólo está llamado a coexistir con los subsistemas asistencias y de servicios de las CC.AA tradicionales en el proceso de desarrollo de las previsiones constitucionales ex artículos 148 y 149 de nuestra Carta Magna, sino también ahora con el específico SND como un subsistema del Sistema de Protección Social Pública. Es una fase más del proceso de «dilución» de la Seguridad Social como concepto integrador de la distintas técnicas de protección de las necesidades sociales relevantes, en la línea del art. 41 CE (donde ya el texto constitucional fue en cierto sentido inconsecuente porque desmembró la Seguridad Social al escindir la asistencia social y los servicios sociales «externos» creados y organizados por las CCAA). En el reparto de competencias dentro del Estado autonómico se reclama el art. 149.1.1.^a de la CE, según el Estado tiene competencia exclusiva sobre «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Lo que dicho precepto permite es la regulación de las condiciones básicas, no la regulación total y homogénea de la materia de que se trate (SSTC 61/1997, de 20 de marzo; 239/2002, de 11 de diciembre). Cuestión distinta a este título de atribución competencial es determinar si estamos ante una Asistencia social Interna al Sistema de Seguridad Social (Seguridad Social Asistencial), ante una Asistencia Social Externa Autonómica o ante una Asistencia Social Externa Independiente, esto es situada, tanto fuera del Sistema de Seguridad Social como al margen de la Asistencia Social Autonómica. Esta tercera opción, intermedia que opera como un «tertius generus», parece haber sido la opción de política jurídica adoptada por la Ley de Dependencia: una Seguridad Social *Asistencial Externa* al Sistema Institucional de la Seguridad Social actual. No obstante, lo más adecuado al tipo de situación de necesidad hubiera sido configurarla como una Seguridad Social *Asistencial Interna al Sistema Institucional de la Seguridad Social Actual*, reclamando, por consiguiente, el título competencia ex art. 149.1.17.^a CE. Por el momento, no ha sido esta la elección de política del Derecho corporeizada en la Ley de Dependencia.

La opción de la Ley de Dependencia ha sido, pues, la exclusión de la protección por dependencia del Sistema institucional de la Seguridad Social, sin que a éste le corresponda atender directamente a tutela de las situaciones de dependencia. Se crea un sistema autónomo de protección social pública, que deliberadamente no se encuadra ni en la Seguridad Social, ni en la asistencia social autonómica. No sería *hic en nunc* una contingencia de Seguridad Social, pero tampoco de carácter estrictamente asistencial. Es posible pensar que su configuración jurídico-positiva sea la propia de una materia mixta, “transversal”, porque potencialmente existen distintos títulos constitucionales habilitantes, que o bien atribuyen la competencia al Estado (art.149. 1.1^a y 17^a CE), o bien legitiman la competencia autonómica (art. 148.1.20^a CE). Estos títulos

podrían ser invocados por el legislador para la organización de la protección pública de las personas en situación de dependencia³¹. Parece que la pretensión de sistema legal (cuestión distinta es que lo haya conseguido plenamente) es crear “ex novo” un sistema paralelo al Sistema administrativo-institucional de Seguridad Social. En tal sentido resulta significativo que no se modifica el art.38 LGSS para ampliar la acción protectora del Sistema actual de Seguridad Social. Ahora bien, si esta ha sido la opción de política de protección social, nada impediría que las prestaciones públicas que integran la protección por dependencia pasen a formar parte del Sistema institucional de la Seguridad Social³². Hay que tener en cuenta, como se señalara en el Libro Blanco, que el Estado tiene atribuida en la Constitución una función niveladora esencial, es decir, garantizadora de prestaciones básicas en materias tales como las de los derechos contemplados en los artículos 39 (familia), 41 (Seguridad Social), 48 (Juventud), 49 (Disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos) y 50 (personas mayores; “tercera edad”). Tales preceptos no atribuyen diferentes derechos a los colectivos afectados, sino que especifican y cualifican la tutela que en ellos deben recibir los derechos de la persona, imponiendo la obligación a los poderes públicos de instrumentar políticas adecuadas (STC 71/1982; 19/1982). Al Estado, además, le corresponde poner las bases para que el ejercicio de los derechos se lleve a cabo en condiciones de igualdad en todo el territorio. La articulación de una red pública básica a la que todos los ciudadanos dependientes tengan derecho, y acceso a sus servicios en función de su grado de dependencia, encuentra su fundamentación principal en los preceptos constitucionales citados, que deben completarse por la obligación constitucional consistente en que todos los españoles han de tener los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español (art. 139.1 CE), así como la competencia estatal para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE). Es éste un título competencial con contenido propio, no residual (STC 172/1998), que otorga al Estado central las facultades normativas para determinar y definir las

³¹ Montoya Melgar, A.: «El sistema para la autonomía y la atención a la dependencia», en Montoya Melgar, A. (Dir.): *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pág.63; Barcelón Cobedo, S., y Quintero Lima, M.^a G.: «Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de protección Social», en *RMTAS*, núm.60 (2006), pág.17.

³² Montoya Melgar, A.: «El sistema para la autonomía y la atención a la dependencia», cit., pág.71; Suárez Corujo, B.: *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Madrid, Iustel, 2006.

condiciones básicas de la igualdad y no discriminación de las personas dependientes, de manera que se les garanticen los mismos derechos y prestaciones en todo el territorio nacional. Dicho art. 149.1.1 CE amplía la función del art. 53 CE, y de lo que se trata es de garantizar la “uniformidad en las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos” o la “uniformidad en las condiciones de vida” (STC 32/1982; 42/82; 113/1982, entre otras). Si se optara, al tiempo, por vincular la dependencia al Sistema de Seguridad Social, el fundamento jurídico en que habría de asentarse el SND sería el art. 41 CE. No existiría duda alguna de la fundamentación constitucional para la creación de un SND inserto en el Sistema de la Seguridad Social. Por lo demás, el art. 149.1.17^a CE permite establecer mediante una Ley que la dependencia sea un contingencia más de la Seguridad Social. El sistema estatal de prestaciones se desenvolvería como manifestación de la competencia sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17^a CE). Ello determinaría una regulación legal similar a la realizada respecto a las prestaciones no contributivas.

Aparte de ello, cabe hacer notar que, para mayor complicación, suele confundirse en los Estatutos de Autonomía Asistencia social y Servicios sociales. Y así se ha consolidado, a pesar de que los servicios sociales no son ni propiamente ni necesariamente asistencia social. Tales servicios –y sus correspondientes prestaciones técnicas– podrían estar encuadrados en el sistema de Seguridad Social, pero el Estado central nunca cuestionó –al menos explícitamente– la constitucionalidad de la “invasión de competencial” estatutaria, por lo cual se ha venido confundiendo sin más como “servicios asistenciales”. Prueba de ello es que los Servicios sociales internos al Sistema figuran en el art. 38.1.e) LGSS. De este modo, en sentido técnico, las CCAA no deberían atribuirse la competencia exclusiva y excluyente en materia de servicios sociales. Se constata, ciertamente, la paradoja que supone la virtual “desaparición en los Estatutos autonómicos recién reformados de la competencia sobre Asistencia Social, fagocitada, precisamente, por los servicios sociales”³³, siendo obvio que la asistencia social es un mecanismo de protección social pública de alcance más amplio que la técnica prestacional específica de los servicios sociales.

Es lo cierto que no habría ningún problema relevante en enmarcar dentro de la Seguridad Social a efectos de distribución competencial en el Estado Social Autonómico a las prestaciones de dependencia, correspondiendo, con arreglo al art. 149.1.17^a CE, a las CCAA la competencia de desarrollo legislativo (legislación no básica) de una legislación básica de carácter estatal. Ni

³³ Alarcón Caracuel, M.R.: “Cuestiones competenciales en la Ley de Dependencia,” en *Temas Laborales*, núm. 89 (2007), pág.130.

desde el punto de vista conceptual, ni normativo, ni desde la perspectiva financiera no hubiera existido ninguna razón que impidiera, ni tan siquiera obstaculizara seriamente, enmarcar la cobertura de las situaciones de dependencia, encuadradas plenamente en el artículo 41 CE, a través de los sistemas de provisión del artículo 149.1.17 CE. No ha sido esta la opción elegida, pero se le parece bastante (aunque no se pueda identificar, por supuesto) desde un punto de vista práctico y operativo, toda vez que el mismo art. 149.1.1 CE (título competencial aducido como fundamento en la Ley de Dependencia) sólo permite un esquema distributivo entre legislación “básica” y “no básica” para la CCAA (así lo estima la doctrina del TC). No hay, evidentemente, invasión de competencias de las CCAA por la vía elegida del art. 149.1.1 CE, como, por cierto, tampoco la habría por haber utilizado el título competencial del art. 149.1.17 CE. El modelo legal sitúa la protección legal específica de las situaciones de dependencia al margen del Sistema de Seguridad Social y de las formas tradicionales de asistencia social asumidas por las CCAA. Lo que se garantiza es un nuevo derecho social de ciudadanía en todo el Estado español. El marco constitucional diseña un modelo relativamente abierto y flexible de distribución de competencias. Esto es, está abierto al tiempo histórico; no puede entenderse como un “sistema cerrado” o “rígido” de atribución competencial. Toda norma, también las constitucionales, han de ser interpretadas y aplicadas con arreglo a su finalidad y las circunstancias históricas imperantes en el momento de su aplicación. Cabe señalar, que también la LAAP establece una nueva forma de articulación flexible entre los espacios reguladores del Estado central y el correspondiente a las CCAA. Asumiendo el Estado una función de control de todo el conjunto del sistema protector de potencial o posible conformación heterogénea en el segundo y tercer nivel.

Con todo, el argumento básico reside en el hecho de que la protección de las situaciones de dependencia (a través de prestaciones de servicios y de prestaciones económicas) acaba siendo una típica materia social de tutela transversal u horizontal que, en calidad de tal, exige operativamente (no se olvide que uno de los principios inspirados del sistema legal es el tratamiento “integral” y “la transversalidad de las políticas de atención a las personas en situación de dependencia”) todo el conjunto articulado de medidas heterogéneas que requiere una efectiva atención a las personas dependientes. Ello lo recibe el sistema público de protección social en su conjunto de la emergente forma política de *Estado Social Autónomico Activo* (que exige de suyo la descentralización y el juego efectivo del principio de inmediación), donde se pretende articular las medidas de todo orden, pasivas y activas, para afrontar la protección de los individuos ante las cada vez más complejas situaciones de necesidad social. En esta forma política se refuerza la idea de “compartir” frente a la de “excluir”. Ello supone una superación en la realidad constitucional –y en gran

medida el actual proceso constituyente autonómico- del esquema tradicional de “monopolio competencial”, que hoy parece inequívocamente inoperante en la práctica para resolver los problemas planteados a la Política y al Derecho Social ante los dilemas del presente.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (a la cual el art.6.1 del TUE, en la versión revisada del Tratado de Lisboa, atribuye eficacia jurídica vinculante), garantiza el derecho a la Seguridad Social y Ayuda Social ex art. 34, dispone que «La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la *dependencia* o la vejez, así como en el caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales». De este modo, la dependencia se inserta dentro del conjunto de las prestaciones de Seguridad Social y Servicios Sociales. Esta disposición enlaza con los artículos 25 (“Derecho de las personas mayores. La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”) y 26 (“Integración de las personas discapacitadas. La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y su participación en la vida de la comunidad”) de la referida Carta de la Unión.

En todo caso, hay que tener en cuenta el bloque normativo de Seguridad Social en el texto constitucional y su conexión con la problemática de la distribución de competencias autonómicas. Es preciso distinguir entre el bloque formado por los artículos 41, 49 y 50 de la Constitución y el problema distinto de distribución de competencias en el Estado social autonómico.

1º) En primer lugar, el art. 41 CE (en relación con otros preceptos como los artículos 49 y 50 del mismo texto constitucional) formula una noción general y omnicompreensiva de Seguridad Social (en la que se incluyen explícitamente una dimensión asistencial). La elaboración del art. 41 CE se produce en la época donde se estaban reformulando los sistemas de Seguridad Social de origen continental hacia una configuración mixta (contributiva y asistencial dentro del propio Sistema institucional de Seguridad Social). Por otra parte, se ha ido difuminando progresivamente la distinción estricta entre Seguridad Social y Asistencia Social (ambas técnicas renovadas y “mezcladas”) como se puede apreciar en la doctrina del TC, precisamente a propósito de la distribución de competencias en estas materias de protección social pública. La hermenéutica del art. 41 CE conduce desde el punto de vista de su lógica interna a una visión holista respecto al alcance y morfología de la Seguridad Social.

2º) En segundo lugar, se ha de señalar que es cuestión distinta la relativa a la distribución competencial, que conduce a una desmembración o fragmenta-

ción competencial entre el Estado central (Seguridad Social Contributiva y Asistencial) y las CCAA (asistencia social pública externa al Sistema de Seguridad Social). Se da apertura a una multiplicidad de títulos competenciales (artículos 149.1.1^a, 149.1.17^a, y 148.1.20^a de la Constitución). La protección por dependencia es Seguridad Social *Asistencial* (y, por tanto, asistencia social) situada fuera del Sistema institucional de la Seguridad Social, y estructurada como un Sistema Autónomo de Protección Social Pública.

Se puede afirmar, en definitiva, que el art. 41 CE puede dar lugar, como lo está haciendo ya en la práctica jurídica, a desarrollos sistémicos muy distintos: Sistema de la Seguridad Social; Sistema Nacional de Salud; Sistema Nacional de Dependencia. Es decir, la organización por sistemas autónomos y diferenciados desde el punto de vista jurídico e institucional de las diversas ramas de protección social pública. De este modo, “lo que es” Seguridad Social no se agota en un concreto Sistema Institucional de carácter estatal. Es una opción discutible de política legislativa de desarrollo de las previsiones constitucionales, pero también legítima y no contraria al texto constitucional.

En una perspectiva más concreta el encuadramiento de la protección de la dependencia en el Estado social autonómico es complejo, y va a dar lugar a desarrollos heterogéneos en el segundo y tercer nivel de protección legal. La Ley 39/2006 constituye, en efecto, la primera iniciativa normativa estatal para abordar la protección integral y sistemática de la dependencia (con importantes y abundantes desarrollos normativos, siendo una de las CCAA que ha avanzado más significativamente en este campo)³⁴, lo cual no significa que esta situación de necesidad no haya venido siendo objeto de cobertura por parte de otros entes públicos. En efecto, el Estado hasta ahora había permanecido al margen eludiendo su inclusión como contingencia autónoma en el ámbito objetivo de la Seguridad Social – a salvo de ciertas prestaciones económicas indirectas, de las que más adelante se tratará-, con lo que la tutela pública de la dependencia había quedado básicamente, como se ha comentado, en el ámbito de las Comunidades Autónomas en ejercicio de la competencia exclusiva en materia de Asistencia Social, asumida por todas ellas en sus respectivos Estatutos, con anclaje constitucional en el art. 148.1.20 CE.

Es importante reparar en que este título competencial permite a los poderes públicos autonómicos converger, e incluso concurrir, con el Estado en la

³⁴ Sin embargo, es criticable que la Comunidad Autónoma de Andalucía un cuente todavía con una Ley autonómica de protección de la dependencia. Véase Maldonado Molina, J.A.: “Competencia y funciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de dependencia”, en Monereo Pérez, J.L. y Serrano Falcón, C. (Dir. y Coord.): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Granada, Ed.Comares, 2009, págs. 483 y sigs.

conformación de un Sistema de Protección Social evolucionado y de estructura compleja en cumplimiento de los mandatos constitucionales de los artículos 9.2, 10.1, 49 y 50 CE, dirigidos todos ellos a la realización del principio de bienestar social, basilar en un Estado Social de Derecho. En efecto, tal y como ha dejado sentado reiteradamente la doctrina constitucional (SSTC 76/1986, de 9 de junio; 146/1986, de 25 de noviembre y 239/2002, de 11 de diciembre), en puridad el legislador Constituyente más que tolerar, reclama la acción conjunta de todos los poderes públicos para la satisfacción de esos objetivos mediante técnicas no sólo de subsidiariedad (como avalaba la STC 76/86), sino de complementariedad e, incluso, de yuxtaposición o suplementariedad (STC 239/2002). La protección social emerge, así, como un campo en el que las competencias constitucionales exclusivas no deben entenderse como “excluyentes” (STC 146/1986); es decir, la protección social se presenta como una materia compleja susceptible e idónea para el ejercicio de competencias concurrentes de los poderes públicos para la cobertura de situaciones de necesidad: por un lado, el Estado a través del subsistema de Seguridad Social ex art. 149.1.17 CE – marcado, por lo demás, por una dinámica asistencialista – y las Comunidades Autónomas por medio de sus respectivos subsistemas de Asistencia Social ex art. 148.1.20 CE, – caracterizados por una evolución expansiva hacia la noción de de Acción Social que se identifica con medidas contra la exclusión, promoción del bienestar social e igualdad de los ciudadanos.

En esta línea interpretativa, el TC ha efectuado una relectura evolutiva del art. 41 CE en relación con la Asistencia Social, mediante una interpretación conjunta y sistemática de dicho precepto en relación con el art. 148.1.20 CE en la que, partiendo de la premisa de que en aquél se “consagra un *sistema de protección social* encomendado a los poderes públicos que tiene como eje fundamental, aunque no único, al sistema de Seguridad Social...el cual coexiste con otros complementarios (STC 239/2002, FJ 6º)”, se llega implícitamente a la conclusión de que el nivel no contributivo de la Seguridad Social (asistencia social interna) puede complementarse y concurrir con otro nivel externo a cargo de las CC.AA (asistencia social externa). Desde esta perspectiva, en la que más adelante se abundará, la dependencia resulta ser una situación de necesidad que incide en particular en colectivos específicos –personas con discapacidad y personas mayores– y requerida de una también específica tutela conforme a los mandatos constitucionales ex arts. 49 y 50 CE. Dicha tutela es susceptible de ser dispensada por parte del Estado y por parte de las Comunidades Autónomas de forma complementaria y/o suplementaria, como modo de garantizar la suficiencia de la cobertura y, con ello, la efectividad del principio de justicia social. Con todo y pese a la legitimación competencial de ambos poderes –el Estado al amparo del art. 149.1.17 CE y las CC.AA al del art. 148.1.20 CE–, lo cierto es que, como se dijo, la materia había quedado casi

exclusivamente en el marco de la asistencia social autonómica, excepción hecha de la asistencia sanitaria (inespecífica y universal) dentro del sistema de Seguridad Social, de ciertas prestaciones económicas indirectas y marginales, igualmente de Seguridad Social –gran invalidez, complemento de ayuda de tercera persona de la invalidez no contributiva y asignación por hijo discapacitado y dependiente a cargo, más alguna intervención puntual reciente de orden estrictamente financiero en apoyo a Planes autonómicos de atención a la dependencia³⁵.

No obstante, las políticas autonómicas de protección de la dependencia venían acusando evidentes carencias: insuficiencia –cuantitativa y cualitativa– de una acción protectora, supeditada generalmente a disponibilidades presupuestarias; dispersión e inespecificidad de las técnicas de protección; lógica asistencialista (protección vinculada a límite de rentas) y reprochables desigualdades territoriales. Este estado de cosas es el que, precisamente, justifica la intervención estatal en la materia con el objeto de garantizar un nivel mínimo de protección y la igualdad de todos los ciudadanos, cualquiera que sea su lugar de residencia, en el acceso a dicha cobertura, sin perjuicio del respeto a las competencias constitucionales de las Comunidades Autónomas, esto es, sin merma del principio de autonomía política de las mismas³⁶.

En todo caso, si, con todas limitaciones apuntadas, los servicios sociales autonómicos son los que han instrumentado hasta ahora la única protección público-institucional de la dependencia, conviene efectuar siquiera un somero repaso de las regulaciones efectuadas por las CC.AA en este ámbito. En este sentido, habría que distinguir dos grandes grupos de actuaciones: la cobertura de la dependencia desde lo que se ha denominado “asistencia social invertebrada”, que constituye la regla general o mayoritaria en el panorama autonómico, y las minoritarias actuaciones a través de medidas de protección incardinadas en la “asistencia social vertebrada”.

En el primer caso, el más extendido en la práctica, como se ha dicho, se trata de una protección de la contingencia de dependencia desestructurada (desvinculada de su tronco “natural”, cuáles son las respectivas leyes de Servi-

³⁵ Se trata de los acuerdos de financiación estatal para proyectos autonómicos de ayuda a personas en situación de dependencia adoptados en el seno de la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales. Vid. en este sentido Resolución 26 de abril de 2006, de la Secretaría General Técnica del MTAS (BOE 23-05-2006) y RD 1633/2006, de 29 de diciembre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a la Comunidad Foral de Navarra y Comunidad Autónoma del País Vasco para proyectos de acción social a favor de las personas en situación de dependencia, vinculadas en ambos casos a la ampliación y equipamiento de la red de servicios públicos de atención a la dependencia.

³⁶ Suárez Corujo, B.: *La protección social en el Estado de las Autonomías*, cit.,pág.63.

cios Sociales autonómicas) y asistemática (carente de los elementos conceptuales esenciales relativos a la noción de dependencia, procedimiento de valoración y declaración de la situación y grado y requisitos de acceso a las prestaciones). En el segundo caso, minoritario en el panorama territorial, la protección de la dependencia se afronta de forma articulada, es decir mediante normas *ad hoc* de tratamiento específico y autónomo de la situación de necesidad protegida que incluyen los elementos del régimen jurídico de cobertura.

En lo que respecta al primer grupo, sólo tres Comunidades Autónomas cuentan con normas de atención a colectivos específicos potencialmente encuadrables en la noción jurídica de dependencia, si bien segregadas de sus respectivas Leyes de Servicios Sociales. Se trata de Andalucía, con sendas normas de atención a personas con discapacidad y personas mayores, que tangencialmente incorporan situaciones de dependencia, previendo carteras de servicios socio-sanitarios genéricas para los respectivos colectivos³⁷; Castilla y León, que limita su intervención a las personas mayores, si bien contempla como beneficiarios específicos de los servicios sociales a personas en situación de dependencia³⁸ y la Comunidad Valenciana, a través de su Estatuto de personas con discapacidad, con previsión específica de medidas de protección para personas con “grave discapacidad determinante de dependencia”³⁹.

En el segundo grupo –protección vertebrada de la dependencia–, se encuentran las Comunidades de Asturias, Madrid, Cantabria y Comunidad Foral de Navarra. La Ley asturiana 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios

³⁷ Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a personas con discapacidad, incluye en su acción protectora a personas con discapacidad grave que precisen de la ayuda de otra persona para las actividades de la vida diaria (art. 32.2) y Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención a personas mayores, con referencia específica a mayores con mayor nivel de dependencia (art. 1.1.a), previendo para ellas una serie de prestaciones socio-sanitarias en forma de servicios (atención domiciliaria, cuidados paliativos, estancias diurnas y atención residencia) y de carácter económico (ayudas individuales).

³⁸ Ley 5/2003, de 3 de Abril, de Atención y Protección a las Personas Mayores de Castilla y León, cuyo Título IV se dedica a la “atención de las personas mayores dependientes” y en él se incluye una definición de la dependencia conforme a la estandarizada por el Consejo de Europa (art. 42), si bien adolece de indefinición en lo relativo a la acción protectora a base de Servicios Sociales y sanitarios (art. 44.1) y planes y programas en materia socio-sanitaria (art. 46.1), sin concretar medidas específicas.

³⁹ Ley 11/2003, de 10 de abril, por el que se aprueba el Estatuto de personas con discapacidad, que entre los titulares de los derechos prevé expresamente a las personas con discapacidad con necesidad de apoyo generalizado (art. 2.3), entendiéndose por tal “aquella persona que, como consecuencia de su discapacidad, precisa de atención o ayuda de otra y otras personas para realizar los actos importantes de la vida diaria”. Además, en una línea de asistencia social evolucionada abandona, la lógica asistencialista para reconocer derechos subjetivos a las personas con discapacidad: prestaciones en servicios (art. 30) y económicas (art. 36).

Sociales recoge una definición de dependencia (art. 19.2) y contempla medidas específicas para las personas dependientes y de apoyo familiar (art. 27), aunque la concreción de las prestaciones se relega a desarrollo reglamentario por parte del Gobierno autónomo (art. 20) sin que, por otra parte, se reconozcan derechos subjetivos, por lo que el acceso a las prestaciones queda condicionada, en principio, a disponibilidades presupuestarias. La Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, dedica un Título específico (Título VI) a la dependencia, con definición de la contingencia protegida (art. 62.1) y determinación de las prestaciones a las que tienen derecho los beneficiarios, con la necesaria adaptación de las previstas en la cartera general -técnicas, económicas y materiales o de servicios- (art. 64.5), si bien éstas se vinculan a un Plan de Atención Social a la Dependencia, aun pendiente de regulación reglamentaria, que contendrá la gradación de la contingencia, los indicadores de cobertura según los grados de dependencia, la previsión del crecimiento de recursos necesario, así como su financiación, distribución territorial y calendario de implantación.

La Comunidad de Cantabria es la única que contaba, hasta ahora, con una norma legal específica y exclusiva sobre la materia: Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de Atención y Protección a las Personas en situación de dependencia, reconocedora del derecho de las personas dependientes a la protección de su autonomía (art. 1.a), comprensiva, también, de la noción de la dependencia estandarizada por el Consejo de Europa (art. 3) y con determinación de tres niveles de prestaciones materiales o de servicios (art. 4), si bien igualmente en este caso pendiente de desarrollo reglamentario (art. 5). No obstante, dicha norma ha sido derogada y reemplazada por la nueva Ley 2/2007 de Derechos y Servicios Sociales de Cantabria⁴⁰, que en la línea de superación del viejo asistencialismo de los servicios sociales predicable de la Ley 39/2006, reconoce el acceso a éstos como un derecho subjetivo de ciudadanía social⁴¹. En efecto, su

⁴⁰ Que viene a reemplazar, entre otras, a la Ley de Cantabria 5/1992, de 27 de mayo, de Acción Social y a la, ya mencionada, Ley de Cantabria 6/2001, de 20 de noviembre, de atención y protección a las personas en situación de dependencia.

⁴¹ Así lo proclama expresamente su Preámbulo (II): “La nueva Ley supera el viejo modelo asistencial de los servicios sociales, configurando un nuevo ámbito de protección social e instaura un sistema de derechos de ciudadanía, fundamentado en los principios de igualdad y universalidad. Su filosofía es claramente avanzada y persigue el reconocimiento de los derechos sociales como derechos de ciudadanía social. Pretende también la universalización de la protección social, lo que supone extender las actividades de prevención, promoción, tutela, intervención, incorporación e inclusión a todas las clases sociales. La Ley realiza, por tanto, un cambio paradigmático: sustituir toda inspiración en la beneficencia por modernos criterios de reconocimiento de nuevos derechos ciudadanos y trascender el ámbito tradicional de actuación de los servicios sociales,

art. 4.1 garantiza, con carácter general, a la ciudadanía de la Comunidad el derecho subjetivo universal a la Protección Social y, en particular [art.4.1.b] a “la protección en las situaciones de dependencia en los términos que establece la legislación estatal y en los que, en este ámbito, determine el Gobierno de Cantabria”. Así mismo, en su art. 27 se establece la cartera mínima de servicios (apartado A) –algunos de ellos, con el carácter de prestaciones garantizadas específicamente a las personas dependientes– y las prestaciones económicas previstas en la Ley estatal, con la previsión de que ambos casos serán desarrolladas a nivel autonómico en virtud de la cofinanciación establecida en esta última norma.

Pues bien, aunque las más recientes normas de servicios sociales, –de la llamadas de “segunda generación”– pretenden inscribirse en la línea de una asistencia social evolucionada basada en el reconocimiento de derechos subjetivos, en puridad no garantizan ninguna prestación a las personas en situación de dependencia, ya que a pesar de proclamar el “derecho subjetivo” de los ciudadanos a los servicios sociales, éste queda supeditado a un desarrollo reglamentario que en la mayoría de los casos no se ha efectuado aun. En términos generales, el Libro Blanco “Atención a las personas en situación de dependencia en España” (2004) reconoce, no obstante, notables avances en la construcción de los “sistemas” autonómicos de servicios sociales al disponer de una amplia regulación jurídica, de un conjunto de recursos humanos y materiales estables, de reconocimiento social y de intervenciones estructuradas a partir de criterios e instrumentos técnicos, pero por otra parte constata la endeblez del “derecho” a los servicios sociales, en el sentido antes comentado. Por lo demás, se trata de insuficiencias que tienen un fuerte impacto particularmente en el ámbito de la dependencia, ya que para acceder a las prestaciones las personas dependientes (y sus familias) deben, además de acreditar la situación de necesidad, justificar la insuficiencia de recursos económicos para afrontar la situación. La utilización de, lo que el Libro Blanco denomina, “formas selectivas” de acceso cierra el paso a las prestaciones a muchas personas, especialmente aquellas que a pesar de sus graves limitaciones funcionales disponen de rentas medias superiores a los baremos establecidos para acceder a los servicios públicos o concertados, pero que no disponen de recursos económicos sufi-

hasta ahora, reducido a las situaciones de pobreza, exclusión y desprotección, al marcarse el objetivo de contribuir al bienestar de todas las personas y al pleno desarrollo comunitario. Este cambio sustancial responde a los mismos principios inspiradores que han motivado, a nivel de Estado, un hecho de singular trascendencia, que supone un hito en el desarrollo del cuarto pilar de nuestro Estado de Bienestar, como es el reconocimiento del derecho a la protección social de las situaciones de dependencia”.

cientes para costearse una plaza privada (Libro Blanco, cit, Cap. II, pp. 52 y 54).

Más recientemente, la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra, ya con el respaldo de la Ley 39/2006, se inscribe decididamente en la técnica de universalización de la protección y, así, reconoce el derecho universal de ciudadanía al acceso al sistema autonómico de servicios sociales (art. 1) y, específicamente dentro de los Programas de Servicios Sociales de base de implantación obligatoria (art. 31) recoge el Programa de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia (art. 31.b) con todas las prestaciones previstas en la Ley estatal y aplicable en los términos que se acuerden con la Administración General del Estado (AGE).

La Ley 39/2006, se vence por el modelo universalista, de manera que uno de los principios inspiradores de la Ley es “la universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en la Ley” [art.3. b)]. Toda persona necesitada en situación de dependencia tiene derecho a acceder a la protección pública dispensada, pero en los términos establecidos en la Ley (incluidas las exigencias de residencia y nacionalidad ex art. 5 LAAD). Se reconoce un derecho social como derecho de ciudadanía, con base a un principio de universalidad que no se ve cuestionado por la exigencia del copago por parte del beneficiario, porque tan sólo se trata de una modulación del derecho, que no tiene fuerza condicionamiento de su reconocimiento. Ese derecho se consagra expresamente en el art. 1 de la Ley, a cuyo tenor “la presente Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio español” (art. 1.1). El derecho subjetivo de ciudadanía a la autonomía es un derecho a las prestaciones que en el fondo presenta una conexión funcional y dinámica con el conjunto de derechos fundamentales de las personas. Según el art. 4.1 de la Ley “las personas en situación de dependencia tendrán derecho, con independencia del lugar del territorio del Estado español donde residan, a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley, en los términos establecidos en la misma”. Las personas en situación de dependencia “disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente”, relacionando con carácter abierto y ejemplificativo los que se consideran más signifi-

cativos (art. 4.2 Ley). La preocupación es la de garantizar que las personas en situación de dependencia –que ex art. 1.1 tienen reconocido ya un derecho subjetivo de ciudadanía a la protección dispensada– no encuentren ninguna merma en el disfrute de los derechos que les corresponden como personas. De este modo, las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente” (art. 4.2 LAAD). Incumbe a los poderes públicos una función promocional: adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos de las personas en situación de dependencia, sin más limitaciones en su ejercicio que las directivamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia (art. 4.3). Con la LAAD se produce la transición de un modelo de asistencia social a otro modelo de carácter universal, en cuyo marco la protección social se garantiza a todas las personas en situación de dependencia, sin condicionamiento a la inexistencia de recursos económicos. El derecho subjetivo de ciudadanía a la protección se materializa a través de la creación legislativa del “Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia” (SAAD), con la implicación de las distintas Administraciones Públicas y la garantía por parte de la Administración General del Estado de un contenido mínimo común necesario de derechos para todas las personas en situación de dependencia con independencia del lugar de residencia en Estado español.

La titularidad del derecho subjetivo a la protección por dependencia es universal, lo que no obsta que se encuentra condicionado a que se acredite la situación de dependencia, pues ésta constituye el presupuesto lógico-normativo para que se realice la cobertura que dispensa el derecho a la protección ante la actualización de dichas situaciones. De ahí que en la organización jurídica de la protección sea preciso distinguir dos fases entrelazadas: el reconocimiento de la situación de dependencia (art. 28.2 LAAD; Cap. IV de la LAAD) y el reconocimiento en sí del derecho a la protección de la persona dependiente. Hay que tener en cuenta que el reconocimiento de la situación de dependencia no supone el acceso inmediato al derecho, como sería lo lógico atendiendo a la existencia de ese derecho subjetivo a la protección garantizado en el art. 1.1 LAAD. Ello está motivado por el hecho de que la Comunidad Autónoma de residencia habitual de la persona dependiente realizará el reconocimiento en atención al régimen de cobertura legalmente existente. En tal sentido es relevante el orden de preferencia preordenado en la LAAD. En el año 2007 sólo serán beneficiarios del Sistema de Dependencia las personas que se encuentren en una situación de “gran dependencia” –Grado III, niveles 2 y 1–. En esa aplicación gradual, en los años siguientes se atenderá progresivamente a los demás casos (DF. 1ª LAAD, “Aplicación progresiva de la Ley”). En dicha disp. final se establece que “la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia incluidas en la presente Ley se ejercerá progresivamente, de modo gradual y

se realizará de acuerdo con” el calendario que establece legalmente en la misma. Se arguye que es el alto coste y la gran complejidad de este Sistema de protección social el que ha determinado la vigencia gradual o escalonada. Es así que las personas a las que se les haya reconocida la situación de dependencia no verán satisfecho su derecho hasta la fecha de inicio de su año de implantación correspondiente. En todo caso, se atribuye a la competencia autonómica establecer en atención a la graduación legal los derechos de prestaciones como centro residencial, teleasistencia, ayuda a domicilio y centros de día o de estancia temporal. Por otra parte, interesa recordar que el mismo grado o nivel de dependencia como las prestaciones correspondientes puede ser objeto de modificación o revisión⁴².

Con todo, el art. 1.1 LAAD garantiza un derecho subjetivo de ciudadanía a la protección por dependencia. Es un derecho de ciudadanía social, y como todos los de esta clase supone un status jurídico que se concede a los miembros de pleno derecho de una sociedad, de manera que sus beneficiarios son iguales respecto a los derechos y obligaciones que implica. Se confiere un estatus legal de la persona integrado por el derecho subjetivo a la protección. Se trata, como todos los derechos sociales, de un *derecho de desmercantilización* de los modos de satisfacción de ciertas necesidades. El concepto de desmercantilización es la base de la ciudadanía social⁴³. El concepto de ciudadanía social se concibe en sentido jurídico y político como un conjunto de pretensiones y expectativas que cada ciudadano en cuanto tal (con proyección universalista) expresa frente al Estado (o, más ampliamente, al poder público) para obtener la garantía de seguridad necesarias, en la vida y en el trabajo; y todo ello a fin de dar contenido de dignidad a la existencia individual. En esta perspectiva, los derechos sociales son derechos básicos de la persona y en cuanto tales quedan equiparados a los tradicionales derechos civiles y políticos. Tales derechos comprenden un conjunto de posiciones activas de ventaja y de medidas de política pública que neutraliza las desigualdades generadas por el mercado, que es una instancia provisora del bienestar insuficiente para la satisfacción generali-

⁴² AAVV.: Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete ,C., Moreno Vida, M^a.N., Maldonado Molina, J.A. y González De Patto, R.M^a.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudios sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Granada, Ed.Comares, 2007, págs.225-226.

⁴³ Monereo Pérez, J.L.: La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización”, en *Revista de Trabajo*, núm. 19 (1995), págs.7 a 46; ID.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996, cap. II, págs.45 y sigs., cap. III, págs.159 y sigs.

zada de las necesidades humanas fundamentales. El derecho subjetivo a la protección por dependencia se inserta en la ciudadanía social. Esta ciudadanía social adquiere una configuración dual: desde el punto de vista “formal”, la ciudadanía hace referencia a la condición de miembro de una determinada comunidad política; desde el punto de vista “sustancial”, la ciudadanía remite a la atribución al ciudadano de un conjunto de derechos reconocidos por el Estado. La ciudadanía social está vinculada al principio de igualdad sustancial representando un límite al mercado en aras de la realización de la justicia social).

El derecho subjetivo de ciudadanía ex art. 1.1 LAAD implica todo eso, y así el reconocimiento del derecho del ciudadano dependiente a un nivel mínimo de vida digna, esto es, de vida civilizada. No existen razones impeditivas para no configurar los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos, lo que ocurre es que se insertan en una revisión de la categoría técnica de derecho subjetivo. Así se ha señalado que un derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas (derecho *prima facie*) y suficientes (derecho definitivo abstracto), y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto (derecho definitivo concreto). Una de las ideas-fuerza fundamentales del proceso de constitucionalización reforzado a partir de la segunda postguerra mundial ha sido la tendencia a reconocer la universalidad de los derechos humanos, superando su mera condición de derechos de “ciudadanía” estricta⁴⁴, mediante su atribución a la persona. El proceso vendría marcado por el desplazamiento de los derechos del ciudadano a los derechos de la persona⁴⁵. Sin embargo, el proceso es incompleto, en la medida

⁴⁴ En la lógica de la defensa de la universalidad de los derechos, se ha aportado una definición formal o estructural de derechos fundamentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derechos subjetivos cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. Cfr. Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pág.37. Es verdad que la experiencia histórica pone de manifiesto ciertas aporías de un discurso universalista, pues no son pocas las culturas que cuestionarían algunos de ellos. No obstante, tras la refundación del sistema internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial inició un proyecto constituyente en el marco de la ONU que confiere un alto grado de legitimidad político-jurídica a las grandes Declaraciones y Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

⁴⁵ Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, págs.97 y sigs.

en que quedan condicionados por los sistemas estatales y la demarcación de sus fronteras. Es decir, estamos ante los derechos de ciudadanía entendida ésta como el “estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad” política⁴⁶. La propuesta alternativa desde el garantismo jurídico ha sido la de recuperar el aliento *universalista* en una refundación del Derecho internacional. Ese carácter incompleto e imperfecto se manifiesta en el mismo derecho subjetivo de ciudadanía social ex art.1.1 LAAD, que no obstante afirmar su universalidad limita el ámbito subjetivo a los ciudadanos españoles.

⁴⁶ Véase Marshall, T.H.: *Ciudadanía y clase social (1950)*, en Marshall, T.H. y Bottomore, T.: *Ciudadanía y clase social*, trad. P. Linares, Madrid, Alianza, 1998.

EL COMPLEJO EQUILIBRIO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alcalá de Henares

EXTRACTO

Palabras Clave: Dependencia, Reparto de Competencias

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia se presta a diferentes análisis dada la enorme importancia de los múltiples temas que suscita. Uno de ellos es el relativo al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que es uno de los aspectos más controvertidos de dicha Ley que se proyecta, de manera directa, tanto sobre la propia fundamentación constitucional de la misma como sobre la concreta distribución de funciones que ella efectúa entre las diferentes Administraciones Públicas. Esto es, sobre su cobertura o habilitación constitucional y sobre su contenido.

El trabajo defiende la suficiencia del título habilitante que supone el art. 149.1.1 de la Constitución a favor del Estado, no ya porque el nuevo Sistema que se crea se configura al margen del de Seguridad Social, sino por la necesidad de reconducir las diferentes incursiones autonómicas que se han venido desarrollando a través de la asistencia social y los servicios sociales. Y, sobre todo, por el ingente esfuerzo financiero que conlleva y el respecto de la confluencia de competencias no sólo ejecutivas, sino también legislativas.

ABSTRACT

Key Words: Dependency, Distribution of Competences

Law 39/2006, of 14 December, on the Promotion of Personal Autonomy and Assistance to persons in a dependency situation gives rise to different analyses given the great relevance of the many issues it deals with. One of them refers to the distribution of competences between State and Autonomous Communities, which is one of the most controversial aspects directly projected by this Law, both on the constitutional foundations thereof and the specific distribution of functions that it carries out between the different Public Administrations. That is, on the scope and constitutional authorisation and its content.

This work defends the sufficiency of the authorisation entailed by art. 149.1.1 of the Constitution in favour of the State, not only because the new System created is configured outside the Social Security, but because of the need to redirect regional forays that have taken place with regard to social assistance and social services. And, especially, because of the enormous financial effort it entails and with regard to the confluence of not only executive, but also legislative competences.

ÍNDICE

1. LA CONTROVERTIDA FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY 39/2006
 - 1.1. La utilización de un explícito título competencial en favor de la actuación del Estado condicionado, implícitamente, por otro reservado a las Comunidades Autónomas
 - 1.2. La voluntad del Estado de reafirmar su protagonismo, no excluyente, en un nuevo ámbito de la protección social
 - 1.3. La creación de un Sistema interrelacionado con prestaciones y servicios externos a él y garantizados por la Administración General del Estado y por las Comunidades Autónomas
2. LA COMPLEJA ARQUITECTURA DEL NUEVO SISTEMA: EL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
 - 2.1. Una premisa consustancial al Sistema: la decidida apuesta por la corresponsabilidad de las diferentes Administraciones Públicas
 - 2.2. Las competencias de la Administración General del Estado en el desarrollo y la aplicación del nuevo Sistema
 - 2.3. Las competencias, legislativas y ejecutivas, de las Comunidades Autónomas en el diseño y aplicación del nuevo Sistema
3. LA COOPERACIÓN INTERADMINISTRATIVA Y LA FUNCIÓN DEL CONSEJO TERRITORIAL DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA
 - 3.1. La necesaria cooperación interadministrativa como premisa necesaria para el buen funcionamiento del Sistema
 - 3.2. La cooperación institucionalizada a través del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia: la extensión y particularidad de sus competencias
4. Un BREVE EPÍLOGO: LA DESLEALTAD INSTITUCIONAL Y LA CRISIS ECOMÓMICA COMO UN MAL PRESAGIO PARA LA EFICAZ IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA

1. LA CONTROVERTIDA FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY 39/2006

1.1. La utilización de un explícito título competencial en favor de la actuación del Estado condicionado, implícitamente, por otro reservado a las Comunidades Autónomas

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia –en adelante, Ley 39/2006– se presta a diferentes análisis dada la enorme importancia de los múltiples temas que suscita. Uno de ellos es el relativo al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que es uno de los aspectos más controvertidos de dicha Ley que se proyecta, de manera directa, tanto sobre la propia fundamentación constitucional de la misma como sobre la concreta distribución de funciones que ella efectúa entre las diferentes Administraciones

Públicas. Esto es, sobre su cobertura o habilitación constitucional y sobre su contenido¹.

Pues bien, descartando otras posibles opciones², la disposición final octava de la Ley deja bien claro que el título competencial en el que ella se basa es el art. 149.1.1 CE, que otorga competencia exclusiva al Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos. Ciertamente, se trata de un fundamento que ha suscitado en esta ocasión, como también en otras anteriores— una gran polémica, dada la generalidad de su tenor literal y el riesgo de que constituya una especie de basamento transversal que bien pudiera neutralizar otras competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas por la propia Constitución. No obstante, no voy a entrar, deliberadamente, en una cuestión medular que ha sido suficientemente debatida y contrastada por la doctrina y que está pendiente de resolución por el Tribunal Constitucional pero que no constituye el objeto central de este trabajo.

Pese a ello, me permito decir, brevemente, que entiendo que tal precepto ofrece suficientes resortes para dar una cobertura suficiente para la aprobación de la Ley 39/2006, pues el recurso al mismo se adecua a las exigencias y cautelas que, de manera muy matizada, el Tribunal Constitucional ha establecido en reiteradas sentencias al delimitar el concreto alcance de tal precepto constitucional³. Y ello, porque la Ley regula las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de un nuevo derecho subjetivo de ciudadanía, independientemente del lugar en el que residan dentro del territorio español. Y, además, porque tal regulación se hace compatible, como se verá con detalle, con la atribución de unos amplios márgenes de actuación de las Comunidades Autónomas, que, aunque se centran, muy especialmente, en los de naturaleza puramente ejecutiva comprenden también, aunque en menor medida, algunos de carácter legislativo. De todos modos, es claro que alguno

¹ Tema que, como ha señalado J. Cruz Villalón “La protección social de la dependencia”, en *Temas Laborales* nº 89/2007, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pág. 24, constituye el nudo gordiano de la Ley.

² Véase M. R. Alarcón Caracuel “Cuestiones competenciales de la Ley de dependencia”, en *Temas Laborales* nº 89/2007, pág. 136 y ss.

³ Véase F. Pérez de los Cobos “La distribución de competencias entre Estado-Comunidades Autónomas en materia de dependencia”, en R. Roqueta Buj (coordinadora) “Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 42 y ss, M. R. Alarcón Caracuel “Cuestiones competenciales..”, cit., pág. 140 y ss y S. González Ortega (dir.), C. Blasco Raseró y M. Arenas Viruez “La aplicación de La Ley de Dependencia en Andalucía”, en monografías de *Temas Laborales* nº 37/2008, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pág. 75 y ss.

de los preceptos contenidos en dicha Ley puede suscitar dudas acerca de su conformidad constitucional, habida cuenta de la atribución exclusiva de competencias de asistencia social a las Comunidades Autónomas por el art. 148.1º20 CE⁴, pero ello no empaña, al menos con carácter general, la suficiencia de la habilitación constitucional empleada en esta ocasión⁵. Cuestión distinta, como en su momento sugirió acertadamente el dictamen del Consejo Económico y Social sobre el anteproyecto de Ley⁶, es que se hubieran debido complementar la invocación del art. 149.1º.1 CE con otros títulos competenciales de atribución exclusiva del Estado que también se ven afectados por la reiterada norma legal⁷.

Pues bien, al partir la Ley de tal premisa constitucional, la implicación de la Administración General del Estado en el diseño del Sistema la Autonomía y Atención a la Dependencia creado por la Ley era imprescindible, pero también lo era la intensa presencia de las Comunidades Autónomas en la concreción y desarrollo del mismo. Así, parece clara la voluntad legal de lograr un equilibrio entre dos variables constitucionales, una explícita y la otra implícita, que se

⁴ Para F. Pérez De Los Cobos “La distribución de competencias...”, pág. 68, el recurso exclusivo al art. 149.1º.1 CE es sorprendente, como también lo es el amplísimo espacio dejado por la Ley a su desarrollo reglamentario que excedería de las condiciones básicas previstas en dicho precepto constitucional. Por su parte, M. R. Alarcón Caracul “Cuestiones competenciales...”, cit., pág. 146, parece aceptar, pese a sus inconvenientes ya que había otras alternativas, la suficiencia de tal precepto constitucional, pero entiende que la obligación de que las Comunidades Autónomas de aportar la misma cantidad que el Estado en el nivel intermedio de protección implica invadir sus competencias al afectar a su autonomía financiera.

⁵ A favor de tal cobertura constitucional, M. Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer “Los objetivos generales de la protección de las personas en situación de dependencia”, en *Temas Laborales*, nº 89/2007, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pág. 35-36 y, del mismo autor, “La protección social de la dependencia”, en *Relaciones Laborales* nº 23-24/2006, pág. 8-10.

En sentido contrario, B. Suárez Corujo “Dependencia y Estado autonómico. El encaje competencial del Proyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, *Relaciones Laborales* nº 14/2006, Ed. La Ley, pág. 67 y ss, quien criticaba la insuficiencia del art. 149.1º.1 CE y abogaba por la inclusión del nuevo Sistema dentro del de Seguridad Social y, por tanto, por la cobertura del art. 149.1º.17 CE. Por su parte, J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, M^a N. Moreno Vida, J.A Maldonado Molina y R. M^a González de Patto “La protección jurídica de las situaciones de dependencia”, Ed. Comares, Granada, 2007, pág. 46 y 117, critican la cobertura débil del art. 149.1.1 CE y el uso generoso de dicho título habilitante que limita las competencias autonómicas y defienden que hubiera sido preferible concebirlo como parte de la Seguridad Social.

⁶ Dictamen de 20 de febrero de 2006.

⁷ En tal sentido, A. Sempere Navarro y F. Cavas Martínez “Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”, Ed. Thomson/Aranzadi, Madrid 2007, pág. 61-62 y 69 y ss.

articulan, complementariamente, en la propia Ley y que condicionan la concreción y aplicación de la misma: de un lado, la garantía de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español y, de otro, el respeto de las competencias exclusivas en materia de asistencia social atribuidas a dichas Comunidades.

Así, el primero de tales cometidos corresponde a la Administración General del Estado en base al art. 149.1.1 CE, que constituye, como ya se ha expuesto, el título competencial en el que se soporta la Ley al regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos. Y, por su parte, la segunda de tales variables se asienta sobre lo dispuesto en el art. 148.1.20 CE, fundamento legislativo que, como es bien sabido, ha servido de cobertura no sólo a las competencias encuadradas en el ámbito de la asistencia social, estrictamente consideradas, sino también y a través de la relectura expansiva –no exenta de polémica⁸– del alcance material de dicho apartado, a una amplísima actuación de las Comunidades Autónomas, tanto de tipo legislativo como ejecutivo, respecto de los servicios sociales. Es decir, la estrecha conexión entre las parcelas propias de la atención a la dependencia y la asistencia y los servicios sociales⁹ hace que fuera de todo punto necesario que el legislador tomara en consideración las ineludibles exigencias constitucionales de implicar, directa y activamente, a tales Comunidades en el desarrollo legislativo de la Ley y en la aplicación de la misma.

Ciertamente, la Ley 39/2007 sólo efectúa una alusión expresa al art. 148.1.20 CE, que no está en su articulado sino en su Exposición de motivos. Ella se limita a precisar que está justificado el recurso a la competencia exclusiva al Estado que le confiere el art. 149.1.1 CE en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad entre todos los españoles –en este caso, respecto de la protección de la dependencia– ya que se actúa con pleno respeto de las competencias que las Administraciones Públicas –obviamente, las Comunidades Autónomas, aunque no lo especifique así– hayan asumido en

⁸ Véase M. R. Alarcón Caracuel “Cuestiones competenciales...”, cit., pág. 132-133, quien efectúa una contundente crítica a la interpretación extensiva que se ha ido imponiendo del estricto título competencial previsto en el art. 148.1.20 CE, referido, en su literalidad, a la asistencia social y no a los servicios sociales.

⁹ Sobre las relaciones tales nociones y la de Seguridad Social, véase S. Barcelón Cobedo y M^a G. Quiñero Lima “Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia”, en *Relaciones Laborales*, tomo II/2004, pág. 202 y ss, F. Pérez de los Cobos “La distribución de competencias...”, pág. 27 y ss y J. C. Álvarez Cortés “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección a las personas dependientes”, en R. Calvo Ortega y Y. García Calvente (dir) “Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas”, Ed. Thomson/Civitas, Madrid 2007, pág. 502 y ss,

materia de asistencia social en desarrollo del primero de tales preceptos. Por ello, es claro que la citada Ley no ignora las exigencias que se derivan del art. 148.1.20 CE ni tampoco la firme apuesta que tales Comunidades han efectuado en la configuración y desarrollo de los servicios sociales en sus respectivos ámbitos territoriales, lo que, en muchos casos, se proyecta sobre la atención a personas en situación de dependencia.

En consecuencia, la elección por el legislador de un título competencial tan particular –y tan parco, como afirmaba el dictamen del Consejo Económico y Social sobre el anteproyecto de Ley– como es el constituido por el art. 149.1.1 CE y la larga sombra del art. 148.1.20 CE han supuesto que la Ley 39/2006 haya tenido que ser muy generosa en el reconocimiento de importantes competencias a las Comunidades Autónomas¹⁰. Desde luego, ejecutivas, pero también, como veremos, de carácter legislativo. Con tal premisa, si la Ley que nos ocupa hubiera actuado de otra manera y hubiera prescindido o minorado el lugar de éstas en el diseño y en la aplicación del nuevo Sistema que se crea, hubiera transgredido el reparto competencial previsto en la propia Constitución al haberse invadido espacios reservados, expresamente, a dichas Comunidades. Y, además, se hubiera privado de eficacia al nuevo Sistema que ella configura.

En definitiva, a través de Ley 39/2006, el Estado ha apostado por la creación de una nueva modalidad de protección social basculando sobre dos ejes que aparecen, continuamente, reflejados en aquella: de un lado, la reserva de un cúmulo de competencias en favor de la Administración General del Estado y, de otro, el reconocimiento de un amplio volumen de funciones a las Comunidades Autónomas. Se plasma, así, lo que podríamos considerar como una especie de solución salomónica entre las atribuciones estatales y las autonómicas que intenta satisfacer los títulos competenciales de una y otras cara a la ordenación y la puesta en práctica de un nuevo y complejo Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

1.2. La voluntad del Estado de reafirmar su protagonismo, no excluyente, en un nuevo ámbito de la protección social

La Ley 39/2006 decidió no articular dicho Sistema dentro de la Seguridad Social, como hubiera sido posible y constitucionalmente admisible, más allá de

¹⁰ Lo cual es lógico para M. R. Alarcón Caracul “Cuestiones competenciales...”, cit., pág. 134, al ser un Sistema ajeno tanto a la Seguridad Social como a la Asistencia Social o, como afirman R. Pérez Yáñez y A. de la Puebla Pinilla “Un notable avance en la protección social de la dependencia: la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”, en Relaciones Laborales tomo II/2007, pág. 854.

los problemas financieros y técnicos que ello hubiera supuesto. Pero, con todo, tal renuncia no implicaba que el Estado decidiera abdicar de cualquier toma de posición legislativa de conjunto sobre la protección de la dependencia. Y eso es, precisamente, lo que ha hecho utilizando para ello un título competencial tan genérico como polémico como es el ya aludido art. 149.1.1 CE. Y, así, es muy significativo que lo que el Estado ha hecho a través de la citada Ley, en materia de atención a las personas en situación de dependencia no lo llevó a cabo en las décadas pasadas respecto de otras cuestiones en las que las Comunidades Autónomas tienen un amplio –y, a veces, exclusivo– margen competencial. En efecto, aquél no ha articulado, por medio de una norma específica, un marco general de referencia, por ejemplo, en relación a las rentas mínimas de inserción o al conjunto de los servicios sociales, aunque, a mi juicio, en hipótesis, existen resortes constitucionales para haberlo llevado a cabo.

Por el contrario, en esta ocasión, el Estado ha reivindicado para sí un claro –aunque, desde luego, no excluyente– protagonismo, apostando, en base a un genérico y controvertido fundamento constitucional como único soporte, ni más ni menos que por la creación de un Sistema en el que se quiere materializar un nuevo pilar del Estado del bienestar. Y, de este modo, el Estado, a través de un acto de jacobinismo que no considero voluntarista sino fundado constitucionalmente ha querido evitar una dilución excesiva de sus competencias o una pérdida de protagonismo en una materia que, en parte, conecta con otras que son genuinamente estatales, como lo son las relativas a la Seguridad Social. Y que, a su vez, se proyecta sobre unos ámbitos materiales en los que las Comunidades Autónomas habían avanzado ya, de un modo muy significativo aunque, en ocasiones, balbuceante, a través de un entendimiento expansivo del título competencial relativo a la asistencia social.

Así, ante la continua y decidida toma de iniciativas por parte de las Comunidades Autónomas en materia de servicios sociales y, asimismo, ante fragmentarios reconocimientos de prestaciones económicas a personas dependientes¹¹, el Estado ha querido reafirmar su hegemonía en una precisa materia

¹¹ Un análisis de la situación anterior a la Ley en E. M^a Blázquez Agudo y A. B. Muñoz Ruiz “La protección de la dependencia en las Comunidades Autónomas: un panorama difuso”, en *Relaciones Laborales*, tomo II/2004, pág. 225 y ss. También, E. Guillén y A. Vilà “Los cambios legislativos recientes en materia de servicios sociales”, en D. Casado y F. Fantova (coord.) “Perfeccionamiento de los servicios sociales en España: informe con ocasión de la ley sobre autonomía y dependencia”, Fundación Foessa, Cáritas y Caja Madrid, Madrid 2007, pág. 147 y ss. Sobre las regulaciones vigentes tras ella, en R. Martín Jiménez “Título competencial y encuadramiento del modelo de la protección social de la dependencia”, en A. Sempere Navarro y P. Charro Baena “Comentario sistemático a la Ley de Dependencia”, Ed. Thomson Aranzadi, Madrid 2008, pág. 118 y ss.

en la que él considera que está legitimado para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de un nuevo derecho de ciudadanía, cual es el de la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia. Es más, la Ley 39/2006 puede suponer, al menos de manera implícita, una actuación reactiva que va en contra de la interpretación extensiva del concepto de asistencia social por parte de tales Comunidades, que, en sugestiva expresión de Alarcón Caracuel, ha sido fagocitada por los servicios sociales en los Estatutos de Autonomía recientemente reformados¹² con el resultado de una excesiva difuminación del peso de la Administración General del Estado respecto de tales servicios.

Pues bien, desde tal punto de vista, la aprobación de la Ley 39/2006 pudiera tener, en el fondo, algo de reacción por parte del Estado frente a la diáspora de regulaciones de las Comunidades Autónomas en materias relacionadas con la asistencia social y con los servicios sociales, obviamente, en lo que respecta a la protección de personas dependientes y no en otros ámbitos sobre los que aquéllos se proyectan. Es decir, es claro que tanto dicha asistencia como tales servicios se proyectan sobre un conjunto de colectivos más amplios que los que se encuentran en situación de dependencia. Sin embargo, éstos ocupan un lugar importante –y creciente– como uno de los grupos prioritarios de actuación, ya que ellos tienen una significación decisiva tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa en el conjunto de la protección social. De ahí que la Ley 39/2006 no haya pretendido llevar a cabo una ordenación básica del conjunto de los referidos servicios sociales –algo que llevan a cabo las Comunidades Autónomas en su marco de actuación– sino únicamente de aquéllos que tienen que ver, directamente, con las situaciones de dependencia.

Un empeño de tanta envergadura como es la creación de un Sistema digno de tal nombre aconsejaba la aprobación de una norma de carácter estatal que hiciera un diseño de conjunto y que garantizara a todos los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley unas condiciones básicas que, como mínimo, se respetaran en todo el territorio español. Si a todo ello le añadimos que la consecución de tales objetivos supone, necesariamente, la habilitación de cuantiosos medios materiales e instrumentales, llegaremos fácilmente a la conclu-

¹² M. R. Alarcón Caracuel “Cuestiones competenciales...”, cit., pág. 130-132, quien afirma, además, que ello ha supuesto la atribución indebida a las Comunidades Autónomas de la competencia exclusiva en materia de servicios sociales y la reducción del concepto de asistencia social. Un extenso análisis de los contenidos del nuevo Estatuto andaluz, en el trabajo de dicho autor “Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, en F. J. Prados de Reyes (coordinador), en “Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, Monografías de Temas Laborales nº 38/2008, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pág. 18 y ss.

sión de que la regulación de tal materia en una norma estatal no es, ni mucho menos, descabellada sino, más bien, al contrario. En suma, desde el punto de vista de su oportunidad, la opción de política legislativa que subyace en la Ley 39/2006 y la creación del nuevo Sistema que ella articula obedece a una lógica muy consistente.

La Ley es una manifestación de la voluntad del Estado de fijar un marco general de referencia válido en todo el territorio español que configure y garantice, globalmente, un derecho subjetivo a la protección de la situación de dependencia. Esto es, ha querido reafirmar el protagonismo estatal en la ordenación de un nuevo pilar del sistema de protección social, ya que, como reconoce expresamente la Exposición de motivos de la Ley 39/2006, “las necesidades de las personas mayores, y en general de los afectados por situaciones de dependencia, han sido atendidas hasta ahora, fundamentalmente, desde los ámbitos autonómico y local y en el marco del Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales, en el que participa también la Administración General del Estado y dentro del ámbito estatal, los Planes de Acción para las Personas con Discapacidad y para Personas Mayores”. Pero, con todo, se trataba de acciones limitadas, tanto subjetiva como objetivamente, que, en conjunto, no han resuelto los numerosos problemas que está generando el continuo aumento de la población dependiente.

En suma, con el diseño de este nuevo Sistema, el Estado parece haber pretendido evitar encontrarse con unos hechos consumados ante los cuales él pudiera tener un margen de maniobra mucho más reducido a la hora de ordenar, a posteriori, las actuaciones, parciales y desiguales, de las diferentes Comunidades Autónomas cuando éstas, quizá, hubieran asumido ya un mayor relieve en el tema que nos ocupa. Aunque, ciertamente, la consecución de este empeño hubiera supuesto un ingente esfuerzo presupuestario que la mayoría de las Comunidades no hubieran podido afrontar por sí solas.

1.3. La creación de un Sistema interrelacionado con prestaciones y servicios externos a él y garantizados por la Administración General del Estado y por las Comunidades Autónomas

La Ley 39/2006, como no podía ser de otro modo, no ha pasado sobre ascuas respecto de ciertas prestaciones de la Seguridad Social y otras de carácter público –como las que protegen, específicamente, a personas en situación de minusvalía– ni tampoco de los Servicios sociales autonómicos y ha construido un nuevo Sistema para la autonomía y atención a la dependencia teniendo en cuenta las anteriores aportaciones de la protección social relacionadas con la atención a la dependencia, por embrionarias que ellas fueran. Esto es, la Ley no ha querido –ni tampoco hubiera podido– hacer tabla rasa o, sencii-

llamente, ignorar las manifestaciones de la acción protectora dispensada conforme a la legislación vigente en el momento de promulgarse aquélla.

Dicha Ley parte de tales premisas y aprovecha algunas sinergias desarrolladas con anterioridad, pero va mucho más allá al diseñar una nueva modalidad de protección social que garantiza un conjunto de prestaciones y servicios que, claramente, ha ampliado y complementado los dispensados por medio del Estado y del Sistema de Seguridad Social, como reconoce, de modo expreso, la Exposición de motivos de la Ley¹³. Y, también, en palabras de la misma, ha llevado a cabo un nuevo desarrollo de los servicios sociales, que son, fundamentalmente, asumidos por las Comunidades Autónomas. Ahora bien, esta atribución no se hace de manera exclusiva y excluyente a éstas, como demuestra, con elocuencia, el hecho de que los art. 38.1 c) y 53 y 54 de la Ley General de la Seguridad Social admitan, expresamente, tales servicios dentro de la acción protectora del Sistema por ella creado –en concreto, en materia de reeducación y rehabilitación a personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores– y regule ciertos extremos de los mismos. Y ello, sin perjuicio de que la ejecución de tales servicios haya sido transferida a las Comunidades Autónomas.

Pues bien, de forma conectada con tales precedentes, dicha Ley ha creado un nuevo Sistema, que ha tejido un amplio entramado prestacional que supone un claro y decidido avance sobre la situación anterior. En efecto, aparte de la cohesión interna de tal Sistema y de la necesaria cooperación y participación de diferentes sujetos de naturaleza pública, a la que más adelante me referiré, era preciso articular las nuevas prestaciones y servicios ahora reconocidos con otros que ya lo habían sido en el pasado. Se trataba, pues, de asegurar una especie de coordinación o de interrelación con otras redes de protección externas al nuevo Sistema de Atención a personas en situación de dependencia, pero, eventualmente, convergentes con las ahora creadas. En primer lugar, con las prestaciones y servicios sociales garantizados por el Sistema de Seguridad Social, en segundo término, con otras de carácter público y, por último, con las propias de las Comunidades Autónomas. Todo ello a fin de evitar posibles sola-

¹³ Sobre la situación anterior a la Ley, véase S. González Ortega “La protección social de las situaciones de dependencia”, en *Relaciones Laborales* tomo II/2004, pág. 124 y ss, S. González Ortega (dir.), C. Blasco Rasero y M. Arenas Viruez “La aplicación de la Ley...”, cit., pág. 56 y ss, A. Sempere Navarro y F. Cavas Martínez “Ley de Dependencia ..”, cit. Pág. 27 y ss, J. C. Álvarez Cortés “Las competencias de las...”, cit., pág. 497 y ss, y J. López Gandía “La financiación de la protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, en *Temas Laborales* n° 89/2007, pág. 244 y ss y J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, M^a N. Moreno Vida, J.A Maldonado Molina y R. M^a González de Patto “La protección jurídica..”, cit., pág. 89 y ss.

pamientos y duplicidades en la acción protectora pública y de armonizar las costosas medidas previstas en la Ley 39/2006 con otras de diferente etiología, pero de concurrente y análoga, cuando no idéntica, significación.

Pues bien, la Ley 39/2006 ha querido dejar bien claro que el nuevo Sistema que ella crea es ajeno al propio de la Seguridad Social. Ello se evidencia por el hecho de haya, en ella, un deliberado silencio respecto del art. 149.1.17¹⁴, que se descarta, completamente, como fundamento constitucional de aquella norma legal. Pero, también, porque, en general, no abundan en aquella Ley las menciones expresas a la Ley General de la Seguridad Social en un calculado deseo de marcar una cierta distancia respecto de ella y, a la vez, de evitar confusiones en la materia regulada. Y, en esa misma línea, tampoco hay en la Ley 39/2006 modificaciones a la Ley General de la Seguridad Social, salvo una muy incidental, contenida en la disposición adicional decimosexta de la primera de esas dos Leyes, que cambia el art. 145.2 de la LGSS, relativo a la cuantía de las pensiones no contributivas. Alteración que no tiene que ver, directamente, con el objeto de la Ley 39/2006, sino que resucita, con algún matiz, el texto, ya introducido en su momento por la Ley 4/2005, de 22 de abril, pero modificado por la Ley 8/2005, de 6 de junio.

Sin embargo, la reiterada Ley 39/2006 no podía ignorar determinadas incursiones que la Ley General de la Seguridad Social efectúa en relación a la protección de ciertas manifestaciones de la dependencia, puesto que tal opción hubiera sido absurda y, además, disfuncional a los efectos del nuevo Sistema creado por la primera de tales normas legales. Por ello, era de todo punto inevitable que ella tomara en consideración los importantes precedentes que suponían ciertas prestaciones reguladas en la Ley General de la Seguridad Social –y, asimismo, en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos– relacionadas con la atención a personas discapacitadas en situación de dependencia y convergentes con las ahora reconocidas de manera novedosa. En concreto, las prestaciones relativas a los complementos percibidos por los beneficiarios de las pensiones de gran invalidez, por la asignación económica por hijo a cargo mayor de dieciocho años con un grado de minusvalía igual o superior al setenta y cinco por ciento, el de necesidad de otra persona de la pensión de invalidez no contributiva y el subsidio de ayuda a tercera persona de la mencionada Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI). Precisamente por ello y con el fin de evitar excesos y desajustes en la protección dispensada, el art. 31 de la Ley 39/2006 establece ciertas medidas que tienden

¹⁴ Para R. Martín Jiménez “Título competencial y...”, cit., pág. 115, la Ley no plantea la dependencia como una cuestión conflictiva desde la óptica competencial, pese a los problemas de deslinde entre dicho artículo y el 148.120 CE.

a ordenar la confluencia y a modular la compatibilidad entre prestaciones económicas. Así, prevé que la percepción de una de las prestaciones económicas previstas en esta última Ley deducirá de su cuantía cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social y, en particular, el complemento de tales pensiones, asignaciones y subsidios.

Por otra parte, la voluntad de coordinar las nuevas situaciones con las anteriores de idéntica naturaleza está también presente en la Ley 39/2006 cuando establece, en su disposición adicional novena, que tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, en el grado y nivel que se disponga el desarrollo reglamentario de la misma, quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona según el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Y, en fin, la disposición adicional quinta de la Ley 39/2006 integra en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas, que, como es sabido, es gestionado por el INSS, las distintas prestaciones reguladas, específicamente, por los art. 17 a 19 de dicha norma legal: la económica vinculada al servicio, la económica para cuidados en el entorno familiar y la económica de asistencia personalizada. Ello denota el deseo de dotar de publicidad y transparencia a tales prestaciones y de coordinarlas con otras que han de figurar, necesariamente, en esa gran base de datos de las prestaciones públicas. En suma, el nuevo Sistema no ha sido concebido como una especie de burbuja independiente de las mallas ya existentes de la protección social pública sino como otra manifestación de la acción protectora integrada en un conjunto más amplio.

Desde otra perspectiva, muchos de los servicios garantizados por el art. 15 de la Ley 39/2006 ya habían sido objeto de regulación, antes de la aprobación de la misma, por parte de diferentes Comunidades Autónomas, eso sí, de un modo más o menos extenso y articulado. Y, además, algunas de ellas habían admitido, incluso, limitadas prestaciones económicas dirigidas a proteger, en determinados supuestos, a personas en situación de dependencia. Con todo, tales marcos normativos tenían un alcance muy desigual y se caracterizaban por ir acompañados de dotaciones económicas insuficientes para garantizar la efectividad de la atención a todas las personas en situación de dependencia en sus respectivos ámbitos territoriales¹⁵.

En efecto, las medidas contenidas en la reiterada Ley guardan relación, mayor o menor, con otras que ya habían sido desplegadas en el pasado y que

¹⁵ Véase B. Suárez Corujo “Dependencia y...”, cit, pág. 58 y ss.

habían logrado algunos avances en la materia, pero que no dejaban de ser parciales al carecer de un marco global de referencia o de un Sistema que las contemplara como un todo interdependiente y no estar dotadas de una específica y suficiente financiación. En efecto, tanto la legislación como las actuaciones de las Comunidades Autónomas –pero, también, del Estado– en materia de atención a las personas en situación de dependencia eran, a la altura de 2006, incompletas y deficientes, no siendo la financiación de las mismas acorde con las crecientes necesidades de una población dependiente, lo cual guarda directa, aunque no exclusiva, relación con el creciente envejecimiento de los ciudadanos residentes en España¹⁶. Por todo ello, los logros conseguidos en la protección de tales colectivos por las diferentes Administraciones Públicas eran muy dispares, por lo que se veían necesitados de un planteamiento global y coordinado y de una fuerte inyección presupuestaria que racionalizara e impulsara, decididamente, las inconexas y aun poco eficientes medidas puestas en práctica hasta ese momento. En fin, será preciso saber entroncar lo ya existente con lo nuevo, lo cual puede no resultar, precisamente, fácil¹⁷.

2. LA COMPLEJA ARQUITECTURA DEL NUEVO SISTEMA: EL REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

2.1. Una premisa consustancial al Sistema: la decidida apuesta por la corresponsabilidad de las diferentes Administraciones Públicas

La idea de la corresponsabilidad de las Administraciones Públicas –señaladamente de las dos ya mencionadas, pero, también, aunque en menor medida, de las Entidades Locales, cuyo papel se ve un tanto desdibujado en la Ley¹⁸–

¹⁶ Véase con detalle G. Rodríguez Cabrero “Bases demográficas de la dependencia. Población en situación de dependencia y cuidados informales”, en A. Sempere Navarro y P. Charro Baena “Comentario sistemático a la Ley de Dependencia”, Ed. Thomson Aranzadi, Madrid 2008, pág. 25 y ss.

¹⁷ En tal sentido y con detalle, J. M^a Alonso Seco “Mejoras jurídico-institucionales en los servicios sociales”, en D. Casado y F. Fantova (coord.) “Perfeccionamiento de los servicios sociales...”, cit., pág. 402 y ss; y, también, E. Guillén y A. Vilà “Impacto de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia en los servicios sociales de las Comunidades Autónomas” en D. Casado y F. Fantova (coord.) “Perfeccionamiento de los servicios sociales...”, cit., pág. 202.

¹⁸ En tal sentido y críticamente, R. Roqueta Buj “El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”, en el volumen, coordinado por dicha autora, “Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situa-

impregna su razón de ser y todo su articulado. Dicha característica constituye una de sus más peculiares señas de identidad hasta tal punto que bien puede afirmarse que forma parte de su propio código genético, siendo varios los factores explican tal opción de política legislativa. De un lado, los objetivos de la Ley son tan complejos y tan ambiciosos que requieren, necesariamente, la activa implicación de tales Administraciones en la consecución de los mismos. En efecto, como es bien sabido, esta norma pretende establecer lo que su propia Exposición de motivos denomina “el cuarto pilar del sistema de bienestar”, lo que, necesariamente, presupone una ingente movilización de recursos y de esfuerzos provenientes de distintos y cualificados sujetos públicos. Ahora bien, el empeño es de tal calibre que no sólo han de participar en su consecución las mencionadas Administraciones Públicas sino, también, la iniciativa privada –y, en especial, el tercer sector– en los servicios y prestaciones reconocidos en la Ley, es evidente que aquéllas, por sí mismas, no se bastarían para alcanzar los enormes retos que conlleva la creación de un nuevo subsistema del Estado del bienestar y, por ello, reclaman la participación de centros privados, ya sean concertados o acreditados.

Pues bien, la explícita voluntad de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia implica la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en el que, como señala el primer precepto de la Ley, han de colaborar y participar “todas las Administraciones Públicas” (art. 1.1). Ello supone que, como se verá con detalle, se haya puesto un especial énfasis en lograr una plena e intensa cooperación entre ellas, para lo cual se han constituido ciertos órganos en los que ambas estén directamente representadas y a fin de imbricarse en el logro de los fines del referido Sistema. Y, desde ese punto de vista, destaca, singularmente, la configuración del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que ocupa un lugar central en el modelo creado y que se caracteriza tanto por la participación en él de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas –y, en su caso, por las Entidades Locales– como por las decisivas competencias que se le asignan legalmente, como tendremos ocasión de analizar.

Por otra parte, el concurso de distintos sujetos públicos –y, también, privados– es una premisa obligada dada la magnitud de los propósitos perse-

ción de dependencia”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007”, en el volumen, coordinado por dicha autora, “Comentarios a la Ley 39/2006, pág. 126-127, y, J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete, M^a N. Moreno Vida, J.A Maldonado Molina y R. M^a González de Patto “La protección jurídica...”, cit., pág. 122-123.

guidos por la Ley, como se deduce, con claridad, de la lectura del objeto y de los principios que la inspiran. Uno y otros tienen una amplia proyección, tanto cuantitativa como cualitativa, lo que es un fiel exponente de la intrínseca ambición de la norma legal y, por tanto, del Sistema que construye. En primer lugar, ello se deriva de la propia universalidad subjetiva que la misma prevé, garantizando el carácter público de las prestaciones del Sistema en el acceso de todas las personas en situación de dependencia (art. 3 b); planteamiento que es el resultado del expreso reconocimiento legal, como ya se ha señalado, de un derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, cuyos titulares son los sujetos que cumplan los requisitos establecidos en el art. 5 de la Ley.

En segundo término, hay que tener en cuenta la globalidad objetiva de dicha Ley, pues, como explicita su art. 1.2, el Sistema contemplará “medidas en todas las áreas que afectan a las personas en situación de dependencia”. La lectura de los principios previstos en el art. 3 de la Ley es sumamente elocuente al incluir un cúmulo de manifestaciones de hondo calado que evidencian la amplitud material de las medidas y técnicas utilizadas para la protección de las personas en situación de dependencia¹⁹. Así, señaladamente, la atención integral e integrada a las personas dependientes, la transversalidad de las políticas relacionadas con ellas, la personalización de la atención, el establecimiento de las medidas adecuadas de prevención, rehabilitación, estímulo social y mental, la calidad, sostenibilidad y accesibilidad de los servicios (art. 3 c), d), f) y g). En suma, una valoración conjunta de todos esos principios denota que la contemplación global, interdependiente e integral del complejo fenómeno de la dependencia es, sin duda alguna, uno de los más destacados aciertos de la Ley²⁰.

Y, como consideración final, cabe decir que la propia conformación de tres niveles de protección dentro del nuevo Sistema, a modo de círculos concéntricos, es un fiel exponente de la corresponsabilidad de las diferentes Administraciones Públicas e, incluso, de la trabazón entre ellas. En efecto, la Ley 39/2006 reconoce un nivel mínimo de protección establecido por la Administración General del Estado garantizado para cada uno de los beneficiarios del Sistema, según el grado y nivel de su dependencia, como condición básica de

¹⁹ Sobre su alcance, véase C. San Martín Mazzucconi “Principios inspiradores de la Ley”, en A. Sempere Navarro y P. Charro Baena “Comentario sistemático a la Ley de Dependencia”, Ed. Thomson Aranzadi, Madrid 2008, pág. 141 y ss y A. Sempere Navarro y F. Cavas Martínez “Ley de Dependencia...”, cit., pág. 85 y ss.

²⁰ Lo cual se corresponde, plenamente, con lo que, antes de la promulgación de la Ley, S. Barcelón Cobedo y M^a G. Quintero Lima “Delimitación competencial...”, cit., pág. 208 y ss, denominaron el carácter poliédrico de la protección de la dependencia.

garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia (art. 7 y 9.1). Es el Gobierno quien determina ese zócalo mínimo, pero la citada norma legal ha sido plenamente consciente de las limitaciones del Estado en la materia, por lo que ha reconocido que caben otros dos niveles de protección dentro del Sistema: el segundo de ellos es acordado entre la referida Administración y cada una de las Comunidades Autónomas y, el tercero, adicional y potestativo, está a cargo exclusivo de éstas (art. 7.2 y 3, 10 y 11.2).

Hay, pues dos niveles que son de responsabilidad directa y excluyente de determinadas Administraciones Públicas –el primero y el tercero–, si bien tienen distinto carácter, pues es obligatorio el primero y voluntario el tercero. Y es claro que este último podrá traer como resultado la existencia de disparidades en la protección de los beneficiarios según la Comunidad Autónoma en la que residan, siempre que se respeten los mínimos garantizados con carácter general. Y, por su parte, el segundo es de conformación híbrida al tener que articularse, como se verá, a través de un Convenio entre dicha Administración General y las Comunidades Autónomas, por lo que bien puede hablarse de un nivel consensuado o pactado.

2.2. Las competencias de la Administración General del Estado en el desarrollo y la aplicación del nuevo Sistema

La instauración del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia ha supuesto el reconocimiento de un denso tejido en el que interaccionarán, de manera muy estrecha y convergente, las diferentes Administraciones Públicas y, también, sujetos de naturaleza privada. La comprensión global de las competencias previstas por la Ley 39/2006 a las diferentes Administraciones Públicas requiere un análisis pormenorizado tanto de las atribuidas a la Administración General del Estado como de las de las Comunidades Autónomas e, incidentalmente, de las de las Entidades Locales. Y, además, es preciso conocer las funciones asignadas a ese órgano administrativo tan peculiar como central en el diseño del nuevo Sistema cual es el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, cuya razón de ser es la de servir de instrumento de cooperación para la articulación del referido Sistema. En efecto, el nuevo Sistema que crea la Ley es de arquitectura muy compleja dada la integración en él de distintas Administraciones Públicas a las que aquélla reparte ciertas funciones que bien pueden solaparse y que se ven necesitadas de un estrechísimo grado de cooperación entre ellas. Hay, pues, una trabazón de competencias de carácter estatal, comunitario y local que conviene descifrar y valorar para calibrar el rol de cada Administración y del referido Consejo en la configuración del Sistema.

Pues bien, el Parlamento aprobó la norma legal en la que ha efectuado el diseño general del nuevo Sistema en base al fundamento constitucional ya analizado con anterioridad regulando las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del nuevo derecho²¹. Y, a partir de ahí, el espacio a ocupar la Administración General del Estado se desdibuja, en alguna medida, al reservarle aquélla, con buen criterio, un lugar muy importante pero no exclusivamente protagonista, pues también las Comunidades Autónomas tienen un relevante papel en el desarrollo y, sobre todo, en la aplicación de la Ley 39/2006. En consecuencia, la mencionada pérdida de relieve no quiere decir, bajo ningún concepto, que la Administración del Estado abdique de sus competencias en la materia, ya que a ella se le encomiendan un cúmulo de funciones de un especial relieve, básicamente reglamentarias pero también ejecutivas, que pretenden implicarla para conseguir una plena eficiencia del Sistema creado. La sistematización de las mismas es, en síntesis, la siguiente.

En primer lugar, algunas competencias son normativas y tienden a seguir ordenando el nuevo Sistema a través del desarrollo reglamentario de la mencionada Ley. Lo evidencia, inequívocamente, el hecho de que ésta contenga, al menos, múltiples habilitaciones al Gobierno –o, en general, a lo que se establezca reglamentariamente– a fin de regular muy diversas cuestiones previstas en tal norma legal de modo general. Muy en síntesis, el establecimiento de las condiciones de acceso de los emigrantes españoles retornados (art. 5.4)²²; la determinación del nivel mínimo de protección de los beneficiarios del Sistema (art. 9.1)²³; el establecimiento de los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios previstos en el Catálogo y su compatibilidad (art. 10.3 y disp. final 5^a); la determinación de la capacidad económica de los solicitantes de prestaciones y servicios (art. 14.7), de las normas sobre Seguridad Social de los cuidadores no profesionales (art. 18.3 y disp. adicional 4^a); la fijación de la cuantía de las prestaciones económicas (art. 20); de los grados y niveles del baremo de dependencia (art. 27.2); los términos del nombramiento de los miembros del Comité Consultivo del Sistema (art. 40.4); los datos que las entidades y organismos que gestionen las prestaciones económicas están obligados a suministrar (disp. adicional 5^a) y la equivalencia con los grados y

²¹ J. M^a Alonso Seco “Mejoras jurídico-institucionales en los servicios sociales”, en D. Casado y F. Fantova (coord.) “Perfeccionamiento de los servicios sociales...”, cit., pág. 402-403, crítica que la Ley no precise qué preceptos son básicos y cuáles no lo son.

²² Desarrollado por la disp. adicional única del Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006.

²³ Previsión que ha sido desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 614/2002, de 11 de mayo, modificado por el Real Decreto 99/2009, de 6 de febrero. Para el ejercicio 2009, véase el Real Decreto 74/2009, de 30 de enero, que determina tal nivel mínimo de protección.

niveles de dependencia de las situaciones de gran invalidez y de ayuda por tercera persona (disp. adicional 9ª). Además, como colofón, no puede ignorarse la importancia de la genérica habilitación al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de la Ley 39/2006 (disp. final 7ª). En definitiva, se otorgan a la Administración General del Estado muy significativos y amplios márgenes de decisión que reafirman la decidida voluntad de protagonismo de la misma y que dejan abierta la concreción del modelo hasta su desarrollo reglamentario²⁴.

En segundo término, tal Administración tiene un lugar muy singular en la financiación de las prestaciones y servicios garantizados por dicha norma legal, variable sobre la que, como es obvio, gravita una gran parte del cumplimiento de los ambiciosos objetivos establecidos en ella²⁵. Así, a ella le corresponde, en exclusividad, la financiación del primero de los referidos niveles, pues es ella la que asume su coste fijando, anualmente, los específicos recursos económicos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (art. 9.2 y 32.2). Sin embargo, ello no quiere decir que aquella Administración se desentienda, completamente, del segundo de dichos niveles y que permanezca ajena a su sostenimiento. Así, la Administración General del Estado ha de pactar los correspondientes Convenios con cada una de las Comunidades Autónomas, en los que se incrementará el nivel mínimo de protección fijado por el Estado, estableciendo los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones y, en concreto, la financiación que corresponda a cada Administración en el marco de cooperación interadministrativa acordado en el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (art. 10). Tales Convenios recogerán una serie de criterios objetivos de reparto, siendo la aportación de la Comunidad Autónoma, para cada año, al menos igual a la de la Administración General del Estado (art. 32.3)²⁶.

²⁴ F. Pérez de los Cobos “La distribución de competencias...”, pág. 72 y ss.

²⁵ Sobre el particular, véase G. Rodríguez Cabrero “Financiación de los servicios sociales con especial referencia a la Ley de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: situación y propuestas de mejora”, en D. Casado, F. Fantova (coord.) “Perfeccionamiento de los servicios...”, cit., pág. 355 y ss. También, J. López Gandía “La financiación de la protección...”, cit., pág. 260 y ss, R. Roqueta Buj “Financiación del Sistema y aportación de los beneficiarios”, en el volumen coordinado por ella “La protección...”, cit., pág. 493 y ss y A.I. Pérez Campos “El sistema integral de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Cuestiones instrumentales”, en A. Sempere Navarro y P. Charro Baena “Comentario sistemático a la Ley de Dependencia”, Ed. Thomson Aranzadi, Madrid 2008, pág. 401 y ss.

²⁶ Véase, para Andalucía, la Resolución de 4 de abril de 2008, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que publica el Convenio de colaboración entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía, para el desarrollo del marco de cooperación interadministrativa y para el establecimiento y financiación del nivel de protección acordado (BOE 22-4-2008).

Pues bien, el relieve de las aportaciones efectuadas, cada año, por medio de la Ley de Presupuestos Generales del Estado es absolutamente determinante, ya que no sólo es exponente del esfuerzo económico que, de modo unilateral, tal Administración está dispuesta a realizar sino que, además, condiciona las cantidades que ha de destinar cada una de las Comunidades Autónomas al sostenimiento del segundo nivel de protección. Y, así, al Estado le compete, en principio, la carga económica más fuerte al costear tanto el primer nivel como una parte del segundo, mientras que tales Comunidades contribuyen al sostenimiento de este último y, sólo si así lo decidieran libremente, afrontarían el coste de un tercer nivel de protección, algo que hoy, cuando la implantación del nuevo Sistema está encontrando fuertes obstáculos, es prematuro e incierto. En consecuencia, es claro que, sin una decidida y cuantiosa aportación de la Administración General del Estado no es posible afrontar con unas mínimas garantías de éxito el inmenso reto que supone la creación y la puesta en marcha de un eficiente Sistema para la Autonomía y de Atención a la Dependencia. En suma, el coste de las prestaciones económicas y de los servicios sociales establecidos en la Ley 39/2006 supone, necesariamente, unas ingentes y continuas inyecciones presupuestarias si, realmente, se quiere lograr un eficaz Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de calidad que resuelva los enormes y crecientes problemas a los que se enfrenta. De lo contrario, nos encontraremos, sin duda, ante el talón de Aquiles más sensible, aunque no el único del referido Sistema.

En tercer lugar, el Ministerio de Trabajo e Inmigración tiene atribuida la delicada función de establecer un sistema de información del Sistema que garantice la disponibilidad de la información y la comunicación recíproca entre las Administraciones Públicas y la compatibilidad y articulación entre los distintos sistemas²⁷. Todo ello con el fin de contener información sobre el Catálogo de servicios, incorporando, como datos esenciales, los relativos a población protegida, recursos humanos, infraestructuras, resultados y calidad en la prestación de los servicios; y, asimismo, tal sistema contemplará, específicamente, la realización de estadísticas para fines estatales en materia de dependencia, así como las de interés general supracomunitario y las que se deriven de compromisos con organizaciones supranacionales e internacionales (art. 37).

Se trata de una competencia que es puramente instrumental y, en apariencia, de fácil consecución y que obedece a una lógica aplastante, pues es absolutamente razonable el intento de garantizar la coordinación de los

²⁷ Desarrollado por la Orden TAS/1459/2007, de 25 de mayo, que establece el Sistema de Información del Sistema para la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia y se crea el correspondiente fichero de datos de carácter personal.

sistemas informáticos que permita la integración de los datos de cada una de las Comunidades Autónomas en una base común gestionada por dicho Ministerio y la fluida transmisión de los mismos entre tales Comunidades y la Administración General del Estado. El propósito legal es laudable al querer evitarse los graves problemas que se han dado conocido en otros ámbitos de la política social como, por ejemplo, en materia de empleo hasta que se instauró el llamado Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo (SISPE). Sin embargo, la realidad de la aplicación de la Ley 39/2006 demuestra que no es, precisamente, un empeño sencillo de lograr, ya que las numerosas trabas encontradas en esta materia impiden que el sistema haya funcionado de manera eficaz. Con todo, el problema no es, en muchas ocasiones, tanto de compatibilidad entre los diferentes sistemas informáticos como de resistencias –cuando no obstrucción– al envío de datos.

En cuarto lugar, hay que tener en cuenta la presencia de la Administración General del Estado en determinados órganos de particular significación en el diseño y aplicación del nuevo Sistema. De un lado, aquella está representada, a través del titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración y de los diferentes Departamentos Ministeriales, en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (art. 8.1). Pues bien, tal presencia garantiza a dicha Administración un lugar, ciertamente no mayoritario ni siquiera paritario, en un decisivo y peculiar órgano, ya que él es el instrumento de cooperación para la articulación del Sistema, por lo que, como analizaré más adelante, ocupa un lugar central en la ordenación del mismo.

Por otro lado, la Administración General del Estado tiene cabida en el Comité Consultivo del Sistema, que estará presidido, significativamente, por el representante que designe el titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Se está ante un órgano de participación institucional en el que tienen presencia dicha Administración, con seis miembros, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades locales y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Las funciones de tal órgano son las de informar, asesorar y formular propuestas sobre materias de especial interés para el funcionamiento del Sistema (art. 40.2 y 4). Y, en fin, hay que tener en cuenta que la Administración General del Estado está presente, también, en el resto de los órganos consultivos previstos en el art. 41 de la Ley: esto es, en el Consejo Estatal de Personas Mayores, en el Consejo Nacional de la Discapacidad y en el Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social, cuyas competencias en la materia que nos ocupa son idénticas a las señaladas en el caso del Comité Consultivo del nuevo Sistema²⁸.

²⁸ Sobre tales órganos, véase R. Roqueta Buj “El Sistema para la Autonomía....”, cit., pág. 109 y ss, cit., pág. 109 y ss.

En quinto lugar, la Administración General del Estado es competente para imponer determinadas sanciones, especificando la Ley 39/2006 los órganos que, dentro de ella, tienen atribuida de tal potestad: de un lado, el titular de la Dirección General del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, en relación a sanciones por infracciones leves; de otro, el titular de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, cuando aquéllas sean graves; además, el titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración, respecto de las de carácter muy grave, si bien se requerirá acuerdo previo del Consejo de Ministros si las sanciones son superiores a 300.000 euros o en los supuestos de cierre de la empresa o clausura del servicio o establecimiento (art. 47.3). En todo caso, estas previsiones, como es obvio, se aplican sólo a las infracciones que se proyecten sobre el ámbito de actuación de la Administración General del Estado y, por lo tanto, han de conectarse con las competencias reconocidas a las Comunidades Autónomas, en sus respectivos ámbitos territoriales, tanto respecto del desarrollo del cuadro de infracciones y sanciones como en el ejercicio de la concreta potestad sancionadora prevista, de modo específico en los art. 11.1 f) y 47.2 de la reiterada Ley.

En sexto lugar, la Administración General del Estado –pero, también, las Comunidades Autónomas– podrá establecer acuerdos específicos para conceder ayudas económicas con el fin de facilitar la autonomía personal, las cuales tendrán la condición de subvención. Ellas están destinadas a costear ayudas técnicas o instrumentos de apoyo a la persona dependiente o a facilitar la accesibilidad y adaptaciones en su hogar (disposición adicional 3ª). De nuevo, la idea de la cofinanciación entre ambas Administraciones emerge, si bien nada obsta a que tales medidas pudieran incluirse en los correspondientes Convenios suscritos entre ellas. Y, en fin, el Gobierno presentará el informe anual a las Cortes sobre la ejecución de las previsiones de la Ley (disposición final 6ª.2).

2.3. Las competencias, legislativas y ejecutivas, de las Comunidades Autónomas en el diseño y aplicación del nuevo Sistema

La decisión de avanzar en la construcción de un Sistema para la autonomía y atención a la dependencia, ha supuesto que la Ley 39/2006 haya conferido un rol determinante a las Comunidades Autónomas en la concreción legislativa de ciertos extremos y en la aplicación de las prestaciones y servicios previstos en ella. Tan es así, que bien puede hablarse de una omnipresencia en dicha Ley –y, también, en sus normas reglamentarias–, pues un amplísimo conjunto de preceptos de aquélla se refieren a tales Administraciones Públicas. Puede hablarse, por tanto, de una variable que recorre, transversalmente, toda la

norma legal y que impregna todo su contenido²⁹. En efecto, la citada Ley contiene múltiples referencias al rol llamado a desempeñar por tales Comunidades, pero cabe destacar que ellas son, sobre todo, de naturaleza ejecutiva y, en mucha menor medida, de carácter legislativo en una opción que, como ya se ha puesto de relieve, es muy controvertida doctrinalmente al discutirse su eventual adecuación o no a las previsiones constitucionales de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social.

En efecto, las funciones atribuidas a dichas Comunidades desde el punto de vista de su alcance jurídico son de diferente calado. Así, el art. 11 de la Ley se detiene en la minuciosa y extensa enumeración de las competencias que, de modo directo, se reconocen en favor de las Comunidades Autónomas y a través de las cuales ellas participan en el Sistema, como veremos a continuación. Pero, además, hay una serie de preceptos de dicha Ley que establecen, de modo reiterativo, que hay otras funciones que se presuponen y respetan: así, cuando precisa que aquéllas han de entenderse “sin perjuicio de las competencias que les son propias según la Constitución española, los Estatutos de Autonomía y la legislación vigente” (inicio del art. 11.1). Y, también, la mención a que el Consejo Territorial del Sistema tiene una serie de funciones que el mismo lista, “sin perjuicio de las competencias de cada una de las Administraciones Públicas” que lo integran (art. 8.2), entre las que, como se verá más adelante, las Comunidades Autónomas que tienen una destacada presencia en el seno del mismo, pues se otorga la mayoría de sus miembros en la composición del referido Consejo. Y la misma reserva respecto de las competencias de tales Comunidades se contiene en el art. 34.2 y 3, relativo a la fijación de criterios de calidad del nuevo Sistema.

Ahora bien, más allá de esas genéricas salvedades, un análisis detenido de la Ley 39/2007 evidencia que la mayor parte de las funciones asignadas a las Comunidades Autónomas son de naturaleza puramente ejecutiva, pero también se les asignan otras que son de carácter normativo. En efecto, en algunos casos, se reconoce, de manera explícita, la atribución de competencias legislativas a tales Comunidades. Así, de un lado, cuando se prevé que ellas podrán adoptar las normas de acceso y disfrute que consideren más adecuadas si decidieran definir, con cargo a sus presupuestos, niveles de protección adicionales al mínimo garantizado por la Administración General del Estado y al intermedio acordado, eventualmente, entre ésta y cada una de tales Comunidades (art. 11.2)³⁰. De otro, cuando se precisa el papel llamado a desempeñar por las Enti-

²⁹ En tal sentido, J.C. Álvarez Cortés “El desarrollo de las...”, cit., pág. 518 y ss.

³⁰ Nivel que suscita perplejidad a M. Rodríguez Pñero y Bravo-Ferrer “La protección social de...”, cit., pág. 12, por no quedar suficientemente delimitado ni en sus prestaciones ni en su financiación. Sobre el concreto alcance de la intervención de las Comunidades Autónomas, véase J. M^a Alonso Seco “Mejoras jurídico-institucionales...”, en D. Casado y F. Fantova (coord.) “Perfeccionamiento de los servicios sociales...”, cit., pág. 402.

dades Locales en la aplicación del nuevo Sistema, se otorga a la normativa de las respectivas Comunidades Autónomas la determinación del modo en que tales Entidades participarán en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia (art. 12.1). Asimismo, al disponer que tales Comunidades establecerán el régimen jurídico y las condiciones de actuación de los centros privados concertados (art. 16.2). Y, en fin, al establecer que ellas desarrollarán el cuadro de infracciones y sanciones previstas en la Ley (art. 47.1). Ciertamente, tales normas autonómicas tendrán que respetar determinados límites establecidos, en su caso, por la legislación estatal con carácter imperativo y básico, pero, salvado ese condicionante, cuentan con un margen de maniobra para poder desarrollar sus competencias normativas³¹.

Como se acaba de anunciar, es el art. 11 de la Ley el que establece, de modo específico, la relación sistematizada de competencias que, en sus territorios respectivos, corresponden a las Comunidades Autónomas en el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. La mayoría de ellas se enmarcan dentro de actividades típicamente aplicativas de la legislación vigente, como son, por ejemplo, la planificación, ordenación, coordinación y dirección de los servicios, la gestión de los mismos y de los recursos necesarios para la valoración y atención de la dependencia, el establecimiento de los procedimientos de coordinación socio sanitaria, la creación del Registro de Centros y Servicios y la acreditación de los mismos, la elaboración de los Programas Individuales de Atención, la inspección y, en su caso, sanción de los incumplimientos, la evaluación periódica del funcionamiento del Sistema y la transmisión a la Administración General del Estado de la información necesaria para la aplicación de los criterios de financiación. Además, otros preceptos de la Ley contienen una expresa mención a competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas claramente relacionadas con algunas de las anteriormente citadas: así, por poner un claro ejemplo, su art. 28.2, que prevé que el reconocimiento de la situación de dependencia se efectuará mediante resolución expedida por la Administración Autónoma correspondiente a la residencia del solicitante, si bien tendrá validez en todo el territorio del Estado.

En ocasiones, tales funciones no tienen un absoluto margen de maniobra sino que están condicionadas por decisiones y criterios de la Administración General del Estado o, en su caso, del Consejo Territorial del Sistema, en una curiosa interacción entre competencias propias y las correspondientes a ciertos

³¹ En desarrollo de tales competencias, la Junta de Andalucía ha aprobado una serie de normas; para una síntesis de las mismas, véase S. González Ortega (dir.), C. Blasco Rasero y M. Arenas Viruez “La aplicación de la Ley...”, cit., pág. 81 y ss; un extenso análisis de la organización de la protección de la dependencia en dicha Comunidad en la misma obra, pág. 165 y ss.

órganos en los que ellas están representadas de manera mayoritaria. Así, por ejemplo, cuando se dispone que tal Consejo acordará criterios, recomendaciones y condiciones mínimas que deberán cumplir los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia elaborados por dichas Comunidades (art. 21). O cuando se prevé que estas últimas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, si bien el Consejo Territorial deberá acordar unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos autonómicos de valoración que, en todo caso, tendrán carácter público (art. 27.1).

3. LA COOPERACIÓN INTERADMINISTRATIVA Y LA FUNCIÓN DEL CONSEJO TERRITORIAL DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

3.1. La necesaria cooperación interadministrativa como premisa necesaria para el buen funcionamiento del Sistema

Las nociones de cooperación y de colaboración entre los distintos sujetos afectados por la aplicación de la Ley 39/2006 aparecen como una constante reiterada e, incluso, casi obsesiva a lo largo de su articulado. Sin duda alguna, la consecución de sus ambiciosos objetivos hace que incorpore tales nociones dentro de los rasgos básicos del nuevo Sistema y de los principios que inspiran dicha norma legal. En efecto, la magnitud del empeño acometido hace que la idea de implicación de diferentes Administraciones Públicas esté presente en la propia esencia de la Ley. La compleja y plural configuración del Sistema evidencia la trabazón entre tales Administraciones y la necesaria cooperación entre ellas, pues la existencia de funciones entrelazadas e interdependientes entre sí requiere una eficaz coordinación interadministrativa. Sin embargo, parece que tanta insistencia es reveladora, de una parte, de una cierta inseguridad legislativa y, de otra, de la consciencia de las dificultades que, en la práctica, va a encontrarse la creación y aplicación efectiva del nuevo Sistema. Sea como fuere, bien puede sostenerse que la coordinación institucional actúa como presupuestos que constituyen una de las claras señas de identidad de la referida Ley³².

Así, desde su primer precepto, se deja bien claro que el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se crea “con la colaboración y parti-

³² Véase G. Rodríguez Cabrero “Los pilares de la ley de la dependencia. Especial referencia a la coordinación institucional”, en D. Casado Pérez (coord.) “Coordinación (gruesa y fina en y entre) los servicios sanitarios y sociales”, 2008, pags. 75-98.

cipación de todas las Administraciones Públicas” y que el mismo responderá a “una acción coordinada y cooperativa” de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, que contemplará medidas en todas las áreas que afectan a las personas en situación de dependencia, con la participación, en su caso, de las Entidades Locales (art. 1.1. y 2, respectivamente). Y, asimismo, al configurar el referido Sistema, dicha norma legal precisa que aquél “sirve de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias” en la materia y se configura como una red de utilización pública que integra, “de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados” (art. 6.1 y 2).

Por otra parte, la referida Ley incluye, de modo expreso, como principios de la misma “la cooperación interadministrativa” (art. 3 ñ), que, lógicamente, se proyecta sobre las distintas Administraciones Públicas que intervienen en el Sistema³³. Pero, además, se enumera, también, como principio “la colaboración de los servicios sociales y sanitarios” en la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema establecidos en la Ley y en las normas de las Comunidades Autónomas y en las aplicables a las Entidades Locales (art. 3 l). Se trata de una colaboración que podríamos denominar horizontal, pues, en la mayoría de los supuestos, se ha de llevar a cabo entre servicios que son competencia de las propias Comunidades, como son los relativos a los servicios sociales y la asistencia sanitaria. No obstante, tal rasgo también tiene un componente que se podría considerar como vertical al tener que coordinarse con los servicios prestados por las Entidades Locales. Esto es, sería una variable que se concreta, básicamente, en el interior de cada una de las Comunidades Autónomas, lo que guarda relación con lo previsto sobre el establecimiento por parte de tales Comunidades de específicos procedimientos de coordinación sociosanitaria (art. 11.1 c). Y, en esta misma dirección, la Ley consagra como principio de la misma “la integración” de las prestaciones establecidas en la Ley en las redes de servicios sociales de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de las competencias que tienen asumidas, y el reconocimiento y garantía de su oferta mediante centros y servicios públicos o privados concertados (art. 3 o) y 16.1).

Y, en fin, desde una perspectiva más global que toma en consideración a muy distintos sujetos, públicos y privados, se prevé que, con el objetivo de garantizar la calidad del Sistema desde el punto de vista de la formación y cualificación de profesionales y cuidadores, la Ley establece que se fomentará

³³ Sobre la organización de la cooperación, véase A. Palomar Olmeda “El sistema integral de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, en A. Sempere Navarro y P. Charro Baena “Comentario sistemático a la Ley de Dependencia”, Ed. Thomson Aranzadi, Madrid 2008, pág. 141 y ss

la colaboración entre las distintas Administraciones Públicas competentes en materia educativa, sanitaria, laboral y de asuntos sociales, así como de éstas con las universidades, sociedades científicas y organizaciones profesionales y sindicales, patronales y del tercer sector (art. 36.3). La ya comentada irradiación del nuevo Sistema y su amplia proyección subjetiva y objetiva se manifiesta aquí plenamente, aunque sea en línea de principios.

3.2. La cooperación institucionalizada a través del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia: la extensión y particularidad de sus competencias

El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia ocupa un lugar central en la definición de las líneas maestras del referido Sistema y en el diseño de un modelo de conjunto en el que las diferentes Administraciones Públicas estén integradas y actúen de manera coordinada. Tan es así que bien puede afirmarse que tal Consejo está en el corazón del propio Sistema o que pretende ser, realmente, la columna vertebral del mismo. La Ley 39/2006 lo califica como “instrumento de cooperación para la articulación del Sistema” (art. 8 Ley), lo que se relaciona, directamente, con una de las competencias expresamente atribuidas al mismo cual es “servir de cauce de cooperación, comunicación e información entre las Administraciones Públicas” (art. 8.2 k). En consecuencia, el Consejo es un órgano que, tal y como ha sido concebido, aspira a sentar las bases para impulsar y lograr una eficaz y fluida coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en él representadas, lo que, sin duda, es una de las claves del nuevo Sistema.

Para ello, se configura como un órgano puramente administrativo de naturaleza bipartita –pero no paritaria–, del que forma parte el titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración, un número de representantes de los diferentes Departamentos ministeriales y un representante de cada una de las Comunidades Autónomas, que, en conjunto tendrán mayoría (art. 8.1). Y, eventualmente y sólo por decisión facultativa del propio Consejo, estarán presentes en él las Entidades Locales, en la forma y condiciones que aquél disponga (art. 12.2 que concreta lo previsto, genéricamente, en el art. 2.2). Pues bien, sería deseable que se admitiera que el Consejo tenga representación de las tres Administraciones Públicas, pues se integraría en el mismo a unos sujetos que también tienen atribuciones en la materia, lo que, posiblemente, podría articularse por medio de la Federación Española de Municipios y Provincias.

El enorme protagonismo que, en la configuración del referido Sistema, alcanzan tales Comunidades se ve correspondido con su presencia mayoritaria en el seno del mencionado Consejo, que, como se acaba de exponer, es ni más ni menos que la piedra angular del sistema. A primera vista, parece que la Ley

ha resaltado la primacía de las Comunidades Autónomas en detrimento de la Administración General del Estado, lo que evidenciaría la impronta autonomista que se quiere dar al nuevo Sistema. Sin embargo, la dinámica interna del referido Consejo es más compleja y variable, como demuestra la experiencia de los primeros años de vigencia del mismo, ya que en su seno serán posibles múltiples alianzas, dependiendo del color político que, en cada momento, tengan las diferentes Administraciones Públicas en él representadas, por lo previsible es que los representantes de la General del Estado se alíen con los de las Comunidades de su misma opción política, con lo que la primera podrá asegurar la prevalencia de sus criterios en dicho órgano³⁴. De ese modo, la intervención de la Administración General del Estado –en particular, del Gobierno– será hiperbólica al producirse, en múltiples cuestiones, a través de un mecanismo interpuesto por el que, pese a estar en minoría, puede contar con el apoyo de representantes de algunas Comunidades Autónomas ideológicamente afines. En cualquier caso, parece aconsejable que sea un órgano que no se rija por estrictas imposiciones partidistas sino por consensos, lo más amplios posibles, dadas la intrínseca complejidad de la protección de la dependencia, la enorme magnitud de los retos a los que se enfrenta el nuevo Sistema y la extensa proyección material y territorial de sus decisiones³⁵.

Y esa conclusión se refuerza si se toma en consideración que las competencias asignadas al Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia son de hondo calado y, en ningún caso, subalternas o accesorias. La lectura de las funciones que la Ley le asigna, de modo expreso, permiten concluir que se está ante un órgano con funciones no sólo deliberantes sino, también, decisorias en la ordenación del modelo. En consecuencia, no es un órgano de participación institucional, pues, aparte de no incorporar a representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, tiene unas competencias que no se circunscriben, precisamente, a lo puramente participativo o a funciones de bajo perfil. Rasgo que lo diferencia, con claridad, del Consejo Consultivo del Sistema regulado en el art. 40 de la Ley, en el que sí están presentes tales organizaciones y que, como ya he señalado, se limita a “informar, asesorar y formular propuestas” sobre materias de especial interés para el funcionamiento de dicho Sistema.

³⁴ En tal sentido, F. Pérez de los Cobos “La distribución de competencias...”, pág. 63.

³⁵ J. M^a Alonso Seco “Mejoras jurídico-institucionales...”, en D. Casado y F. Fantova (coord.) “Perfeccionamiento de los servicios sociales...”, cit., pág. 412, se refiere a la cooperación desigual entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, pues la Ley ha concedido importantes competencias a la primera y, además, en los convenios entre ella y cada una de las Comunidades no habrá igualdad entre las partes.

En efecto, las competencias atribuidas por la Ley 39/2006 al Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia son muy amplias y variadas e, incluso –al menos, algunas de ellas–, intensas desde un punto de vista jurídico y de sus efectos sobre el conjunto del Sistema. La centralidad del Consejo se deduce del cúmulo de funciones que no se limitan a las expresamente enumeradas en el art. 8.2 de la Ley 39/2006 sino que del hecho de que las referencias al mismo enhebran el conjunto de la misma, como evidencia una detenida lectura de sus artículos y disposiciones adicionales, finales y transitorias. Ahora bien, algunas de ellas se enumeran, de modo general, en aquél precepto y, luego, se concretan en otros, por lo que es necesario ordenarlas con arreglo a unos parámetros lógicos y sistemáticos para tener una idea más precisa de su alcance. Además, es preciso coherenciar tales funciones con las asignadas a la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, en particular –pero no sólo, según se ha analizado ya–, en el art. 11 de la Ley 39/2006. Y, en tal sentido, como se ha recordado ya, su art. 8.2 comienza afirmando que las funciones del Consejo Territorial contempladas en él se entenderán “sin perjuicio de las competencias de cada una de las Administraciones Públicas integrantes”. Esto es, como no podía ser de otra forma, las amplias y decisivas competencias del referido Consejo cara a la ordenación, racionalización y articulación del Sistema han de ponerse en relación, en todo momento, con las atribuidas a otros poderes públicos. Sea como fuere, algunas de las asignadas al Consejo se mueven dentro de la órbita de lo puramente participativo, sin que, por lo tanto, su intervención sea decisoria, pero otras se caracterizan por tener una naturaleza vinculante, si bien, en ocasiones, no está claro su alcance jurídico³⁶, como tampoco lo está su particular relación con las normas de carácter reglamentario. Pues bien, comenzando por éstas y haciendo una ordenación de mayor a menor densidad jurídica, las competencias de tal Consejo se pueden sistematizar del modo siguiente³⁷.

En primer lugar, algunas funciones implican unos importantes márgenes de decisión en favor de dicho Consejo: en concreto, cuando es necesaria la aprobación de ciertas cuestiones por parte del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con carácter previo al ejercicio de la potestad reglamentaria. En efecto, hay en la Ley una estrecha y continua conjugación de competencias del reiterado Consejo y las propias del Gobierno –o, en su caso, de Ministerio de Trabajo e Inmigración–, en una curiosa dialéctica entre ambos sujetos. Se trata de unas atribuciones que podríamos denominar prelegislativas o, mejor, manifestaciones de la llamada legislación prene-

³⁶ F. Pérez de los Cobos “La distribución de competencias...”, pág. 65.

³⁷ Véase D. Lantarón Barquín “Articulación del sistema para la autonomía y atención a la dependencia: estructura administrativa”, en *Temas Laborales* nº 89/2007, pág. 277 y ss.

gociada, pues el acuerdo previo en el seno del Consejo condiciona el ejercicio de la potestad reglamentaria. Ahora bien, es obvio que la presencia de representantes de la Administración General del Estado en el mencionado órgano obliga a matizar, de algún modo, tal afirmación, pues, aunque aquella está en minoría frente a las Comunidades Autónomas, lo cierto es que cuenta con una importante presencia en el Consejo, y, como ya se ha señalado, muy probablemente se aliará con las Comunidades gobernadas por el propio partido político que sustenta aquella, por lo que, en absoluto, tal Administración será ajena a la gestación y al contenido de la norma de que se trate; y, además, ella cuenta con otros resortes, directos e indirectos –señaladamente, sus competencias en materia de financiación del Sistema– para hacer valer sus posiciones dentro de tal órgano.

Son exponentes de tal condicionamiento legal las siguientes funciones: de un lado, el Gobierno fijará, previo acuerdo del Consejo, las condiciones de acceso al Sistema de los emigrantes españoles retornados (art. 5.4). De otro, el Consejo establecerá los criterios para determinar la intensidad de protección de cada uno de los servicios previstos en el Catálogo y la compatibilidad entre los mismos, tras lo cual el Gobierno los aprobará mediante un Real Decreto (art. 10.3 y disposición final 5^a)³⁸. Asimismo, el Consejo acordará las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas reguladas en los art. 17 a 19 de la Ley para su aprobación posterior por el Gobierno por medio de un Real Decreto (art. 8.2 c) y 20)³⁹. Y, en fin, el Consejo acordará el baremo con los criterios básicos del procedimiento de valoración del grado y niveles de dependencia para su aprobación posterior por el Gobierno por medio de un Real Decreto (art. 8.2 e), 27.2 y 28.5 y disposición final 5^a)⁴⁰.

Ahora bien, en otros supuestos, la Ley 39/2006 no especifica si, tras la aprobación por el Consejo, se aprobará o no una norma reglamentaria. No obstante, ello pudiera deducirse implícitamente al exigirse la necesidad de “previo acuerdo” del aquél, lo que parece sobrentender que, tras él, habrá una disposición legal posterior. En concreto, de un lado, para establecer las condiciones de acceso a la prestación económica para cuidados familiares, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia

³⁸ Desarrollado por el art. 4 y ss del Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006.

³⁹ Desarrollado, también, por los art. 12 y ss del Real Decreto 727/2007 que se acaba de mencionar. Para el ejercicio 2009, véase el Real Decreto 73/2009, de 30 de enero, sobre las prestaciones económicas de la Ley.

⁴⁰ Aprobado por Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, que fue modificado por el Real Decreto 1197/2007, de 14 de septiembre.

y de su capacidad económica (art. 18.2). Y, de otro, para establecer las condiciones específicas de acceso a la prestación económica de asistencia personal (art. 19). Ahora bien, hay otra serie de supuestos en los que el reiterado Consejo tiene competencias de carácter decisorio, pero la Ley nada dice –ni de su literalidad se deduce con claridad– sobre la necesidad de que el Gobierno apruebe el correspondiente reglamento, lo que genera altas dosis de inseguridad jurídica y de confusión y suscita el problema si está implícita o no la potestad reglamentaria, lo que, en mi opinión, puede responderse positivamente al menos en los dos primeros supuestos que se mencionan a continuación⁴¹. De no ser así, pudieran considerarse, de algún modo, funciones paralegislativas. Así, el Consejo Territorial del Sistema ha de acordar las características de los órganos encargados de la valoración de las Comunidades Autónomas y, en concreto, unos criterios comunes de composición y actuación de los mismos (art. 8.2 e), 27.1 y 28.5). Además, ha de adoptar los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios que serán desarrollados en los Convenios (art. 8.2 d) y 33.3)⁴². Y, en fin, ha de acordar el Marco de cooperación interadministrativa para el desarrollo de la Ley (art. 8.2 a), que se desarrollará mediante los correspondientes Convenios entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, cuya razón de ser y contenido ya han sido analizados (art. 10.1 y 2 y disposición final 4^a, que incluye, también, la adopción por el Consejo del calendario para el desarrollo de la Ley 39/2006)⁴³.

En segundo término, el Consejo tiene atribuidas un conjunto de competencias claramente aplicativas. Así, podrá acordar, en su caso, planes, proyectos y programas conjuntos (art. 8.2 f). E, igualmente, acordará los objetivos y contenidos de la información con el fin de crear un sistema de información del Sistema, que, como ya se ha señalado, es un cometido atribuido al Ministerio

⁴¹ Así, para F. Pérez de los Cobos “La distribución de competencias...”, cit., pág. 66, se trata de remisiones tácitas. Y, en el mismo sentido, R. Roqueta Buj “El Sistema para la...”, cit., pág. 93-94, quien afirma que, pese a tal silencio, el acuerdo del Consejo debe de ser aprobado por una ulterior disposición reglamentaria estatal. Con todo, esta autora entiende que se da la paradoja de que el poder reglamentario del Gobierno central está más limitado cuando hay una remisión expresa y condicionada –véase, también, pág. 101- que cuando tal remisión es implícita, pues, en este caso, si el acuerdo se aprueba en el seno del Consejo sin el consenso de todas las Comunidades Autónomas, aquél no sería vinculante para las que hayan discrepado de él –véase, también, pág. 104-; tesis que no comparto, pues considero que, si el Consejo ha aprobado por mayoría tal acuerdo, él es de obligada observancia para todas las Comunidades Autónomas, incluidas las discrepantes, sin perjuicio de que, respetando tal marco de referencia, puedan efectuarse, en su caso, específicas concreciones a través del Convenio correspondiente.

⁴² Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad (BOE 17-12-2008).

⁴³ Resolución de 23 de mayo de 2007, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (BOE 2-6-2007).

de Trabajo e Inmigración, que garantice la disponibilidad de la información y la comunicación recíproca entre las Administraciones Públicas y su compatibilidad y articulación (art. 37.1); y, para ello, el Consejo tendrá la competencia instrumental de facilitar la puesta a disposición de documentos, datos y estadísticas comunes (art. 8.2 h). Y, en fin, tal órgano podrá establecer mecanismos de coordinación para las personas desplazadas en situación de dependencia (art. 8.2 i)⁴⁴, lo que, en parte, se relaciona con lo dispuesto en el art. 28.4 de la Ley sobre cambio de residencia y determinación por la Comunidad Autónoma de destino de los servicios y prestaciones que correspondan a la persona dependiente.

Por otra parte, el Consejo podrá adoptar criterios comunes de actuación y de evaluación del Sistema y, en particular, de acreditación de centros y planes de calidad, criterios de calidad y seguridad, indicadores de calidad, guías de buenas prácticas, cartas de servicios y estándares de calidad (art. 8.2 g), 34.2 y 3 y 35.1)⁴⁵. Y, además, se prevé que, transcurridos los primeros tres años de aplicación progresiva de la Ley, el Consejo realizará una evaluación de los resultados de la misma, proponiendo las modificaciones en la implantación del Sistema que, en su caso, estime procedentes, teniendo en cuenta el impacto de género (disposición final 1^a.3 y 4). E, igualmente, el informe anual que presente el Gobierno a las Cortes sobre la ejecución de las previsiones de la Ley ha de incorporar la memoria del Consejo (disposición final 6^a.2). Y, en fin, el acuerdo de los criterios, recomendaciones y condiciones mínimas que deben de cumplir los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia elaborados por las Comunidades Autónomas, con especial consideración de los riesgos y actuaciones de las personas mayores (art. 21).

En tercer lugar, algunas competencias se mueven dentro de la órbita de lo puramente participativo o propositivo: así, la relativa a la capacidad de informar la normativa estatal de desarrollo en materia de dependencia y en especial las normas previstas en el artículo 9.1, que establece que el Gobierno, oído dicho Consejo, determinará el nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del Sistema, según el grado y nivel de su dependencia (art. 8.2 j). Por otra parte, se prevé que el Consejo efectuará una propuesta sobre la capacidad económica del solicitante, la cual se determinará, en la forma que reglamentariamente se establezca, en atención a la renta y el

⁴⁴ Lo que ha sido regulado por el art. 3 del mencionado Real Decreto 727/2007, norma que se aprueba de conformidad con los Acuerdos adoptados por el Consejo Territorial del Sistema.

⁴⁵ Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad (BOE 17-12-2008). Téngase en cuenta, además, la Orden ESD/1984/2008, de 4 de julio, que crea la Comisión Especial para la mejora de la calidad del Sistema.

patrimonio del solicitante, teniéndose en cuenta su edad y el tipo de servicio que se presta (art. 14.7).

En cuarto lugar, hay ciertas funciones que se encuadran dentro del estímulo a determinadas iniciativas: de un lado, el Consejo podrá promover acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que han de incorporar programas de formación, información y medidas para atender los períodos de descanso (art. 4). De otro, dicho órgano promoverá la adopción de un plan integral de atención para los menores de tres años en situación de dependencia, en el que se contemplen las medidas a adoptar por las Administraciones Públicas, sin perjuicio de sus competencias (disposición adicional 13^a).

Y, por último, el Consejo tiene competencias de configuración y ordenación interna, como son las relativas a la decisión sobre sus normas de funcionamiento y presidencia (art. 8.2, in fine) y sobre la posible presencia en él de las Entidades Locales y sobre la posible participación de las ciudades de Ceuta y Melilla, en la forma y condiciones que aquél disponga (art. 12.2 y disposición adicional 11^a).

4. UN BREVE EPÍLOGO: LA DESLEALTAD INSTITUCIONAL Y LA CRISIS ECOMÓMICA COMO UN MAL PRESAGIO PARA LA EFICAZ IMPLANTACIÓN DEL SISTEMA

Como se ha expuesto con detalle, la creación del nuevo Sistema implica unas elevadísimas dosis de cooperación interadministrativa y de coordinación. Tan es así que la interdependencia entre la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas –y, también, de las Entidades Locales– es una condición sine qua non de eficacia del Sistema creado por la Ley 39/2006. Y ello es así, porque la plena y fluida aplicación del mismo requiere, sin duda alguna, una estrecha coordinación entre unas y otras Administraciones. Para conseguirlo, se ha diseñado un específico y peculiar órgano, el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, cuya lista de competencias es extensísima y constituye un fiel exponente de su absoluta centralidad en el diseño y en la aplicación del mismo.

Ahora bien, la mera existencia de tal órgano no es, por sí misma, una garantía a la hora de conseguir los objetivos de cooperación que el Sistema necesita, pero, en todo caso, es una premisa absolutamente necesaria para que ellos se alcancen, debiendo de estar su funcionamiento a la altura de las altas responsabilidades que se le asignan. Y ese no es, precisamente, un empeño fácil, porque es evidente que la coordinación y la cooperación interadministrativa enfatizada por la Ley 39/2006 requiere lealtad, buena fe y amplitud de miras entre las diferentes Administraciones Públicas para consolidar una verda-

dera política de Estado. Tales rasgos constituyen la condición básica para que el Sistema que se pretende crear pueda ponerse en práctica de una manera eficaz, aunque para lograrlo se necesitaría un sistema institucional mucho más maduro del que, realmente, tenemos.

En efecto, como la experiencia de la aplicación de la Ley en los dos primeros años de vida del Sistema está demostrando sobradamente que nuestro Estado autonómico –o, mejor, muchos de nuestros representantes políticos– aun no están preparados para alcanzar con holgura este tipo de retos, con lo que la consecución de los objetivos del nuevo Sistema se está resintiendo de manera muy notable. Así, la colaboración requerida no está, lamentablemente, a la orden del día, pues la obstrucción, el ocultamiento o la no transmisión de datos, cuando no la mala fe de algunos gestores, se unen, en la práctica, a la falta de agilidad, retrasos en la resolución de expedientes y a la disparidad y disfunciones de los procedimientos relativos al reconocimiento de los derechos que la Ley garantiza. El resultado es que, en especial en determinadas Comunidades Autónomas, hay una irritante e injustificada tardanza en la aplicación de la norma. Y todo ello está lastrando, de modo muy preocupante, el rodaje y el desarrollo del propio Sistema y produciendo una profunda frustración y unos daños, en demasiadas ocasiones, irreparables.

En definitiva, el comportamiento de las diferentes Administraciones Públicas debería de alejarse, con nitidez, de actitudes y planteamientos tan partidistas como miopes que son completamente contraproducentes para el logro de los objetivos del nuevo Sistema. La ausencia de cooperación entre las Administraciones Públicas puede llegar a ser el cáncer del Sistema con el riesgo de que se malogre el asentamiento del mismo, lo cual es gravísimo cuando lo que está en juego son, sencillamente, derechos subjetivos de personas dependientes que se encuentran en situaciones de una especial vulnerabilidad.

Si a todo ello se añade la intensa crisis económica que está azotando a nuestra sociedad y las negras sombras que ella proyecta sobre la financiación del Sistema, llegaremos fácilmente a la conclusión de que los obstáculos con los que se está encontrando la puesta en marcha del mismo tienen una envergadura considerable que hacen que no podamos ser muy optimistas sobre su despegue y consolidación futura. Un Sistema tan importante no merece una aplicación mezquina ni tan frustrante como la que estamos conociendo, pues ella no se corresponde con el tratamiento que ha de tener una cuestión de Estado con la que no se puede jugar con criterios o estrategias políticos de escaso nivel. En fin, confiemos en que tanta ceguera política y tamaña incertidumbre económica no arruinen lo que se ha contemplado con buen criterio, pero que aun no es, el cuarto pilar del Estado del bienestar. Sería una magnífica ocasión perdida que nuestra sociedad pero, sobre todo, el creciente número de personas dependientes que conviven con nosotros, no se merecen.

LA INSPECCIÓN DE TRABAJO EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA. NOTAS PARA EL DEBATE

MARÍA TERESA DÍAZ AZNARTE

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras Clave: Inspección de Trabajo, Estatuto de Andalucía

El Estatuto de Autonomía para Andalucía aprobado por la LO 2/2007 de 19 de marzo siguiendo en esta, como en otras cuestiones, la estela de uno de sus predecesores, el Estatuto de Autonomía para Cataluña (LO 2/2006, de 19 de julio), se ha decantado por una opción que a no pocos ha resultado sorprendente: el legislador autonómico ha decidido que los funcionarios de la Inspección de Trabajo pasen a depender no sólo funcional, sino también orgánicamente, de la Junta de Andalucía.

Elo ha propiciado que se abra un interesante debate en torno a la legalidad, conveniencia y oportunidad política de ejercitar dicha opción. Resulta interesante en este momento detenerse a reflexionar sobre el alcance de esta reforma, analizando los antecedentes normativos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, su configuración legal actual y, especialmente, el margen de actuación que la Constitución permite cuando efectúa el reparto de competencias en materia laboral entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

ABSTRACT

Key Words: Labour Inspection, Statute of Andalusia

Andalusia's Statute for Autonomy, adopted through Organic Law 2/2007 of 19 March, following the trail of one of its predecessors, Catalonia's Statute for Autonomy (Organic Law 2/2006, of 19 July), has chosen an option that has surprised many: the regional legislator has decided that Labour Inspection civil servants will depend on the Regional Government of Andalusia not only functionally, but also organically.

This has given rise to an interesting debate with regard to lawfulness, political convenience and opportunity to exercise this option. At this moment, it is interesting to reflect upon the scope of this reform, analysing the legal background of Labour Inspection and Social Security, its current legal configuration and, especially, the margin for activity granted by the Constitution when the competences in labour issues are distributed between the State and the Autonomous Communities.

¹ En general, sobre los nuevos Estatutos de Autonomía y el tratamiento que han efectuado de la materia laboral: VV.AA. (Dir. Balaguer Callejón, F.): *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Sevilla, IAPP, 2007; VV.AA. (Coord. Molina Navarrete, C.): *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía*, Sevilla, CARL, 2007; Monereo Pérez, J.L. y Díaz Aznarte, M.T.: *El Estado Social Autonómico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Albacete, Bomarzo, 2008; VV.AA. (Coord. Prados De Reyes, F.J.): *Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Sevilla, CARL, 2008.

ÍNDICE

1. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA
 - 1.1. Los orígenes de la Inspección de Trabajo
 - 1.2. El marco normativo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
2. LAS FUNCIONES Y FACULTADES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEY 42 /1997
3. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA Y LA FUNCIÓN INSPECTORA. HACIA UNA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DESCENTRALIZADA
 - 3.1. Planteamiento general
 - 3.2. Consideraciones técnico-jurídicas en torno a la función inspectora en el Estatuto de Autonomía para Andalucía
4. CONCLUSIONES

1. LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

1.1. Los orígenes de la Inspección de Trabajo

La creación de la Inspección de Trabajo en España se remonta al año 1906. La decisión de implantar en nuestro país un órgano administrativo encargado de fiscalizar el cumplimiento de la incipiente legislación laboral, encuentra su germen en el Real Decreto de 23 de abril de 1903 el cual, en su art. 11, alude a la fundación de “un Instituto de Reformas Sociales en el Ministerio de la Gobernación, que estará encargado de preparar la legislación de trabajo en su más amplio sentido, cuidar de su ejecución, organizando para ello los necesarios servicios de inspección y estadística, y favorecer la acción social y gubernativa en beneficio de la mejora o bienestar de las clases obreras”².

Sin embargo, no puede afirmarse que la promulgación del Reglamento para el Servicio de la Inspección de Trabajo el 1 de marzo de 1906, supusiera el primer intento del legislador por implantar mecanismos de control administrativo del cumplimiento de la normativa laboral. Con anterioridad a esta fecha,

² En la Exposición de Motivos del RD de 23 de abril de 1903, se subrayaba que era ya “indispensable un organismo adecuado para perfilar la reparación de los accidentes de trabajo y otras materias”. No obstante, hay que señalar que este texto normativo estuvo precedido por el intento de crear un Instituto del Trabajo, materializado en un proyecto de 1902 (que se aprobó en el Congreso pero no en el Senado). De hecho, el art. 11 del Proyecto de Ley de 1902 mediante el cual se pretendía crear el mencionado Instituto del Trabajo, cuando regulaba las funciones de este nuevo órgano, aludía expresamente a la inspección de del trabajo. Como curiosidad, podemos comentar que ya a principios del siglo XX, el legislador preveía que en la función inspectora colaborasen “Consejos Locales”. *Vid.* Rodríguez-Sañudo, F.: “El Instituto de Reformas Sociales en el origen de la Inspección de Trabajo”, RMTAS, núm. Extraordinario, 1998, págs. 125 y ss.

son varias las disposiciones normativas que contienen alusiones a la función inspectora aunque, como es conocido, no desplegaron la eficacia deseada³.

Conforme al Reglamento de 1 de marzo de 1906, el Servicio de la Inspección de Trabajo debía ocuparse de controlar el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, la Ley sobre trabajo de mujeres y niños de 1900, la Ley de descanso dominical de 1 de marzo de 2004 “y las demás leyes y disposiciones protectoras y reguladores del trabajo”. Asimismo, el Reglamento estructuraba la Inspección del siguiente modo: una Inspección central y una unidad constituida por Inspectores regionales y provinciales. Ya desde entonces se pusieron de manifiesto las dificultades para contar con un número suficiente de Inspectores, de manera que en la práctica las Juntas Locales mantuvieron parte de sus funciones en las capitales⁴. Desde la perspectiva orgánica, los Inspectores de Trabajo dependían del Instituto de Reformas Sociales, y tenían la condición de funcionarios administrativos.

En esta primera fase, las funciones del Servicio de la Inspección de Trabajo, debían pivotar sobre dos ejes, marcados por el propio legislador: “la misión de los inspectores debe tener un carácter preventivo, tanto como repressivo. La legislación de dirige a proteger al obrero, pero sin causar vejaciones a la industria, y los inspectores habrán de inspirarse en este concepto, sin desposeerse de la autoridad que les es aneja o indispensable para el cumplimiento de sus deberes” (art. 21 RD de 1 de marzo de 1906).

Se puede afirmar que en estos primeros años de andadura de la Inspección de Trabajo, primaba la labor pedagógica y preventiva sobre la función sancionadora. Los Inspectores centraban su actuación en aperebrir a los empresarios de las consecuencias del incumplimiento por su parte de las excepcionales normas laborales existentes.

³ Podemos mencionar en esta línea el Proyecto de Ley de 8 de octubre de 1855, relativo al ejercicio, policía, jurisdicción e inspección de la industria manufacturera (en el que se preveía el nombramiento de inspectores residentes en la comarca o en centros industriales, a los cuales se les atribuía la facultad de acceder a los establecimientos industriales); la Ley de Minas de 1859 y el Decreto de 29 de diciembre de 1868 (en los cuales se atribuía la inspección y vigilancia de las explotaciones mineras al Cuerpo de Ingenieros de Minas; la Ley Benot de 24 de julio de 1873 (creaba los Jurados Mixtos de obreros, fabricantes, maestros de escuela y médicos, los cuales, bajo la presidencia del juez municipal, tenían el deber de cuidar de la observancia de esta ley); la Ley de 13 de marzo de 1900, sobre condiciones de trabajo de mujeres y niños (establecía las Juntas Provinciales y Locales de Reformas Sociales a quienes se les encomendaban funciones de inspección); el Reglamento de la Ley de Accidentes de Trabajo de 28 de julio de 1900 (reforzaba las funciones de las Juntas Provinciales y Locales de Reformas Sociales), entre otras.

⁴ Vid. VV.AA. (Coord. Ramos, D. y Vera, M.T.): *Discursos, realidades, utopías. La construcción del sujeto femenino en los siglos XIX y XX*, Barcelona, Anthropos, 2002, págs. 256-257.

Paulatinamente, fueron apareciendo disposiciones normativas complementarias que pretendían conformar todo un cuerpo legislativo configurador de la Inspección de Trabajo. De este modo, se fueron perfilando sus funciones y facultades, así como las competencias de las Juntas Locales y Provinciales⁵.

Pero sin lugar a dudas, la creación del Ministerio de Trabajo el 20 de mayo de 1920, constituye uno de los hitos centrales en la consolidación de la Inspección, que desde ese momento se consideró adscrita a este Departamento.

Todo este proceso no estuvo exento de obstáculos. Aunque la Inspección de Trabajo nació con el propósito de abarcar la función de vigilancia y control del cumplimiento de toda la normativa laboral, paulatinamente fueron apareciendo nuevos órganos de control especializados, que provocaron una nada deseable dispersión en la labor inspectora: es el caso de la Inspección de Emigración (1907), el Servicio de Inspección del Retiro Obrero (creado en 1921 y sustituido en 1935 por la Inspección de Seguros Sociales), la Inspección Técnica de Previsión Social (1948)⁶.

La necesidad de unificar la diversidad de servicios inspectores pronto se puso de manifiesto, de manera que en 1939 se crea el Cuerpo Nacional de la Inspección de Trabajo, integrándose en el mismo tanto la Inspección de Seguros Sociales y como la Inspección de Emigración. El proceso unificador finaliza con la Ley 39/1962, de 21 de julio, Ordenadora de la Inspección de Trabajo, mediante la cual todos los Inspectores de Trabajo se integran en un único Cuerpo de funcionarios. La decisión del legislador de abordar en ese momento la regulación de la Inspección, estuvo condicionada por el hecho de que España ratificase el 14 de enero de 1960 el Convenio núm. 81 de la OIT sobre la Inspección de Trabajo en la Industria y en el Comercio (1947), al que aludiremos de manera más extensa en un momento posterior.

La Ley 39/1962, de 21 de julio, en su art. 1.2 se expresaba de modo contundente sobre la cuestión que nos ocupa: la función inspectora “compete al Estado de modo exclusivo e indelegable como función propia de su soberanía y se realiza por el Ministerio de Trabajo con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley”. Este texto normativo se mantuvo vigente hasta la promulgación de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

El tránsito del modelo autoritario al nuevo modelo de Estado de social y democrático de Derecho proclamado por la Constitución, provocó un importante paréntesis en la configuración legal de la Inspección. Ya en el período

⁵ Un estudio detallado de todo el proceso en Espuny Tomás, M.J.: “Los orígenes de la Inspección de Trabajo en España (1906-2006)”, *Iuslabor*, núm. 1, 2006.

⁶ Rodríguez-Sañudo, F.: “El Instituto de Reformas Sociales...*op.cit.*”, p. 139.

democrático, la principal reforma que se acometió hasta el año 1997, vino de la mano de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, mediante la cual se estructuró la función inspectora en torno a dos cuerpos: el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y el Cuerpo de Controladores Laborales (este Cuerpo se integró en 1997 al Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social).

El reto del legislador en este momento se centraba en la construcción de un sistema de Inspección laboral compatible con el Estado de las Autonomías. Como pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos de la Ley 42/1997, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, resultaba compleja la “situación de coexistencia de la Ley 39/1962, de 21 de julio, de Ordenación de la Inspección de Trabajo, con el sistema constitucional de derechos y libertades. A su vez, la concepción política imperante en 1962 pugna con la nueva organización territorial del Estado también surgida de la Constitución de 1978 con lo que, además de por las disfuncionalidades nacidas del transcurso del tiempo, se hace precisa la promulgación de una nueva Ley Ordenadora que tenga en cuenta la configuración de la actividad inspectora, como propia de un sistema institucional integrado y coherente con el modelo constitucional, que el Estado y las Comunidades Autónomas comparten de acuerdo con las reglas de distribución de competencias entre ambos bloques de poderes públicos”.

1.2. El marco normativo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Es así como la Ley 42/1997, configura el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social como un *sistema institucional integrado*, teniendo en cuenta el reparto de competencias que en materia laboral efectúa la Constitución española en el art. 149.1. 7^a y 17^a. En definitiva, “la Ley define un sistema institucional de Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se asienta conjuntamente en el ámbito del Estado y de las Comunidades Autónomas, en función de sus respectivas competencias y bajo el principio de colaboración interinstitucional y sin que tal configuración pueda cerrarse a eventuales modificaciones posteriores ni impedir el ejercicio de las competencias autonómicas en la línea establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

No obstante, el legislador ordinario no introduce novedades de calado respecto a la centralización de la actividad inspectora en materia laboral, pues optó en 1997 por la continuidad respecto a la tradicional concepción del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Cuerpos de Inspectores y Subinspectores) considerándolo orgánicamente dependiente del Ministerio de Trabajo, como de manera clara pone de manifiesto el art. 18.2 de la Ley

42/1997⁷. No obstante, salvaguardando la distribución competencial prevista en los arts. 149.1.7^a y 17^a CE, los Cuerpos de Inspectores y Subinspectores de Trabajo pasaron a depender funcionalmente de las Comunidades Autónomas, en el entendido de que la ejecución de la legislación laboral y de Seguridad Social comprende, de manera inequívoca, la potestad sancionadora. Por tanto, desde hace más de una década, la labor inspectora se ha venido desarrollando partiendo de esa dualidad: los Inspectores y Subinspectores constituyen Cuerpos nacionales dependientes orgánicamente del Ministerio de Trabajo pero, funcionalmente, están supeditados a la Administración Autonómica.

La concepción por tanto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como un servicio dependiente orgánicamente de la Administración Central ha persistido en nuestro Ordenamiento Jurídico. Sin embargo, el legislador ordinario, aunque no se decidiese en este momento a alterar las reglas esenciales del sistema de Inspección, sí que dejó la puerta abierta a otras opciones al declarar expresamente, como hemos tenido ocasión de mencionar, que lo dispuesto en la Ley 42/1997 era una alternativa, pero no la única posible en el nuevo modelo de Estado, de modo que tal configuración legal no podría “cerrarse a eventuales modificaciones posteriores ni impedir el ejercicio de las competencias autonómicas en la línea establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

La polémica en torno a la posibilidad de introducir una reforma de calado en las bases que sustentan la conformación orgánica de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no ha podido sustraerse de otro debate también de gran relevancia: la insuficiencia de recursos de la que adolece la Inspección. De hecho, este ha sido el principal problema que se ha puesto de manifiesto cuando se ha evaluado la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Se trata de una deficiencia compartida por los países miembros de la Unión Europea, si bien en el caso de España la cuestión reviste una gravedad especial ya que no salimos en absoluto beneficiados en la comparación con nuestros socios europeos.

⁷ Artículo 18 Ley 42/1997. “La Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

1. La Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a que se refiere el artículo 4 del Convenio número 81 de la Organización Internacional del Trabajo es un órgano del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

2. El sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social dependerá orgánicamente de dicha Autoridad Central y funcionalmente de la Administración competente por razón de la materia de los asuntos en que intervenga, sin perjuicio del carácter unitario e integrado de sus actuaciones. Los funcionarios de dicho Sistema de Inspección, en el desarrollo de su actividad, dependerán funcionalmente, por tanto, de la Administración General del Estado o de la Autónoma correspondiente, en función de la materia en que actúen (...).

En esta dinámica debemos inscribir la tendencia en los últimos años a incrementar el número de efectivos de la Inspección, así como las modificaciones operadas en la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales en base a lo dispuesto en la Ley 53/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención, que incidió en la necesidad de colaboración en materia preventiva, atribuyendo a los funcionarios públicos de las Administraciones autonómicas que ejerciesen labores técnicas en materia de prevención de riesgos laborales facultades de asesoramiento, información y comprobatorias de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo (Artículo primero). El legislador añadió a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales la Disposición Adicional Decimoquinta, en la cual se establece que los funcionarios públicos de las comunidades autónomas (pertenecientes en todo caso a los grupos de titulación A o B y con acreditada formación específica en materia preventiva) deberán contar con una habilitación específica expedida por su propia comunidad autónoma, en los términos que se determinen reglamentariamente para poder desempeñar tales funciones. El mencionado desarrollo reglamentario se produjo mediante el RD 689/2005, de 10 de junio, mediante el cual se modifica el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (RD 138/2000, de 4 de febrero) y el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas a la Seguridad Social (RD 928/1998, de 14 de mayo)⁸.

Se actúa así en la línea de fortalecer la función inspectora de la Administración laboral autonómica, facultando a los funcionarios técnicos (habilitados) integrantes de los Institutos de Seguridad y Salud de las distintas Comunidades Autónomas o del Instituto de Seguridad e Higiene estatal para acometer, junto a funciones de asesoramiento, información, asistencia técnica y formación, labores de comprobación del cumplimiento de las obligaciones preventivas en las empresas, de tal manera que incluso podrán requerir formalmente al empresario para que proceda a la corrección de los incumplimientos detectados, destacando además que “los hechos relativos a las actuaciones de comprobación de las condiciones materiales o técnicas de seguridad y salud recogidos en tales informes gozarán de la presunción de certeza a que se refiere la Disposi-

⁸ Cuando de las actuaciones de comprobación llevadas a cabo por los técnicos habilitados en materia de prevención de riesgos laborales se deduzca la existencia de infracción, y siempre que haya mediado incumplimiento de previo requerimiento, el funcionario actuante remitirá informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que se recogerán los hechos comprobados, a efectos de que se levante la correspondiente acta de infracción, si así procediera (art. 9.3 LPRL tras la reforma operada por la Ley 53/2003).

ción Adicional 4ª, apartado 2, de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social “(art. 9.3 LPRL)”⁹.

En definitiva, el marco normativo regulador en la actualidad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, lo conforman básicamente las siguientes normas:

– Convenio número 81 de la OIT, adoptado el 11 de julio de 1947, relativo a la inspección del trabajo en la industria y el comercio, ratificado el 14 de enero de 1960 (BOE de 4 de enero de 1961).

– Convenio número 129 de la OIT, adoptado el 25 de junio de 1969, relativo a la inspección del trabajo en la agricultura, ratificado el 11 de marzo de 1971 (BOE de 24 de mayo de 1972).

– Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

– Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, modificado por RD 689/2005, de 10 de junio.

– Orden de 12 de febrero de 1998, por la que se dictan normas para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.4 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

– Orden de 29 de febrero de 1996, por la que se desarrollan los cometidos de los Jefes de Unidad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social existentes en las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social y los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social adscritos operativamente a la misma.

– Orden PRE/2457/2003, de 29 de agosto, por la que se aprueba la instrucción sobre ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en empresas que ejerzan actividades en centros, bases o establecimientos militares (BOE de 9 de septiembre).

– Resolución de 18 de febrero de 1998, sobre el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

– Resolución de 11 de abril de 2006, sobre el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad (BOE del 19).

⁹ La doctrina ha puesto de manifiesto las tensiones existentes a la hora de reconocer la ampliación de facultades a dichos funcionarios técnicos. Valverde Asencio, A.J.: “El nuevo papel de las Comunidades Autónomas en la gestión de la prevención de riesgos laborales y la reforma estatutaria en Andalucía”, en VV.AA. (Dir. Fernández López, M.F.): *Política social europea y Comunidades Autónomas*, Sevilla, CARL-MERGABLUM, p. 96. Del mismo modo aborda esta cuestión Pedrosa Alquez, S.: “La nueva función de comprobación en prevención de riesgos laborales: hacia una subinspección especializada”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2007.

2. LAS FUNCIONES Y FACULTADES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN LA LEY 42 /1997

La Ley 42/1997 en su art. 1, define lo que denomina *sistema de de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social* como el “conjunto de principios legales, normas, órganos, funcionarios y medios materiales que contribuyen al adecuado cumplimiento de las normas laborales; de prevención de riesgos laborales; de Seguridad Social y protección social; colocación, empleo y protección por desempleo; cooperativas; migración y trabajo de extranjeros, y de cuantas otras materias le sean atribuidas”.

Por su parte, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se configura como “servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, arbitraje, mediación y conciliación en dichas materias, que efectuará de conformidad con los principios del Estado social y democrático de Derecho que consagra la Constitución Española, y con los Convenios números 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo”.

Resulta oportuno destacar en este momento la multitud y heterogeneidad de las funciones que la legislación ha atribuido a la Inspección. Aunque el acento se suele situar en la actividad netamente fiscalizadora y por consiguiente, sancionadora, lo cierto es que el sistema de Inspección diseñado por la legislación vigente, es mucho más ambicioso. Esta apreciación es relevante en relación al tema que nos ocupa, pues la propia dinámica del Estado autonómico, acompañada de la irrupción en nuestro Ordenamiento de textos normativos trascendentales, entre los que cabe destacar la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, han provocado que las bases sobre las que se venía sustentando el modelo clásico de Inspección, hayan admitido matices, como pone de manifiesto la posibilidad de que funcionarios autonómicos habilitados ejerzan labores de vigilancia y control de la normativa preventiva (así lo permitió la Ley 53/2003 de reforma del marco normativo de la prevención, a la que hemos hecho alusión anteriormente).

Es el art. 3 de la Ley 42/1997 el precepto que perfila el amplio elenco de funciones que corresponden a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social:

1. Vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y contenido normativo de los convenios colectivos, en los siguientes ámbitos:

1.1. Ordenación del trabajo y relaciones sindicales.

- a) Normas en materia de relaciones laborales individuales y colectivas.
- b) Normas sobre protección, derechos y garantías de los representantes de los trabajadores en las empresas.

1.2. Prevención de riesgos

1.3. Sistema de Seguridad Social.

a) Normas en materia de campo de aplicación, inscripción, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación de cuotas del sistema de la Seguridad Social.

b) Normas sobre obtención y disfrute de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, así como de los sistemas de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, además de cualesquiera modalidades de sistemas complementarios voluntarios establecidos por convenio colectivo.

c) Normas sobre colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como la inspección de la gestión y funcionamiento de las entidades y empresas que colaboran en la misma o en la gestión de otras prestaciones o ayudas de protección social.

d) El ejercicio de la Inspección por el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

1.4. Empleo y migraciones.

a) Normas en materia de colocación, empleo y protección por desempleo.

b) Emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros.

c) Normas en materia de formación profesional ocupacional y continua, excepto cuando la legislación autonómica disponga otras fórmulas de inspección en la materia.

d) Normas en materia de empresas de trabajo temporal, agencias de colocación y planes de servicios integrados para el empleo.

1.5. Normas relativas a cooperativas y otras fórmulas de economía social, así como a las condiciones de constitución de sociedades laborales, salvo que la respectiva legislación autonómica disponga lo contrario y en su ámbito de aplicación.

2. De asistencia técnica.

2.1. Facilitar información técnica a empresas y trabajadores, con ocasión del ejercicio de la función inspectora.

2.2. Prestar asistencia técnica a entidades y organismos de la Seguridad Social, cuando les sea solicitada.

2.3. Informar, asistir y colaborar con otros órganos de las Administraciones públicas respecto a la aplicación de normas de orden social, o a la vigilancia y control de ayudas y subvenciones públicas.

2.4. Emitir los informes que le recaben los órganos judiciales competentes, en el ámbito de las funciones y competencias inspectoras cuando así lo establezca una norma legal.

3. De arbitraje, conciliación y mediación.

- 3.1. La conciliación y mediación en los conflictos y huelgas cuando la misma sea aceptada por las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral.
- 3.2. El arbitraje, a petición de las partes, en conflictos laborales y huelgas, u otros que expresamente se soliciten.
- 3.3. La función de arbitraje por parte de la Inspección, sin perjuicio de las funciones técnicas de información y asesoramiento, si lo solicitan cualesquiera de las partes, será incompatible con el ejercicio simultáneo de la función inspectora por la misma persona que ostenta la titularidad de dicha función sobre las empresas sometidas a su control y vigilancia.

Las facultades de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se relacionan en el art. 5 de la Ley 42/1997. De este modo, los Inspectores para ejercer las funciones anteriormente enumeradas, están facultados para:

1. Entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo. Si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.
2. Hacerse acompañar en las visitas de inspección por los trabajadores, sus representantes y por los peritos y técnicos de la empresa o habilitados oficialmente que estimen necesario para el mejor desarrollo de la función inspectora.
3. Proceder a practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que considere necesario para comprobar que las disposiciones legales se observan correctamente.

Para optimizar el funcionamiento del sistema, se ha puesto en marcha el “Proyecto Lince” persigue implantar un conjunto de avances y mejoras tecnológicas para facilitar la labor del personal del sistema inspector, por un lado, y posicionar a la institución como una herramienta al alcance de la mano de cualquier afectado; por otro, tiene por objeto modernizar los sistemas de información de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para conseguir un incremento en la calidad de la actuación inspectora que redunde en un mayor beneficio de los ciudadanos. Se inició en 2004 y el conjunto de acciones por las que ha apostado son las siguientes:

- a) Implantación del sistema de información “Integra” destinado a soportar toda la carga de la actividad inspectora. Está constituido por cuatro subsistemas (programación y campañas, acción inspectora, seguimiento de actas y evaluación y control).

- b) Desarrollo del sitio web de la Inspección para facilitar un acceso rápido y manejable a los servicios e informaciones del organismo.
- c) Creación de un centro de atención telefónica para la resolución de todas aquellas incidencias que puedan surgir a los usuarios del sistema Lince.
- d) Acciones formativas, de comunicación y participación para facilitar una mejor adaptación del personal inspector a los cambios del nuevo sistema.

Todo ello ha de ir acompañado de un refuerzo de efectivos en la Inspección de Trabajo.

3. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA Y LA FUNCIÓN INSPECTORA. HACIA UNA INSPECCIÓN DE TRABAJO DESCENTRALIZADA

3.1. Planteamiento general

En el Estatuto de Autonomía para Andalucía el precepto encargado de abordar esta cuestión es el art. 63.2 EAA, en el cual se atribuye a la Junta de Andalucía la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora en materia de empleo, relaciones laborales y Seguridad Social.

El legislador autonómico ha dado un paso más a la hora de definir qué aspectos abarca dicha competencia ejecutiva. Así, el art. 63.2 EAA dispone a continuación, que “A tal efecto, los funcionarios de los cuerpos que realicen dicha función dependerán orgánica y funcionalmente de la Junta de Andalucía. A través de los mecanismos de cooperación previstos en el presente Estatuto se establecerán las fórmulas de garantía del ejercicio eficaz de la función inspectora en el ámbito social, ejerciéndose las competencias del Estado y de la Junta de Andalucía de forma coordinada, conforme a los Planes de actuación que se determinen a través de los indicados mecanismos”.

Siguiendo la estela del Estatuto de Autonomía de Cataluña¹⁰, nuestro EAA ha introducido una relevante novedad decantándose por la dependencia no sólo funcional, como hasta ahora, sino también orgánica del Cuerpo de Inspectores de Trabajo respecto de la Junta de Andalucía, cuestión esta que, sin lugar a dudas, será objeto de controversia.

¹⁰ Resulta interesante señalar que la LO 2/2006, de 19 de julio, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para Cataluña, en su art. 170 dispone: “Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora en todo lo previsto por este artículo. A tal efecto, los funcionarios que realicen dicha función dependerán orgánica y funcionalmente de la Generalitat. A través de los mecanismos de cooperación, previstos en el Título V se establecerán las fórmulas de garantía del ejercicio eficaz de la función inspectora en el ámbito social”.

El proceso de reforma estatutaria al que estamos asistiendo, está dando muestra de las diferentes concepciones político-jurídicas en torno a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia laboral. El tratamiento que los diferentes Estatutos de Autonomía han otorgado a la configuración tanto orgánica como funcional de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es una muestra evidente de ello. Mientras que los Estatutos de Autonomía para Cataluña, Andalucía y Aragón han apostado por una concepción integral de la competencia autonómica en cuanto a ejecución (comprensiva tanto de los aspectos meramente funcionales como de los orgánicos), otros Estatutos de Autonomía han efectuado una referencia mucho más tímida a esta cuestión, limitándose a atribuir a la Administración autonómica correspondiente la competencia ejecutiva en materia de empleo y relaciones laborales¹¹

3.2. Consideraciones técnico-jurídicas en torno a la función inspectora en el Estatuto de Autonomía para Andalucía

Son varias las cuestiones que debemos analizar cuando nos adentramos en el estudio del art. 63.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y su compatibilidad con lo dispuesto por la Constitución, la normativa internacional ratificada por España y la legislación ordinaria interna.

* En primer lugar, habría que subrayar que la atribución de competencias ejecutivas a la Junta de Andalucía en materia de inspección del cumplimiento de la normativa laboral y de Seguridad Social (incluyendo tanto la faceta de la vigilancia y control como la netamente sancionadora) no sería objetable desde el punto de vista constitucional, pues tal función se acomoda perfectamente a lo previsto en el art. 149.1.7ª y 17ª CE¹².

¹¹ LO 1/2006, de 1 de julio, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana (art. 51); LO 1/2007, de 28 de febrero, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (art. 32.11); LO 14/2007, de 30 de noviembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para Castilla y León (art. 76.1).

¹² La doctrina constitucional que ha abordado la delimitación de los contornos de la potestad sancionadora de la Inspección de Trabajo cuando se ejerce sobre materias que son competencia exclusiva del Estado, declara que la potestad sancionadora sobre una materia como el incumplimiento de las obligaciones relativas a la cotización al sistema de Seguridad Social, forma parte del régimen económico de la Seguridad Social y por tanto es incardinable en el art. 149.1.17ª CE (STC 195/1996). Utilizando la argumentación contenida en esta Sentencia, algunos autores han señalado que en materia de Seguridad Social la potestad sancionadora en relación con las infracciones que afecten a la caja única de la Seguridad Social, le corresponde al Estado. *Vid. Duréndez Sáez, I.: "La Inspección de Trabajo y el procedimiento sancionador", Anales de Derecho, Universidad de Murcia, núm. 21, 2003, pág. 302.*

* Sí que podría plantear más dudas la decisión del legislador autonómico en orden a la creación de un cuerpo propio de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en la Comunidad Autónoma Andaluza. Y es que no podemos obviar que la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, parte de la afirmación de la labor inspectora regulada por este texto normativo “se realizará en su totalidad por funcionarios de nivel técnico superior y habilitación nacional pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social pertenecientes al Grupo A” (art. 2 Ley 42/1997), al tiempo que se concreta que “las funciones de inspección de apoyo, colaboración y gestión que sean precisas para el ejercicio de la labor inspectora serán desarrolladas por los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, como Cuerpo del grupo B de los previstos en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma de la Función Pública, y la misma habilitación nacional a que se refiere el número anterior” (art. 2 Ley 42/1997)¹³, y todo ello sin que “se afecten las competencias de ejecución de la legislación laboral, propias de las Comunidades Autónomas, a las que corresponde, naturalmente, la titularidad de la potestad sancionadora en tales materias, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la interpretación que por el mismo se hace del alcance de las competencias exclusivas del Estado enumeradas en el artículo 149.1.7ª y 17ª de la Constitución Española” (Exposición de Motivos de la Ley 42/1997).

Resulta por tanto evidente que el legislador ordinario de manera concluyente optó en 1997 por la continuidad respecto a la tradicional concepción del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Cuerpos de Inspectores y Subinspectores) considerándolo orgánicamente dependiente del Ministerio de Trabajo, como de manera clara pone de manifiesto el art. 18.2 de la Ley 42/1997. No obstante, salvaguardando la distribución competencial prevista en los arts. 149.1.7ª y 17ª CE, los Cuerpos de Inspectores y Subinspectores de Trabajo pasaron a depender funcionalmente de las Comunidades Autónomas, en el entendido de que la ejecución de la legislación laboral y de Seguridad Social comprende, de manera inequívoca, la potestad sancionadora. Por tanto,

¹³ La Disposición Adicional Sexta de la Ley 42/1997, bajo la rúbrica competencias legislativas de las Comunidades Autónomas, dispone que “Las Comunidades Autónomas con competencias legislativas plenas en materia de orden social podrán atribuir la función inspectora a funcionarios distintos de los enumerados en el artículo 2, en la Ley que regule cada materia y para el ámbito de la misma”. Tal y como se ha señalado con acierto, la distribución competencial contenida en los arts. 149.1.7ª y 149.17ª CE en lo que respecta a la legislación laboral y de Seguridad Social, no ha permitido que tal previsión se concretase en la práctica. Molina Navarrete, C.: “Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las materias de empleo, trabajo y protección social”, *RTSS, CEF*, núm. 283, 2006, pág. 93.

desde hace más de una década, la labor inspectora se ha venido desarrollando partiendo de esa dualidad: los Inspectores y Subinspectores constituyen Cuerpos nacionales dependientes orgánicamente del Ministerio de Trabajo pero, funcionalmente, están supeditados a la Administración Autónoma¹⁴.

* Por su parte, el art. 15.2 de la Ley 42/1997, dispone que la Administración General del Estado y la de las Comunidades Autónomas que hayan recibido el traspaso de los servicios del Estado en materia de ejecución de la legislación laboral, en el ámbito de sus respectivas competencias, organizarán el ejercicio de las actuaciones inspectoras con sujeción a los principios de concepción única e integral del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Adicionalmente, el legislador estructura la Inspección en una Autoridad Central y, territorialmente, en Inspecciones Provinciales agrupadas en cada Comunidad Autónoma.

No obstante, se hace hincapié en los principios generales de colaboración, coordinación y cooperación recíprocas, a través de dos órganos: la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y las Comisiones Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Y ello sin perjuicio de que tanto la Administración Central como la Autónoma están obligadas a organizar el ejercicio de sus funciones inspectoras “con sujeción a los principios de concepción única e integral del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social”¹⁵. Esta idea se complementa con el principio de unidad institucional de criterio técnico e interpretativo regulado en el art. 47.5 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (RD 138/2000 de 4 de febrero).

Ahora bien, todas estas consideraciones ponen de manifiesto que la legislación ordinaria encargada de ordenar la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el modelo de Estado social y democrático de Derecho diseñado por la

¹⁴ Artículo 18 Ley 42/1997. “La Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

1. La Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a que se refiere el artículo 4 del Convenio número 81 de la Organización Internacional del Trabajo es un órgano del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

2. El sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social dependerá orgánicamente de dicha Autoridad Central y funcionalmente de la Administración competente por razón de la materia de los asuntos en que intervenga, sin perjuicio del carácter unitario e integrado de sus actuaciones. Los funcionarios de dicho Sistema de Inspección, en el desarrollo de su actividad, dependerán funcionalmente, por tanto, de la Administración General del Estado o de la Autónoma correspondiente, en función de la materia en que actúen (...).

¹⁵ No olvidemos que de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 42/1997, el principio de colaboración interinstitucional debe presidir la actuación de ambas Administraciones en lo tocante a esta materia.

Constitución, no quiso escenificar la ruptura con el modelo preconstitucional. En 1997 parecía suficiente derivar la dependencia funcional de sus efectivos a la Administración autonómica manteniendo la dependencia orgánica del Ministerio de Trabajo. En el actual proceso de reforma del Estado de las Autonomías, algunas Comunidades Autónomas han reivindicado una interpretación integral del alcance de las competencias ejecutivas que en materia laboral y de Seguridad Social la Constitución reconoce a las Administraciones autonómicas. Y en este proceso imparable de descentralización, si existe una competencia ejecutiva por excelencia en el marco del empleo y las relaciones laborales, esa es, sin lugar a dudas, la función inspectora encargada de fiscalizar el cumplimiento de la normativa laboral (entendida en sentido amplio).

Es por ello que la Ley 42/1997 de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, no supone un obstáculo insuperable al actual planteamiento contenido en el art. 63.2 EAA. Por supuesto, para materializar lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía para Andalucía (y en el resto de Estatutos autonómicos que contienen esta previsión), será necesario modificar este texto normativo. Y tendremos que asistir a una reforma de calado, que de cobijo a la diversidad de modelos previstos en la legislación estatutaria autonómica, sin perder de vista que todos los Estatutos de Autonomía aprobados hasta la fecha, han respetado el procedimiento previsto constitucionalmente para ello en el art. 147.2 CE. Como ya hemos manifestado en otras ocasiones, la realidad territorial española es compleja, los nuevos Estatutos de Autonomía han pretendido ampliar su marco competencial y ello lo ha permitido el modelo flexible diseñado por la propia Constitución¹⁶.

De este modo, el EAA, está propugnando una revisión en profundidad de la Ley 42/1997, que principalmente tendrá que dirigirse a la modificación de los preceptos de este texto normativo que proclaman como principio básico la concepción única e integral del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En definitiva, la Ley 42/1997 en modo alguno constituye un obstáculo insalvable de cara a la plausible evolución de la institución cuya regulación aborda. Los desajustes entre los preceptos de la Ley 42/1997 mencionados que atribuyen a los Cuerpos de Inspectores y Subinspectores carácter nacional, y el art. 63.2 EAA que establece la dependencia no sólo funcional, sino también orgánica de dichos Cuerpos de la Junta de Andalucía, deberán integrarse mediante la correspondiente reforma del texto normativo de referencia, sin que ello implique un problema de constitucionalidad. Se podrá por tanto mostrar acuerdo o desacuerdo

¹⁶ Vid. Monereo Pérez, J.L. Y Díaz Aznarte, M.T.: *El Estado Social Autonómico*, op.cit., pág. 16.

con el referido precepto estatutario, pero la crítica deberá dirigirse a la conveniencia político-jurídica de la opción adoptada por el legislador autonómico¹⁷.

* Otro tipo de cuestiones se plantean cuando nos adentramos en el estudio de la normativa internacional ratificada por España y que por tanto resulta aplicable en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Nos referimos al Convenio número 81 OIT sobre la Inspección del Trabajo en la industria y en el comercio (1947), que fue ratificado por España en 1960.

El Convenio número 81 OIT en su art. 4 dispone que “siempre que sea compatible con la práctica administrativa del Miembro, la inspección del trabajo deberá estar bajo la vigilancia y control de una autoridad central”, añadiendo que “en el caso de un Estado federal, el término *autoridad central* podrá significar una autoridad federal o una autoridad central de una entidad confederada”¹⁸.

En lo que respecta a la posible incompatibilidad entre lo dispuesto en el art. 63.2 EAA y el Convenio nº 181 OIT relativo a la Inspección de Trabajo, cabría realizar una serie de puntualizaciones:

El Convenio nº 181 OIT, ciertamente, hace referencia de modo expreso a la existencia de una “autoridad central”, bajo la vigilancia y control de la cual se ubicará la Inspección de Trabajo (art. 4)¹⁹. No obstante, el propio precepto

¹⁷ Como hace Palomeque López, M.C.: “El reparto constitucional de competencias en materia laboral a la prueba de las reformas estatutarias”, en VV.AA.: *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía. Un estudio particular de los Estatutos Andaluz y Catalán*, Sevilla, CARL, 2007, pág. 144, en donde expresa su discrepancia con la opción del legislador autonómico por razones de políticas de conveniencia, si bien entiende que no se plantean con esta decisión problemas de constitucionalidad, sino de legalidad ordinaria.

¹⁸ De hecho, tanto en la Exposición de Motivos como en el art. 1 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se alude expresamente a los Convenios 81 y 129 OIT como referencia normativa internacional respecto al tema que nos ocupa. Concretamente, es el art. 18 de la Ley 42/1997, el precepto encargado de perfilar quien encarna en nuestro Ordenamiento jurídico el papel de esa autoridad central (se trata de un órgano del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) y qué funciones le corresponden a la misma.

¹⁹ Informe OIT: La diversidad en la unidad: hacia un Sistema Integrado de Inspección del Trabajo (SIIT). Luxemburgo, Mondorf-les-Bains, Domaine Termal, 9-11 marzo 2005. Informe final de la conferencia organizada por la presidencia luxemburguesa del Consejo de la Unión Europea: Desde la OIT se insiste en que la Inspección de Trabajo se encuentra fuertemente vinculada a la idea de autoridad estatal: “El derecho a unas condiciones de trabajo decentes puede considerarse como un derecho humano fundamental. La inspección del trabajo es uno de los instrumentos básicos para poner este principio en práctica y desempeña un papel esencial en la promoción del cumplimiento de las Directivas de la UE y de las Normas Laborales Fundamentales de la OIT. Las inspecciones del trabajo constituyen la autoridad estatal para muchas actividades derivadas del trabajo como la salud y la seguridad, el diálogo social, la legislación, los mecanismos de control del mercado, el trabajo infantil, las condiciones de trabajo, la lucha contra

se encarga de matizar esta afirmación, supeditándola a la circunstancia de que sea compatible con la práctica administrativa del Estado miembro en cuestión.

También resulta relevante el hecho de que el propio Convenio considere la realidad de los Estados federales y su vinculación a lo estipulado en el art. De este modo, matiza la anterior expresión, aclarando que “en el caso de un Estado federal, el término *autoridad central* podrá significar una autoridad federal o una autoridad central de una entidad confederada”.

Entendemos por tanto que tampoco el Convenio 181 OIT constituye una traba insalvable de cara a la opción político-jurídica de desplazar la dependencia orgánica de la Inspección de Trabajo al ámbito autonómico, siempre y cuando, eso sí, se implementen los instrumentos de coordinación y colaboración necesarios para que la labor inspectora siga unas directrices unívocas en todo el territorio nacional²⁰.

4. CONCLUSIONES

El hecho de que el art. 63.2 EAA contenga una referencia expresa a la dependencia orgánica de los Cuerpos de Inspectores y Subinspectores de la Junta de Andalucía, no ha de interpretarse como la consagración de una competencia “excluyente” de cualquier tipo de intervención o actuación estatal. Por el contrario, esta afirmación se atempera inmediatamente con lo dispuesto en el mismo precepto estatutario: “A través de los mecanismos de cooperación previstos en el presente Estatuto se establecerán las fórmulas de garantía del ejercicio eficaz de la función inspectora en el ámbito social, ejerciéndose las competencias del Estado y de la Junta de Andalucía de forma coordinada,

el trabajo ilegal, etc. Reforzar la inspección del trabajo es esencial para garantizar un alto nivel de protección laboral. En muchos países la inspección del trabajo es un elemento catalizador para iniciar un proceso de reforma en las estructuras del gobierno y también para los interlocutores sociales en cuanto a establecer una cultura tripartita sostenible”

²⁰ En contra de esta tesis, Rodríguez-Sañudo, F.: “Sobre la transferencia del sistema de Inspección de Trabajo a las Comunidades Autónomas”, en VV.AA.: *Políticas laborales y de protección social...op.cit.*, pág. 125. Entiende el autor que si bien la opción del legislador autonómico no plantea problema de legalidad constitucional, “razones prácticas derivadas de las funciones atribuidas al sistema de Inspección sí fundamentan suficientemente la posición favorable al mantenimiento de un modelo como el actual, y ello es así en la medida en que la conservación de un mínimo núcleo de facultades en manos del Estado, aseguran, en estricto cumplimiento de aquellos instrumentos de origen internacional que se han mencionado, un grado correcto de coordinación y de unidad del sistema como opción preferible a su transferencia completa a las Comunidades Autónomas”.

conforme a los Planes de actuación que se determinen a través de los indicados mecanismos”. Insistimos así en la necesidad de efectuar una interpretación integradora de los preceptos tanto constitucionales como estatutarios implicados.

La compatibilidad entre el art. 63.2 EAA y la normativa internacional existente sobre esta materia (Convenio número 81 OIT) se salvaguarda siempre y cuando la función inspectora se ejecute conforme a una planificación coordinada que sea el resultado de la intensificación de los mecanismos de cooperación entre el Estado y la Comunidad Autónoma. En el tiempo histórico en que vivimos parece realizarse cada vez más la apuesta por un modelo de competencias compartidas, excluyendo las viejas fórmulas de monopolio competencial.

Se trataría por tanto de dotar al nuevo sistema de Inspección de fórmulas renovadas de colaboración y cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, misión encomendada en la actualidad a la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y las Comisiones Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Las diferentes Comunidades Autónomas que han apostado en sus respectivos Estatutos de Autonomía por la adscripción orgánica de los Cuerpos de Inspectores y Subinspectores de Trabajo a la correspondiente Administración Autonómica, mantienen una expectativa legítima a la reforma de la legislación ordinaria reguladora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin que ello atente contra la distribución de competencias que en materia laboral y de Seguridad Social contiene el art. 149.1.7 y 17 CE.

Presentación
Antonio Fernández García
Consejero de Empleo

Prólogo
Comunidades Autónomas y Negociación Colectiva
Mercedes Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

ESTUDIOS GENERALES

Las Relaciones Laborales en Andalucía
Jesús Cruz Villalón

La situación actual del mercado de trabajo en España y Andalucía
Manuel Alcaide Castro

El Estatuto del trabajo autónomo: balance sumario y perspectivas
Antonio Martín Valverde

Responsabilidad social de la Empresa y Relaciones Laborales:
algunas reflexiones sobre sus conexiones terminológicas y sustanciales
Salvador del Rey Guanter

La Administración Laboral en España. Una aproximación crítica de síntesis
José Vida Soria

El seminario de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla:
Recuerdos de hace medio siglo
Alfredo Montoya Melgar

DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ESTADO-COMUNIDAD AUTÓNOMA

El reparto competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma
Andaluz en materia de empleo: perspectivas tras el nuevo Estatuto de Autonomía
Miguel Rodríguez-Piñero Royo
María Luisa Pérez Guerrero

La distribución de competencias en materia de inmigración
Joaquín García Murcia
M^a Antonia Castro Argüelles

Empresas de inserción: cuestiones competenciales
Estado/Comunidades Autónomas
Eva Garrido Pérez

Competencias autonómicas en asistencia social y servicios sociales
José Luis Monereo Pérez

El complejo equilibrio de competencias entre el Estado y las
Comunidades Autónomas en materia de atención a la dependencia
Ricardo Escudero Rodríguez

La Inspección de Trabajo en el Estatuto de Autonomía para
Andalucía. Notas para el debate
María Teresa Díaz Aznarte

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO