

TEMAS LABORALES

101/2009
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

101



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

101

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 Y BRAVO-FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

COMITÉ DE REDACCIÓN

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA	Consejero de Empleo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
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 Huelva

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)

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 101/2009
Tercer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- Aspectos laborales y de responsabilidad social de las normas de calidad 13
JOSÉ M. MORALES ORTEGA
- Stock-options e indemnización por despido: problemas prácticos y soluciones judiciales 53
ANA DE LA PUEBLA PINILLA
- La necesidad de flexibilizar y racionalizar el régimen jurídico del despido 73
DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ
- Igualdad y responsabilidad social en los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros andaluzas 95
PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS
- El Estatuto del personal investigador en formación: fines y medios . . . 113
JOSÉ MANUEL GÁMEZ JIMÉNEZ

2. MERCADO DE TRABAJO

- El mercado laboral acelera su caída 159
Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (primer trimestre de 2009)
SANTOS RUESGA BENITO
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
CARLOS RESA NESTARES

3. INFORMES Y DOCUMENTOS

- La Negociación Colectiva en Andalucía durante 2008 197

4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO
Universidad de Almería
Derecho de huelga y libre prestación de servicios en el ámbito comunitario 243
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

PODER DE DIRECCIÓN	
Universidad de Córdoba	
Poder disciplinario, proporcionalidad y discrecionalidad en la imposición de las sanciones.	255
CARMEN MORENO DE TORO	
PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL	
Universidad de Granada	
Jubilación parcial y pluriactividad sucesiva Reta-Régimen General. Un relevante cambio de criterio de la doctrina unificada	267
ROSA GONZÁLEZ DE PATTO	
DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO	
Universidad de Huelva	
Denegación del complemento por antigüedad de los médicos internos residentes.	281
FERNANDO PÉREZ DOMÍNGUEZ	
EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	
Universidad Pablo de Olavide	
La jubilación forzosa: causa de extinción de la relación laboral y su vinculación con la política de empleo	297
MANUEL GARCÍA MUÑOZ	
DISCRIMINACIÓN Y RELACIÓN LABORAL	
Universidad Carlos III de Madrid	
El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores	321
ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ	
5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN	
Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía . .	343
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO	

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/lstContenidos.asp>

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 101/2009
Third Trimester**

INDEX

1. STUDIES

Labour Issues and Corporate Social Responsibility of Quality Standards.	13
JOSÉ M. MORALES ORTEGA	
Stock-Option and Compensation for Dismissal: Problems and Judicial Solutions	53
ANA DE LA PUEBLA PINILLA	
The Need for Flexibility and Understand the Judicial Dismissal Regime	73
DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ	
Equal Treatment and Social Responsibility in Administration Council in Andalusia Saving Banks.	95
PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS	
Research Trainees' Statute: Aim and Means	113
JOSÉ MANUEL GÁMEZ JIMÉNEZ	

2. LABOUR MARKET

The Labour Market falls.	159
Report on the labour situation in Spain and Andalusia (first trimester 2009)	
SANTOS RUESGA BENITO	
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO	
CARLOS RESA NESTARES	

3. REPORTS AND DOCUMENTS

Collective Bargaining in Andalusia during 2008.	197
---	-----

4. JUDICIAL COMMENTS

COLLECTIVE LABOUR LAW RIGHTS
Universidad de Almería

The right to strike and free service scope of activity in Europe	243
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ	
LEADERSHIP POWER	
Universidad de Córdoba	
Disciplinary power, proportion and discretion in sanctions impositions	255
CARMEN MORENO DE TORO	
SOCIAL SECURITY SYSTEM AND PENSIONS	
Universidad de Granada	
Partial retirement and pluriactivity in the general regime. A change in the criteria of the unified doctrine	267
ROSA GONZÁLEZ DE PATTO	
ADMINISTRATIVE LABOUR LAW	
Universidad de Huelva	
Personal complement for seniority in MIR (Young Doctors' personal): the negation.	281
FERNANDO PÉREZ DOMÍNGUEZ	
TERMINATION OF THE CONTRACT OF EMPLOYMENT	
Universidad Pablo de Olavide	
Forced retirement: the termination of the contract of employment causes and its link to employment policies	297
MANUEL GARCÍA MUÑOZ	
DISCRIMINATION AND LABOUR RELATION	
Universidad Carlos III de Madrid	
The Coleman case: one step further in the construction of the disabled social model in the European Union and implications for carer	321
ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ	
5. LEGISLATION REMARKS	
Legislative remarks of the Andalusia Autonomous Community (Comunidad Autónoma de Andalucía).	343
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO	

ASPECTOS LABORALES Y DE RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS NORMAS DE CALIDAD*

JOSÉ M. MORALES ORTEGA

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Málaga

EXTRACTO

Palabras Clave: Responsabilidad Social, Normas de Calidad

Las normas de calidad se han convertido, en los últimos tiempos, en una exigencia más de los procesos productivos; hasta tal extremo que las empresas pueden ser catalogadas, en función de que hayan obtenido o no los correspondientes sellos o signos distintivos, actuando como tales en el tráfico comercial como de primera o segunda categoría. La rápida incorporación de tales normas al ámbito empresarial obliga a plantearse las consecuencias que para las relaciones laborales puede tener la implantación de los oportunos estándares de calidad referentes a la gestión de los procesos productivos. Consecuencias que abarcan, o debieran abarcar, los aspectos estrictamente laborales y, al mismo tiempo, ampliando su radio de acción a uno de los conceptos más actuales conectado con el Derecho del Trabajo como es la Responsabilidad Social Empresarial. Ello cobra especial importancia, puesto que puede otorgar un plus añadido a la organización, al convertirse en una empresa de calidad en materia de recursos humanos entendidos en su acepción más amplia. Sin embargo, el análisis detenido de tales normas permite afirmar que dicho plus no puede predicarse, por diversos motivos, de la mayoría de los procesos de acreditación y, por ende, de las empresas, lo que relativiza enormemente la valoración de estas normas de calidad en el campo de las relaciones de trabajo.

ABSTRACT

Key Words: Social Responsibility, Quality Rules

Lately, some companies undergo a strict productive process under quality standards requirements, also those are catalogued positively or negative considering their "seal of quality" for products or for the company as such. In this sense, the seal may have an influence in consumers, and brands could be considered as of primary or second category. Such fast incorporation of quality regulations in companies, leads to think about the consequences implied for industrial relations that are directly affected by the implementation of the quality standards productive process. That is, the consequences of having seals, embrace or should embrace, at least, labour aspects such as Corporate Social Responsibility and Labour Law Rights. This brings a special importance because following quality regulation can grant a "plus" to the organisation being awarded as a good-quality company, as for example, in relation to human resources. Yet, we shall make a cautious analysis because there is a need for a series of regulation to ensure that such "plus" is visible and beneficial. The issue here is that while companies are considered of good-quality for having the "seal of quality", it is like having accreditation, then this does not imply that companies consider such quality regulation in terms of industrial relations.

*El presente trabajo se realiza al amparo del Proyecto de Investigación «La gestión socialmente responsable de la crisis (DER2009-08766)».

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CARACTERIZACIÓN DE LAS NORMAS DE CALIDAD
3. LOS SUJETOS IMPLICADOS EN LAS NORMAS DE CALIDAD
4. TIPOLOGÍA DE LAS NORMAS DE CALIDAD
 - 4.1. Las normas de calidad destinadas a la gestión de los procesos productivos
 - 4.1.1. La norma ISO 9001:2000
 - 4.1.2. El modelo europeo de excelencia (modelo EFQM)
 - 4.2. Normas de calidad encargadas de gestionar la responsabilidad social empresarial
 - 4.2.1. La responsabilidad social empresarial en el modelo EFQM
 - 4.2.2. La norma SA 8000
 - 4.2.3. Sistema de la gestión ética y socialmente responsable
 - 4.3. Orientaciones de calidad en materia de responsabilidad social empresarial
5. VALORACIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad social empresarial (en adelante, RSE) es un tema profundamente actual. Ahora bien, actualidad no es sinónimo de modernidad. De hecho, la posibilidad de las empresas de diseñar e instituir instrumentos que las hagan responsables socialmente siempre ha formado —o debido formar— parte de una adecuada y acertada política empresarial. Es en la década de los setenta cuando esta RSE penetra en la cultura de la empresa; sin embargo, a lo largo de estos treinta años las circunstancias han variado sustancialmente y, con ellas, las expresiones y manifestaciones de la llamada RSE. Dicho de otro modo, tales cambios han generado nuevos compromisos empresariales. Entre ellos se encuentra, con especial fuerza, la voluntad empresarial de garantizar que los procesos productivos se acomoden y amolden a unos estándares de calidad. Es más, dicha voluntad se ha extendido, en los últimos tiempos, entre los empresarios con tal celeridad que se ha convertido, por así decirlo, en una exigencia más de la actividad empresarial. Buena muestra de ello es que existen más de 750.000 sitios certificados por ISO 9000 en todo el mundo, y otros 110.000 por ISO 14001 y, además, si se desciende y según las estimaciones de la propia Organización Internacional para la Estandarización (en adelante, ISO), hasta diez veces más sitios emplean estos estándares a modo de documentos guía¹. En el fondo de esta especie de convulsión del mundo empresarial subyace, y no debe ocultarse, el hecho de que la obtención de la oportuna certi-

¹ Todos ellos son datos extraídos del Informe del Grupo de Trabajo de ISO 26000 sobre Responsabilidad Social en su reunión de 9 de marzo de 2007 (p. 8).

ficación otorga a la empresa un signo distintivo, que cualifica su posición en el mercado².

Pues bien, el cumplimiento de los correspondientes estándares de calidad³ asegura, al menos en teoría, una óptima y excelente gestión de todos los niveles de la empresa incluido, como es lógico, todo lo referente a los recursos humanos; por lo que dichos estándares, conformadores de las normas de calidad, pueden suponer una mejora de las condiciones de trabajo y de la gestión de los recursos humanos. Por consiguiente, esta afectación a tales condiciones, de un lado, y, de otro, el hecho de que puedan significar, fruto de una decisión empresarial, una mejora de las mismas, son los argumentos que justifican su análisis en este trabajo. Estudio que se va a estructurar en los dos siguientes bloques.

En primer lugar, la caracterización de las normas de calidad; haciendo especial referencia a los sujetos afectados, de alguna u otra forma, por ellas.

En segundo lugar, la tipología de las normas de calidad, que va a obligar a diferenciar entre las normas que, sin tener un contenido expresamente laboral, tienen repercusiones en el ámbito de las relaciones laborales; y las normas que, al menos por su denominación, son manifestación de la RSE y, por serlo, repercuten, igualmente y como es lógico, sobre tales relaciones de trabajo⁴. A ambas y en este orden se va a prestar atención en estas páginas.

Con todo ello, se tendrá los elementos de juicio, suficientes y necesarios, para evaluar el papel de las normas de calidad, en el actual desenvolvimiento de la actividad empresarial, con respecto al colectivo de los trabajadores.

² O con palabras de Ballester Pastor, “*la forma como es llevada a cabo la gestión interna en cada empresa empieza a ser un factor que cobra cada vez más relevancia para ofrecer un elemento de distinción positivo frente a las corporaciones rivales*”, “*El distintivo de calidad empresarial como manifestación de la responsabilidad social corporativa y su repercusión en las prácticas empresariales defensoras de la igualdad de oportunidades. Estudio de Derecho internacional y comunitario*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 67, 2007, p. 175.

³ Obviamente, no todos ellos evalúan los mismos aspectos de la actividad empresarial; sin embargo, la gran mayoría de ellos gestionan, en todo o en parte, la calidad de la actividad productiva.

⁴ Aún con posiciones en contra sobre la inclusión de la RSE en el Derecho del Trabajo, no puede negarse que ésta, en tanto en cuanto suponga la adopción de decisiones que repercuten directamente en el colectivo de los trabajadores, interesa a esta rama del Ordenamiento Jurídico. En esta dirección, Merino Segovia al afirmar que “*la dimensión laboral de la RSE es hoy indiscutible. Y es que qué duda cabe que de entre las partes implicadas, los trabajadores ocupan un lugar si no central sí muy destacado*”, “*Responsabilidad social corporativa: su dimensión laboral*”, Documentación Laboral, nº 75, 2005, p. 52.

2. CARACTERIZACIÓN DE LAS NORMAS DE CALIDAD

Por normas de calidad hay que entender el conjunto de estándares a cumplir voluntariamente por la empresa para obtener una acreditación, que les permita publicitarse como esa marca o signo distintivo. Sin perjuicio de algunas matizaciones y precisiones que por razón del objeto de las correspondientes normas de calidad se pueda realizar, lo cierto es que todas ellas tienen una serie de notas definitorias, que pueden cifrarse en las siguientes.

En primer lugar, la dificultad para acceder a las mismas. El hecho de ser normas privadas dirigidas a la clase empresarial hace bastante compleja su obtención, ya que, en muchos casos, los canales de información no son gratuitos. De ahí que el investigador se encuentre con importantes obstáculos a vencer si quiere tener un conocimiento de las oportunas normas de calidad. Ello no tiene, salvo por su origen privado, justificación alguna, por lo que no es descabellado pensar que esta falta de transparencia esté casualizada, entre otras razones, en el componente lucrativo, que encierra esta actividad empresarial de la calidad. Es más, esa falta de transparencia es particularmente llamativa si se tiene en cuenta la multiplicidad de sujetos, no destinatarios, pero sí afectados por la implantación en la empresa de los estándares de calidad y que, por lo tanto, pueden y deben tener interés en su conocimiento.

En segundo lugar, su multiplicidad. Excluidas las normas puramente técnicas, son muchas y muy variadas las destinadas al tema, con mayor o menor amplitud, de la gestión de los procesos productivos⁵ y de la RSE. Esta característica también dificulta sobremanera la tarea de búsqueda de estas normas de calidad.

En tercer lugar y con respecto a las relaciones laborales y los recursos humanos, su pobreza y reiteración en los contenidos, lo que las hace simples y faltas de consideraciones novedosas en cuanto a la gestión de estos ámbitos de la empresa. Ahora bien, esta característica, en contra de lo que pudiera extraerse de las dos primeras, facilita enormemente, al menos en esta materia, la labor de sistematización y estudio de las normas de calidad.

En cuarto lugar, su voluntariedad. La decisión de implantar los estándares de calidad corresponde, en exclusiva, al empleador. Esto es, la empresa es el

⁵ Se trata de una “*tendencia probablemente heredada de la familia de normas ISO 9000 que comenzó con cinco documentos y ya se extiende a casi dos decenas de directrices*”, lo que ha sido objeto, como indica Lamprecht, de numerosas críticas; hasta tal extremo que “*conscientes de este problema, en la actualidad algunos de los miembros de los comités técnicos intentan cambiar la tendencia a la proliferación de documentos y directrices*”, a lo que añade este autor que espera que estas propuestas “*tengan éxito*”, “*ISO 14000. Directrices para la implantación de un SGMA*”, Madrid, AENOR, 1997, p. 71. A fecha de hoy ese cambio de rumbo, ya anunciado en 1997, no se ha producido.

único sujeto con capacidad para decidir o no someterse a los controles exigidos por las normas de calidad. No obstante, esta voluntariedad es, por una doble razón, relativa. Por un lado, porque la voluntariedad se limita, en la mayoría de las ocasiones, a la decisión de implantar en la empresa dichos estándares a fin de obtener la oportuna acreditación, ya que el hecho de que éstos estén prefijados de antemano limita, al menos en teoría, el margen de acción empresarial. Sin embargo, y circunscribiendo el tema a los aspectos laborales, tales estándares son tan vagos y, al mismo tiempo, tan amplios que permiten entender que las empresas, tan contrarias a cualquier tipo de fiscalización externa, sean tan favorables, a estos controles de calidad. Y, por otro lado, porque esta libertad empresarial no lo es tanto para las pequeñas y medianas empresas. Quiere ello decir que estas empresas, en más ocasiones de las deseadas, se ven obligadas, para permanecer en el tráfico comercial, a obtener las acreditaciones de calidad, ya que las grandes empresas, para las que es mucho más fácil dicha obtención, exigen, en sus contrataciones, que las restantes empresas también tengan los correspondientes certificados o sellos de calidad. Este efecto multiplicador⁶, sin ningún género de dudas, neutraliza, que no la hace desaparecer, la voluntariedad de las normas de calidad.

En quinto lugar, su génesis. Se trata de normas creadas por las propias empresas o, para ser más exactos, por sociedades y asociaciones empresariales. Ni que decir tiene que este origen –y como se verá a continuación su puesta en funcionamiento y control– genera una endogamia empresarial, con todas las negativas consecuencias que ello tiene para, entre otros colectivos, el de los trabajadores. Aunque más tarde se retomará este tema, se hace imprescindible adelantar, en honor a la verdad, que en algunas normas existe participación de esos otros colectivos; sin embargo, cuando se conoce el sistema de ponderación de votos se observa que la clase empresarial es la verdadera artífice de estas normas de calidad. Siendo así, no resulta sorprendente que se pueda afirmar que éstas se elaboran a imagen y semejanza de sus creadores.

⁶ Aunque en relación con la RSE en sentido amplio, Rodríguez–Piñero Royo y Pérez Domínguez ponen de relieve la importancia de la “*presión económica de la empresa principal*”, lo que genera “*un efecto multiplicador de estas iniciativas, ya que los objetivos fijados por la empresa en este campo se extienden a otras con las que se vincula y coordina, aunque éstas no hayan adoptado una política en este campo*”, “*Responsabilidad social de la empresa y calidad en el empleo*”, Observatorio de Responsabilidad Social y Relaciones Laborales de la Junta de Andalucía, <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/responsabilidad>, p. 31. Y de forma similar, Rodríguez–Piñero Royo escribe que “*la presión que se produce sobre los competidores puede llegar a ser fuerte, y esto está en la base de algunos de los instrumentos propios de este modelo empresarial, como la señalización y la acreditación*”, “*Responsabilidad social corporativa y relaciones laborales: líneas para un acercamiento*”, Observatorio de Responsabilidad Social del CARL, <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio>, p. 2.

En sexto lugar, su control igualmente empresarial. La evaluación del cumplimiento de los estándares de calidad –cuando no se trata de una simple autoevaluación– corresponde a organizaciones no gubernamentales con una fortísima participación empresarial; hasta tal extremo que se omite cualquier presencia de otros colectivos afectados por tales normas de calidad. Y aún hay más. La obtención de la acreditación, aunque está sujeta a revisiones temporales –por ejemplo, la ISO 9001:2000 es cada tres años–, durante ese período de tiempo que media entre la acreditación y su revisión normalmente no existen controles intermedios, que permitan conocer el grado de cumplimiento de los estándares de calidad. Ello ha suscitado más de una voz en contra; sobre todo por parte de las organizaciones sindicales⁷.

Sin pretender alterar el planteamiento de estas normas de calidad hasta tal punto de reivindicar la presencia en la obtención de la acreditación, por lo que aquí importa, de los representantes de los trabajadores, a lo que existiría un rechazo pleno por parte de las empresas, lo cierto es que, una vez obtenido el certificado de calidad y puesta en práctica las oportunas medidas empresariales, sí debería existir tal presencia, es decir, se debería garantizar, a través de los debidos instrumentos, que los representantes de los trabajadores –o incluso, los propios trabajadores– controlaran la aplicación y gestión de las medidas adoptadas como resultado del sometimiento a las normas de calidad. Tanto es así que se garantizaría un control continuado de la calidad, con todos los efectos beneficiosos que ello conlleva.

Ese control sería perfectamente posible que se instituyese tanto en la norma legal como en la convencional. En el primer caso, bastaría con su incorporación al art. 64 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). En este punto, como en muchos otros, la norma estatutaria debería adaptarse a la realidad; y como se ha indicado, sólo es necesario incorporar, entre las competencias de los representantes de los trabajadores, el control y vigilancia de los estándares de calidad –tanto en la fase de preparación para obtener la acreditación como una vez obtenida–, ya que no debe perderse de vista que muchos de ellos tienen claras y directas repercusiones para los trabajadores. Es más, esta facultad debería alcanzar a la información aportada por las empresas clientes y/o subcontratistas.

Del mismo modo, la negociación colectiva tendría que ser permeable a esta realidad. La frecuencia con la que las empresas están sometándose a estos

⁷ Éstas “han manifestado ciertas prevenciones respecto de la fiabilidad y rigor de las auditorías y certificaciones que afectan a temas laborales, por las dificultades que entraña la realización de un control continuado, especialmente en algunas materias especialmente sensibles, como es el respeto a la libertad sindical”, Aragón Medina y Rocha Sánchez, “La responsabilidad social empresarial en España: una aproximación desde la perspectiva laboral”, Madrid, 2004, p. 106.

estándares justifica sobradamente que los convenios colectivos contemplasen vehículos permisivos de dicho control. Para ello únicamente sería necesaria la voluntad de sus firmantes por añadir ésta a las competencias de los representantes legales de los trabajadores; o bien, por crear órganos bilaterales –comisiones monográficas– o aprovecharse de los ya existentes, para darles el cometido del mencionado control de las normas de calidad.

No se puede negar que la naturaleza empresarial de estas normas dificulta enormemente la posibilidad de que este control se haga realidad aunque, no por ello, debe abandonarse el empeño pues se trataría de una gestión, mucho más acertada, de la calidad empresarial. Pero hasta que ello sea, si lo es alguna vez, una realidad, hay que conformarse con las escasas propuestas contenidas en las correspondientes normas. Escasez de la que cabe deducir, por un lado, el desinterés empresarial por cualquier participación de los trabajadores o de sus representantes en la gestión de los estándares de calidad –seguramente porque subyace la idea de que la calidad es una competencia exclusiva del empleador–, y, por otro, la desatención, en líneas generales, de las normas de calidad al colectivo de los trabajadores –probablemente porque no se considera que éstos sean una pieza clave en la gestión de los procesos productivos–.

Sólo algunas normas en materia de RSE diseñan unos procedimientos internos de reclamación orientados a recabar las quejas de los trabajadores sobre el grado de cumplimiento de la oportuna norma de calidad. Y esta mayor atención puede deberse a que se trata de normas que, de manera más detallada y precisa que las restantes, contienen aspectos laborales y, por tanto, vinculados con los intereses de los trabajadores. Ahora bien, ello no justifica, de ningún modo, la desatención de las demás, puesto que el hecho de que su incidencia en el ámbito laboral sea menor no significa que sean menos importantes sus repercusiones sobre las relaciones de trabajo.

3. LOS SUJETOS IMPLICADOS EN LAS NORMAS DE CALIDAD

Hasta este instante, se ha hecho continuas y constantes referencias al colectivo de los trabajadores y, al mismo tiempo, al empleador; sin embargo, los sujetos implicados en el proceso, podría llamarse, de calidad son muchos más. Yendo desde los poderes públicos a las agencias de certificación pasando por los restantes colectivos afectados por la decisión empresarial –en este sentido, cabe mencionar, entre otros, a los clientes, a los proveedores, a los usuarios, etc.–. Excluidos estos últimos por sobrepasar los objetivos de este trabajo, todos los demás requieren de unas breves consideraciones.

Comenzando con los poderes públicos, hay que partir de la premisa de que un tejido empresarial conformado por empresas, que han obtenido un certifi-

cado de calidad redonda irremediablemente en la imagen del país y, por ende, en la de los correspondientes gobiernos. Siendo así, no es sorprendente que los poderes públicos –cada uno conforme al correspondiente reparto competencial– puedan tener un interés directo en la promoción de estas certificaciones de calidad. Y en esta dirección, su labor debe dirigirse a apoyar y aportar la infraestructura necesaria para que las empresas puedan someterse y obtener el signo distintivo, que las certifica como empresas de calidad⁸. Más exactamente, esa labor queda concretada, entre otras manifestaciones, en el reconocimiento de la necesaria entidad de certificación.

En España, dicha entidad es la Asociación Española de Normalización y Certificación (en adelante, AENOR⁹), cuya competencia como organismo de normalización¹⁰ se reconoció en virtud de la DAI del Real Decreto 2200/95.

Ahora bien, el hecho de que los poderes públicos, mediante este reconocimiento, permitan “*la certificación en todos los sectores industriales y de servicios*”¹¹, no nos debe confundir en cuanto a la naturaleza de esta agencia de certificación, ya que es una entidad de carácter privado y sin ánimo de lucro con competencias para otorgar las certificaciones ISO y, lo que es más significativo, para participar en la elaboración de tales normas ISO que, como es sabido por todos, son unas de las más importantes normas de calidad empresarial.

Sin restar un ápice de importancia a la labor de los poderes públicos y de la agencia de certificación, el protagonismo, en estas normas de calidad, recae,

⁸ Así, la DA IV del RD2200/95, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial (BOE de 6 de febrero de 1996), que vino a desarrollar la Ley de Industria 21/92 de 16 de julio (BOE de 23 de julio de 1992), indica que “*el Ministerio de Industria y Energía, a través del centro directivo competente en materia de calidad y seguridad industrial, podrá apoyar, en el ámbito de sus competencias, a AENOR, ENAC y a cualquier otro agente público o privado que, con otros fines y sin ánimo de lucro, actúe en el ámbito de la calidad y la seguridad industrial*” y, más exactamente, el art. 21 del Reglamento precisa que “*sin perjuicio de las actuaciones que las Comunidades Autónomas competentes en la materia desarrollen en su ámbito territorial y en colaboración con las mismas, y de acuerdo con las orientaciones dadas por la Comisión para la Competitividad Industrial, el Ministerio de Industria y Energía fomentará: a) la existencia de una infraestructura de entidades de certificación que cubran en el ámbito nacional las necesidades de certificación en materia de calidad*”.

⁹ Véase, <http://www.aenor.es>.

¹⁰ Sus competencias no quedan reducidas a esta tarea, ya que se extiende al fomento de la RSE y, en términos más genéricos, a “*contribuir a mejorar la calidad y la competitividad de las empresas, así como a proteger el medio ambiente*”. Esta competencia, así como otras, le fue atribuida por la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 26 de febrero de 1986 –de acuerdo con el Real Decreto 1614/85–, Aragón Medina y Rocha Sánchez, “*La responsabilidad social empresarial en España...*”, op. cit., p. 164.

¹¹ Aragón Medina y Rocha Sánchez, “*La responsabilidad social empresarial en España...*”, op. cit., p. 164.

en las empresas que deciden someterse a este proceso, ya sea a través de una evaluación externa –normas ISO–, ya sea mediante una autoevaluación –modelo EFQM–. En cualquiera de los supuestos, dicho sometimiento es suficiente para apreciar una voluntad empresarial por adecuar su gestión y procesos productivos al rango de la excelencia, lo que, en materia de recursos humanos y relaciones laborales, quiere decir que los trabajadores de la unidad productiva o de la empresa en su conjunto, dependiendo de si se somete a un control total o parcial de la calidad, se van a ver directamente afectados por dicha decisión empresarial¹².

En resumen, todos estos sujetos intervienen en el proceso de calidad pero, no todos ellos, lo hacen con la misma intensidad. Así, y acudiendo a un símil cinematográfico, podría concluirse que las empresas son las protagonistas y las guionistas; las agencias de certificación, la dirección; y los trabajadores¹³, en menor medida incluso que los restantes sujetos afectados, los actores de reparto, cuando no simplemente extras a los que se les da todo hecho de modo que se limitan a cumplir las órdenes –o sea, los estándares– consensuadas por los guionistas y la dirección.

4. TIPOLOGÍA DE LAS NORMAS DE CALIDAD

Como se ha anticipado en la introducción, el estudio sustantivo de las normas de calidad obliga a diferenciar entre las destinadas a la gestión de los procesos productivos y aquéllas otras que tienen como contenido la RSE; cada una de las cuales tienen distintas implicaciones para las relaciones laborales y los recursos humanos dentro de la empresa.

4.1. Normas de calidad destinadas a la gestión de los procesos productivos

Son muchas las normas que podrían tener cabida dentro de este grupo de estándares de calidad. De todas ellas, se ha elegido aquellas dos consideradas más importantes si se acude al número de empresas, que han obtenido o están

¹² En el ámbito de la RSE, esta afectación supone la inclusión de los trabajadores en los llamados stakeholders primarios en cuanto grupo, que se puede ver “*afectado por el logro de los objetivos de la empresa*”, Aragón Medina y Rocha Sánchez, “*La responsabilidad social empresarial en España...*”, op. cit., pp. 26 y 28.

¹³ Resulta bastante curioso que pocas normas de calidad se refieren a los trabajadores con este vocablo. En su lugar prefieren utilizar –se desconoce si por motivos eufemísticos– la expresión empleados o, simplemente, personas.

en proceso de obtención de estas acreditaciones. Por tanto hay que referirse a la Norma ISO 9001:2000 y al Modelo Europeo de Excelencia –es decir, el Modelo EFQM–.

Antes del análisis, por separado, de cada una de ellas, se va a realizar una comparación de las mismas a fin de entender, a grandes rasgos, su funcionamiento y objetivos, puesto que se considera necesario de cara al estudio de sus aspectos laborales.

En cuanto a la acreditación, la Norma ISO consiste en una evaluación externa llevada a cabo por la correspondiente agencia de certificación. Con esta evaluación se controlará, para luego verificar y acreditar, que se han cumplido todos los estándares de calidad. Por su parte, en el Modelo EFQM la empresa se autoevalúa con la finalidad de poner en marcha un proyecto de mejora. Por decirlo de una forma gráfica, este Modelo Europeo consiste en una plantilla, en la que se contienen los criterios de excelencia, cada uno de ellos valorados con una determinada puntuación; de tal modo que la empresa se valora a fin de comprobar su adecuación a tales criterios y, en su caso, su necesidad de mejora –o, lo que es igual, a fin de adoptar los oportunos planes de mejora–. Y salvo que la empresa quiera presentarse al Premio Europeo u obtener el Sello Europeo de Excelencia no es necesario, por ejemplo, que cumpla con todas las exigencias del modelo.

En cuanto a los objetivos, la diferencia estriba en que mientras que la Norma ISO se focaliza en un sistema de gestión de la calidad, orientado a que la empresa demuestre *“su capacidad para proporcionar de forma coherente productos que satisfagan los requisitos del cliente y los reglamentarios aplicables”*, y aspire *“a aumentar la satisfacción del cliente a través de la aplicación eficaz del sistema, incluidos los procesos para la mejora continua del sistema y el aseguramiento de la conformidad con los requisitos del cliente y los reglamentos aplicables”* –1.1–; el Modelo EFQM se basa en un sistema de *“gestión de calidad total”* que, por tener esta naturaleza global, abarca a todos los grupos de la empresa, que se van a ver afectados por las medidas adoptadas en sus correspondientes planes.

Obviamente, estos objetivos comprometen la atención prestada al colectivo de los trabajadores, por lo que se puede afirmar que la Norma ISO se limita a exigir para éstos planes de *“competencia, toma de conciencia y formación”* –6.2.2–; y el Modelo EFQM demanda una planificación general de los recursos humanos. Por consiguiente, la pretensión del Modelo Europeo es mucho más ambiciosa o, dicho de otro modo, los criterios ISO forman parte del plan, mucho más amplio, del Modelo EFQM. Por este motivo, lo normal, en la dinámica empresarial, es que la Norma ISO sea el paso previo al Modelo Europeo de Excelencia. Y en ese orden se van a analizar estas normas de calidad.

4.1.1. *La Norma ISO 9001:2000*

La Norma ISO 9001:2000¹⁴ ha sido creada por la Organización Internacional para la Estandarización¹⁵. O mejor, ésta, como todas las restantes Normas ISO, es el producto de comités técnicos que, reunidos y tras un exhaustivo análisis, remiten el proyecto a los correspondientes organismos que, por votación, acuerdan las oportunas normas.

La Norma 9001:2000 determina que sus requisitos son “*genéricos y se pretende que sean aplicables a todas las organizaciones sin importar su tipo, tamaño y producto suministrado*” –1.2–. Con esta finalidad, la Norma ISO se estructura en estándares –concretamente siete–, que abordan las diferentes materias; de ellos, el 6.2 está dedicado a la gestión de los recursos humanos. De acuerdo con éste:

“El personal que realice trabajos que afecten a la calidad del producto debe ser competente con base en la educación, formación, habilidades y experiencia apropiadas. La organización debe: a) determinar la competencia necesaria para el personal que realiza trabajos que afectan a la calidad del producto, b) proporcionar formación o tomar acciones para satisfacer dichas necesidades, c) evaluar la eficacia de las acciones tomadas, d) asegurarse de que su personal es consciente de la pertinencia e importancia de sus actividades y de cómo contribuyen al logro de los objetivos de la calidad, y e) mantener los registros apropiados de la educación, formación, habilidades y experiencia”.

En consecuencia, la Norma concede todo el protagonismo a la formación de los trabajadores buscando que ésta sea continua y acorde con las necesidades de su puesto de trabajo. De lo cual cabe extraer una doble consideración.

En primer lugar, la significación concedida, por esta Norma de calidad, a la formación de los trabajadores¹⁶; es más, a una formación constante y

¹⁴ Sistemas de gestión de la calidad, Dic. 2000. UNE–EN ISO 9001:2000. Junto a ésta y excluidas las técnicas, cabe mencionar, entre otras, la 9004:2000 –guía para la mejora del funcionamiento–, 9001:2005 –requisitos básicos en cuanto a la calidad–, 14001 –comprobación de la adecuación de la actividad empresarial con la protección y defensa del medioambiente–.

¹⁵ Este organismo mundial, cuya secretaría general está en Ginebra, es el encargado de la coordinación y “*unificación internacional de estándares industriales en diversas áreas, incluidas la informática y las comunicaciones*”; su creación data de 1946 y, a lo largo de todos estos años, son muchas las organizaciones –pertenecientes a la estructura estatal o con mandatos de sus gobiernos– que, de forma voluntaria, han pasado a formar parte de esta organización no gubernamental, Aragón Medina y Rocha Sánchez, “*La responsabilidad social empresarial en España...*”, op. cit., p. 57. En la actualidad, está conformada por 157 Estados. Sobre este Organización; véase, <http://www.iso.org/iso/home.htm>.

¹⁶ En este punto, la Norma ISO 9001:2000 sigue las directrices marcadas por el Plan Deming, en el que la capacitación es uno de los elementos clave en relación con la calidad total.

continua. Y ello no es, en absoluto, reprochable; todo lo contrario. Se trata, simplemente y con todo, de una forma de patrocinar y promocionar el derecho a la formación de los trabajadores. Ahora bien, no cabe darle más importancia de la que tiene puesto que no se puede olvidar que estas normas de calidad no crean obligaciones, jurídicamente exigibles, por lo que va a depender de la voluntad empresarial el diseño de la formación de sus trabajadores. Pero aún así, hay que llamar poderosamente la atención sobre este particular, ya que se puede convertir en una vía indirecta para generar en el empleador una dinámica formativa con beneficiosos resultados tanto para la propia empresa como para los trabajadores.

En este mismo orden de ideas, debe subrayarse que la Norma ISO asume un concepto de formación moderno y actual, que sobrepasa la formación clásica para abarcar, conjuntamente con ella, las habilidades y capacidades del trabajador. Ello es coherente con el hecho de que las empresas ya no buscan exclusivamente una cualificación –entendida como aptitud profesional– sino además una actitud del trabajador, en la que se valora, fundamentalmente, su adecuación con el medioambiente laboral. O sea, que el trabajador cumpla “*los requerimientos impuestos por el proceso de trabajo y por las exigencias empresariales específicas, relacionados a su vez con la posesión de conocimientos y capacidades de actuación por parte del trabajador adecuados a aquellos requerimientos*”¹⁷.

En suma, el hecho de que esta Norma de calidad potencie la formación, en sentido amplio, del trabajador es un punto a valorar positivamente, ya que dicha formación, aún cuando es innegable que se instituye en beneficio de la empresa, redunda irremediabilmente en la empleabilidad del trabajador y, por hacerlo, es por lo que se reitera su importancia.

Cuestión distinta es la idea que subyace en la norma en virtud de la cual las competencias y, por ende, la formación corresponde a la empresa. Y aunque en una primera aproximación, ello no resulta especialmente llamativo, sí lo puede ser desde el momento en el que, indirectamente, esta posibilidad concedida por la norma de calidad, se convierta en un instrumento para sustraer a la negociación colectiva la determinación de la formación de la plantilla de la empresa. Incluso, los empleadores suelen acudir al argumento de que los convenios colectivos, por no adecuarse a la realidad empresarial –entre otros temas, en

¹⁷ Lope Peña, “*Innovación tecnológica y cualificación. La polarización de las cualificaciones en la empresa*”, Madrid, 1996, p. 55. Incluso la Organización Internacional del Trabajo se ha manifestado a este respecto al indicar que la cualificación está referida a la “*facultad adquirida y practicada o a la destreza necesaria para llevar a cabo eficazmente un trabajo o una tarea*”, “*Informe sobre el empleo en el mundo 1998–1999. Empleabilidad y mundialización. Papel fundamental de la formación*”, 1998, p. 37.

materia de clasificación profesional–, les obligan a diseñar un mapa competencial paralelo y, conforme a éste, fijar la correspondiente formación. Esta consecuencia sí resulta peligrosa, ya que puede convertirse en un subterfugio para excluir a los canales de representación de los trabajadores de la regulación de esta materia –y por qué no abrir la puerta a otros posibles temas–.

En segundo lugar, merece la pena destacar las palabras de la Norma cuando indica que la organización tiene que asegurar que “*su personal es consciente de la pertinencia e importancia de sus actividades y de cómo contribuyen al logro de los objetivos de la calidad*”. Se trata, en coherencia con los principios inspiradores de la filosofía de los actuales departamentos de recursos humanos, de una labor de convencimiento de la plantilla, en la dirección de compartir los esquemas y planteamientos empresariales, en tanto en cuanto el comportamiento de los trabajadores puede comprometer los objetivos de la calidad. Se presenta como una especie de chantaje emocional a la plantilla, lo que sí debe ser rechazado. Y lo debe ser por la sencilla razón de que los empleados tienen, simplemente, que cumplir con sus obligaciones laborales, es decir, el correcto cumplimiento de la prestación laboral. De él, se derivará, como un elemento más, la posibilidad de que la empresa alcance la excelencia pero, para ello, no se hace necesaria esa labor de convencimiento –que encierra, en muchas ocasiones, un adocenamiento del trabajador–.

Pues bien, excluida la referencia a que la empresa, como exigencia formal, tiene que llevar los correspondientes registros formativos, la Norma ISO 9001:2000 no contiene ningún otro estándar de contenido laboral –exceptuadas las consideraciones en torno al ambiente de trabajo¹⁸–. Las razones justificativas de esta ausencia, en principio, pueden ser varias. Entre ellas, que este contenido no forma parte de los objetivos de una norma de calidad, lo que no puede ser aceptado si se toma en consideración que estas normas buscan el establecimiento de un sistema de gestión dentro de una organización, en el que, como es lógico, los trabajadores son una pieza clave. O, como otra de estas posibles razones, que existen otras normas –en su momento se verá que no es la denominación adecuada– más acertadas para el establecimiento de estándares laborales; sin embargo, esas otras directrices –que serían las de RSE– tampoco dan respuesta al carecer muchas de ellas, como se indicará más adelante, del rango de norma de calidad.

Sean cuales sean los motivos, lo único cierto es que la Norma ISO ve reducido su contenido laboral, que no por ello despreciable, a la formación del

¹⁸ En este apartado, la Norma ISO 9001:2000 es sumamente escueta al limitarse a indicar que “*la organización debe determinar y gestionar el ambiente de trabajo necesario para lograr la conformidad con los requisitos del producto*” –6.4–.

trabajador –o, si se quiere, a su empleabilidad–, por lo que el balance no es especialmente esperanzador, puesto que el hecho de que la empresa haya obtenido el correspondiente certificado de calidad significa bien poco en relación con el colectivo de los trabajadores; y todavía menos cuando de la misma parece desprenderse que los trabajadores interesan en la medida en que sirvan a los objetivos de la organización.

4.1.1.1. Manuales de Calidad

La Norma ISO 9001:2000 exige que las empresas sometidas a su acreditación elaboren un manual de calidad. Este documento contiene la política empresarial en relación con la calidad o, dicho de otro modo, es la concreción del conjunto de acciones tomadas por la organización de cara a lograr la calidad¹⁹. Con este propósito, el manual de calidad puede ser un documento valioso a efectos de valorar qué realmente están haciendo las empresas con respecto a los aspectos laborales –o, lo que es lo mismo, a la formación– contenidos en esta norma de calidad.

De nuevo, el problema del análisis de estos manuales de calidad está en el oscurantismo empresarial. Su acceso es verdaderamente complejo al depender su publicidad de la voluntad de la empresa. Y ello ha impedido que se realice un estudio amplio, al menos en términos numéricos, de estos manuales; no obstante, los consultados sí pueden aportar alguna pauta en relación con esos aspectos laborales.

El denominador común de los mismos es el cumplimiento escrupuloso –y en absoluto novedoso– del estándar 6.2 de la Norma ISO 9001:2000. No van más allá del tema de la formación pero, incluso en éste, se limitan a cumplir las prescripciones de la norma sin diseñar, en la mayoría de las ocasiones, un verdadero y completo programa formativo²⁰.

¹⁹ Exactamente, y según el estándar 4.2.2 de la Norma ISO 9001:2000, “*La organización debe establecer y mantener un manual de calidad que incluya: a) el alcance del sistema de gestión de la calidad, incluyendo los detalles y la justificación de cualquier exclusión, b) los procedimientos documentados establecidos para el sistema de gestión de la calidad, o referencia a los mismos, y c) una descripción de la interacción entre los procesos del sistema de gestión de la calidad*”.

²⁰ Por poner un ejemplo, el Manual de Calidad de Tecnocon indica que “*la formación se realizará de forma planificada, siguiendo los programas de formación establecidos en el procedimiento POC-16 “formación y adiestramiento”, y teniendo como objetivo asegurar que todo el personal disponga de la formación y competencia necesarias para desarrollar su trabajo con los niveles de calidad requeridos. Las necesidades formativas derivarán, básicamente de: razones organizativas o problemas puntuales; necesidades con respecto al puesto de trabajo para el que se requieren competencias de diferente índole o en distinto grado a las que posee; aspectos rela-*

En consecuencia, estos manuales, en materia de formación, se convierten en un diagnóstico de la situación de la empresa y, en base a él, contienen unas pautas y criterios orientadores de la actividad formativa. Entre los cuales está, por ejemplo, la posibilidad empresarial de uniformizar la formación. Esto es, las empresas con centros de trabajo repartidos en distintos puntos geográficos pueden instituir, en teoría, unas mismas acciones formativas para todos sus trabajadores. Ahora bien, ese tratamiento igualitario puede quebrar desde el momento, en el que cada centro de trabajo materialice tales acciones de manera distinta. En ese supuesto, no demasiado infrecuente, no todos los trabajadores de la empresa van a recibir una idéntica formación. Gracias a la calidad, los manuales pueden contener, y de hecho es así, unos criterios uniformadores de las acciones formativas –que no se limiten únicamente al nombre dado a las mismas–, que aseguren y garanticen que todo trabajador de la empresa, cualquiera que sea su ubicación física, va a recibir una misma formación.

Sin perjuicio de esta indudable, pero no por ello anecdótica, ventaja, la lectura de los manuales de calidad viene a confirmar el desinterés de las empresas, sometidas al proceso de acreditación de la Norma ISO 9001:2000, por desarrollar un plan integral de formación; sin que la parquedad de la norma justifique, en ningún caso, dicho desinterés.

4.1.2. *El Modelo Europeo de Excelencia (Modelo EFQM)*

Como se dijo en otro momento, el Modelo de la Fundación Europea para la gestión de la calidad²¹ es mucho más ambicioso a la hora de diseñar la calidad al contemplar una visión global de las organizaciones. Y ello, en un primer momento, permite ser más optimistas en cuanto a la posibilidad de que tenga una mayor incidencia sobre los aspectos laborales. Sin embargo, ese optimismo se torna rápidamente en pesimismo simplemente con atender a la valoración concedida al capítulo dedicado a las personas. Esto es, a los trabajadores, en este Modelo, se les denomina, simplemente, personas; pues bien, la empresa que obtenga el máximo número de puntos tanto en este apartado como en el de

tivos al Sistema de Gestión de TECNOCOM y a la calidad del producto y/o servicio; generación e identificación de nuevos aspectos medioambientales. Los responsables de las distintas áreas identificarán las necesidades de formación del personal a su cargo, que debidamente categorizadas y priorizadas, conformarán el Plan de Formación de la TECNOCOM. Se dispondrá de un registro con la formación adquirida por el personal. La eficacia de las acciones formativas será evaluada por el responsable inmediato del trabajador que ha recibido el curso". Manual de Calidad y Medio Ambiente de Tecnom, No: ESP-CAL-012, Ed., 3, de 24 de octubre de 2005, p. 25 y 26.

²¹ Véase, <http://www.efqm.org> y <http://www.clubexcelencia.org>.

resultados–personas –que evalúa la satisfacción del personal–, puede llegar hasta 180 –90 por cada uno–; y el total de puntos que puede obtener una organización, sumando todos los capítulos, es 1000. Por consiguiente, los trabajadores suponen el 18% del total. Sólo con este dato se podría concluir que la relevancia concedida, por el Modelo EFQM, a los trabajadores es escasa; por no decir insignificante. Y ello a pesar de que, conforme a sus criterios informadores, la gestión del personal es uno de sus puntos clave.

De acuerdo con este Modelo, “*las organizaciones que pueden obtener el sello de excelencia europea son todas aquellas o partes de las mismas que tengan carácter de unidad operativa independiente, públicas o privadas, radicadas en España, y comprometidas con la mejora continua, independientemente de su actividad*”²². Hay que llamar la atención sobre la expresión mejora continua, ya que este sistema de calidad, como se anticipó en otro momento, se edifica sobre la idea de que la empresa, con la autoevaluación, podrá ir, siguiendo con la expresión, mejorando continuamente hasta alcanzar la máxima puntuación, que la convertirá en una empresa excelente. En este Modelo, hay, en función de los puntos obtenidos, distintos grados –o, como los llama el Modelo, estrellas– de excelencia.

La estructura del Modelo EFQM consiste en una serie de capítulos cada uno de los cuales tiene, a su vez, una serie de criterios sobre el comportamiento de la organización; y éstos, se subdividen en otros, que ejemplifican lo que tiene que hacer la empresa de cara a la excelencia –o sea, las orientaciones de actuación de la organización–.

El Modelo Europeo diseña dos parámetros de calidad atendiendo a que se trate del sector privado o del sector público –a éste último quedan equiparadas las organizaciones no gubernamentales–. Siendo así, lo lógico es pensar que, a efectos de gestión de los recursos humanos, tales criterios y orientaciones sean distintos, puesto que lo son los ámbitos en los que van a actuar. Sin embargo, esas diferencias, al menos en esencia y en su núcleo duro, no son tales. De hecho los criterios son idénticos mientras que las orientaciones no contemplan especiales diferencias. Probablemente, ello se deba a la amplitud de miras de los mismos como puede apreciarse, entre otros, en la orientación de “*alinear los temas de remuneración, traslados, despidos y otros asuntos laborales con la política y estrategia dentro de los límites marcados por las políticas*” de la organización.

Hecha esta aclaración, los criterios en este ámbito de los recursos humanos son:

²² Véase, [http://www.sinergiasempresariales.com/consultoria_ ca/calidad_iefqm.asp](http://www.sinergiasempresariales.com/consultoria_ca/calidad_iefqm.asp) (13/05/08).

“a) Planificación, gestión y mejora de los recursos humanos, b) identificación, desarrollo y mantenimiento del conocimiento y la capacidad de las personas de la organización, c) implicación y asunción de responsabilidades por partes de las personas de la organización, d) existencia de un diálogo entre las personas y la organización, y e) recompensa, reconocimiento y atención a las personas de la organización”.

De estos criterios, así como de las orientaciones que los desarrollan, cabe extraer como primera consideración que la categoría empleados, para alcanzar la excelencia, preocupa más desde una visión de recursos humanos que de gestión de personal pues las ideas básicas son, además de las transcritas, la implicación del trabajador en los valores de la empresa, la selección de personal, etc. De ahí la desatención, en líneas generales, de los aspectos puramente laborales. Se vuelve, como sucedía con la Norma ISO 9001:2000, a hacer hincapié en la formación y capacidad del trabajador y, sobre todo, en una mayor implicación de éste en la organización, lo que será objeto de las oportunas recompensas, reconocimientos y atenciones. Por lo que esta implicación es un valor en alza en materia de calidad.

Por destacar alguno de estos criterios generales, fundamentalmente por su ausencia en otras normas de calidad, hay que observar que para el Modelo Europeo es de suma importancia la *“existencia de un diálogo entre las personas y la organización”*. Ahora bien, estas palabras no nos deben confundir en cuanto a su espíritu que no es tanto, aunque también, la posibilidad de arbitrar mecanismos internos de reclamación y quejas como de instituir un diálogo en la organización. Diálogo que puede ser una pretensión vaga e imprecisa, ya que va a dejar un importante margen de acción empresarial sobre sus contenidos así como sobre la eficacia de los acuerdos. Es más, la norma promociona este diálogo pero, en ningún caso, instituye procedimientos a tal efecto, con lo cual queda en manos de la empresa su creación y régimen competencial.

La Fundación Europea ha editado una serie de casos prácticos, que no son más que memorias de supuestas empresas que obstan al Premio Europeo de la calidad. Para uno de ellos –un hospital psiquiátrico en Ámsterdam²³– creó, en la línea de ese reclamado diálogo, el llamado Comité de Comunicación, que supone una apuesta de la organización, según las palabras de la Fundación, por una *“comunicación abierta y sincera...elemento clave de la política de gestión de los recursos humanos de Spectrum, y es esencial para todos los aspectos del enfoque de Excelencia de la organización”*. Se trata de un Comité compuesto por los jefes de departamentos y por dos empleados nombrados por el comité

²³ Caso práctico (Spectrum 2003) V1/Sp, EFQM, 2003, p. 31.

de empresa. También es cierto que no es el único ejemplo de comunicación contenido en esta memoria pero sí el más significativo e importante²⁴.

Igualmente, el Modelo EFQM concede una gran relevancia a la encuesta del clima laboral. Con ésta se mide el grado de satisfacción del personal de la empresa; y se presenta como una de las exigencias del Modelo en el capítulo dedicado a los resultados de las personas. Por consiguiente, las organizaciones deberían incorporarlas a sus políticas de recursos humanos. Sobre éstas, se volverá más adelante.

Junto a estos estándares, el Modelo Europeo va más allá al alcanzar aspectos de RSE, que exceden todas estas expresiones, por así decirlo, estrictamente laborales. Siendo estos otros aspectos, los que van a servir de puente al estudio de estas normas y las encargadas de gestionar la RSE.

4.2. Normas de calidad encargadas de gestionar la responsabilidad social empresarial

Hasta este momento se ha excluido del estudio todas aquellas normas de calidad –aunque más tarde se verá que no todas ellas pueden ser calificadas como tales– que gestionan la RSE. Pero antes de entrar en ellas, hay que cuestionarse una serie de interrogantes, que van a permitir configurar o no estas normas como instrumentos de RSE²⁵.

Exactamente, hay que preguntarse si estas normas se adecuan a la finalidad y a los objetivos de la RSE para, a continuación, ver si cumplen con sus notas clásicas y definitorias y, por último, ubicarlas en una de sus dos manifestaciones –esto es, su dimensión interna o externa–.

Nada se descubre al afirmar que existen muchas definiciones de RSE. De, entre todas ellas, se va a escoger, por su naturaleza institucional, la del Libro

²⁴ Buceando en las políticas de empresas españolas que han obtenido esta acreditación en su máximo nivel –5 estrellas– como es el caso del Banco Sabadell–Atlántico, y conforme a su Memoria de Responsabilidad Social Corporativa de 2007, estos canales de comunicación son muchos y muy variados. Excluida por el momento la encuesta de clima laboral, se establecen, principalmente, pack de bienvenida, intranet, PEOPLE –portal, que permite desde la gestión de las vacaciones hasta la de quejas y reclamaciones pasando por las ofertas internas de empleo–, BS Campos –que recoge toda la oferta formativa interna y externa–, etc. Pero de todos ellos, se quiere destacar la Revista Canal BS; y se hace, fundamentalmente, porque entre sus objetivos está “reflejar y transmitir los valores de la entidad”. Es, una vez más, una expresión de la importancia que para las acreditaciones de calidad tiene que los trabajadores participen y se impliquen en los valores de la empresa.

²⁵ Por instrumentos de RSE hay que entender, siguiendo a Rodríguez–Piñero Royo y Pérez Domínguez, “la multitud de iniciativas a través de las cuales se viene canalizando el impulso de la RSE”, “Responsabilidad social de la empresa...”, op. cit., p. 13.

Verde de la Comisión Europea; según la cual es “*la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores*”²⁶. Y tales preocupaciones, como es fácil de imaginar, recorren muy distintos senderos, con lo cual el hecho de que una empresa sea socialmente responsable puede encontrar muy diferentes expresiones. Entre las cuales debe, por supuesto, incluirse la gestión responsable de los recursos humanos de la organización, lo que se traduciría, en una primera y quizás simplista aproximación, en una mejora, en términos amplios, de las condiciones de trabajo de la plantilla de la empresa. De hecho, uno de los aspectos más novedosos del Libro Verde es la importancia concedida a los aspectos laborales de la RSE al señalar que “*las prácticas responsables en lo social afectan en primer lugar a los trabajadores y se refieren a cuestiones como la inversión en recursos humanos, la salud y la seguridad, y la gestión del cambio*”²⁷.

Pues bien, en la medida en que las normas de calidad hacen suya esta preocupación mediante la incorporación, en esta dirección, de estándares y directrices, hay que aceptar que son una expresión de la RSE. Es más, esta aseveración no tiene por qué quedar reducida a las normas que se autodenominan como de RSE, ya que las estudiadas en los epígrafes precedentes, a pesar de no nacer con esa vocación, en cuanto que puedan suponer esta mejora también cumplirían con la finalidad y los objetivos de la RSE²⁸. Buena prueba de ello es que en todos los criterios elaborados para clasificar los instrumentos de RSE están incluidas, sin distinción, todas las normas de calidad²⁹.

²⁶ Comisión Europea, *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, 18 de julio de 2001, COM (2001) 366 Final, p. 7.

²⁷ Comisión Europea, *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad...*, op. cit., p. 8.

²⁸ Cuestión muy distinta es que las empresas acreditadas en virtud de cualquiera de las normas anteriores sobrepase los límites de éstas de cara a adoptar unas auténticas decisiones de RSE. Así, hay empresas que han obtenido los correspondientes sellos de calidad; sin que por ello se observe que estén llevando a cabo una acertada política, por ejemplo, de igualdad –expresión indubitada de RSE–. Es el caso, entre otros, del Grupo Santander que, según su memoria de 2007, en el grupo de directivos en la Europa continental hay 2.502 empleados de los cuales sólo 386 son mujeres; y, por contra, en el grupo de administrativos, hay 12.710 empleados siendo, casi la mitad, mujeres –5.335–.

²⁹ Tres son los criterios utilizados para clasificar los instrumentos de RSE: a) la organización y gestión de la empresa; b) el ámbito de la responsabilidad social, en el que inciden; y c) la dinámica y puesta en práctica de la RSE. Cada uno de ellos, a su vez, se subdivide en diferentes bloques. Pues bien, las normas de calidad siempre quedan incluidas en alguno de estos bloques. De tal modo que en el primer criterio quedarían inmersas en los instrumentos de gestión, normas de proceso y acreditación en cuanto que éstos “*establecen los requisitos técnicos que una empresa debe llevar a efecto en sus estructura y organización para que sea calificada como socialmente responsable...y...certifican o acreditan la condición de socialmente responsable de una empresa a través de agentes externos a la misma*”. En el segundo, dentro de los de gestión

En segundo lugar, hay que cuestionarse si estas normas de calidad cumplen las notas de voluntariedad y adiconabilidad propias de la RSE.

Con respecto a la primera, parece indiscutido e indiscutible que los instrumentos de RSE no pueden ser impuestos. Todo lo contrario, tales instrumentos van a formar parte del margen de acción empresarial. No son normas de derecho necesario³⁰; ni tan siquiera exigibles jurídicamente³¹.

Por consiguiente y en relación con las normas de calidad, las organizaciones libres y voluntariamente deciden o no someterse a los correspondientes estándares. Por tanto, la voluntariedad queda cumplida aunque matizadamente, ya que, desde el momento en el que la empresa decide someterse a la norma de calidad, debe cumplir las exigencias contenidas en la misma si quiere obtener el oportuno sello distintivo. Pero aún así, debe aceptarse la voluntariedad. No obstante, las empresas no han sido especialmente favorables a que se creen estándares, aunque sea de mínimos, como sucedía con las normas de gestión de los procesos productivos, en materia de RSE. Tanto es así que, como se verá más adelante, son muy pocas las normas de calidad encargadas de la gestión de la RSE. La clase empresarial ha preferido, en esta ocasión, la fijación de propuestas o guías, cuya naturaleza vinculante es, si todavía era posible, mucho menor.

En definitiva, la voluntariedad se reduce a la decisión de someterse a los estándares de la norma de calidad; y esta voluntariedad aumenta de manera considerable cuando, como ocurre en materia de RSE, son meras orientaciones del comportamiento empresarial.

Con demasiada frecuencia se suele identificar voluntariedad con unilateralidad³² cuando, en realidad, se trata de conceptos distintos, lo que en este

socialmente responsable de la empresa; mientras que en el tercero, en las directrices sobre sistemas de gestión e instrumentos de certificación al incorporar la norma de calidad prescripciones de gestión y organización empresarial, cuyo cumplimiento queda controlado por “*agentes externos independientes, que emiten las correspondientes certificaciones y acreditaciones de tales comportamiento de cara al exterior*”. Pérez Domínguez, “*Instrumentos de la RSE: criterios de clasificación*”, Observatorio de Responsabilidad Social del CARL, <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/observatorio>, pp. 2 a 4.

³⁰ En el mismo sentido y por todos, Merino Segovia, “*Responsabilidad social corporativa...*”, op. cit., p. 55.

³¹ Como afirma Rodríguez-Piñero, “*es especialmente relevante e incluso definitorio en la responsabilidad social de la empresa que difícilmente podría conseguirse a través de reglas jurídicas vinculantes, uniformes y operables judicialmente, pues la ley sólo puede preservar contra malas prácticas pero no promover “mejores prácticas”, más allá de un cierto grado de cumplimiento formal con escaso impacto real*”, “*Una nueva iniciativa comunitaria sobre responsabilidad social de las empresas*”, Relaciones Laborales, nº 11, 2006, p. 6.

³² Como ha escrito Merino Segovia, la voluntariedad ha sido entendida, en algunos sectores como el empresarial, como “*sinónimo de unilateralidad en el diseño y gobierno de estrategias de RS*”, es decir, que las reglas deben ser creadas “*sin ataduras ni controles por parte de nadie*”, “*Responsabilidad social corporativa...*”, op. cit., p. 56.

ámbito de la RSE significa que sus instrumentos –o al menos, por sus características, algunos de ellos– son de adopción voluntaria por la empresa pero ello no quiere decir que deban ser creados, aplicados y controlados exclusivamente por ella. O sea que la decisión de sometimiento a las normas de calidad corresponde únicamente a la organización pero su creación, aplicación y control debería ser una labor compartida, por el ámbito que se está tratando aquí, con los trabajadores y con sus representantes. Sin embargo, la mayoría de las empresas no los tienen en cuenta en ninguna de estas fases. Hasta tal extremo es así que los empresarios han hecho todo lo posible, por ejemplo, para que los representantes de los trabajadores no estén presentes en concretas normas de gran repercusión como puede ser la ISO 26000.

La segunda nota es la adiconabilidad; ese “*ir de forma voluntaria más allá de lo que el marco legal establece*”³³. Pues bien, esta característica, en el contexto de las normas de calidad, se duplica en el sentido de que, en teoría, tales normas ya, de por sí, exceden de las exigencias legales mínimas y, al mismo tiempo, el empleador puede ir, a su vez, más allá del estándar o directriz de la correspondiente norma. En consecuencia, la adiconabilidad es doble y, por ende, también deberían serlo las ventajas para los trabajadores. Sin embargo, ello no siempre ocurre, ya sea porque la norma de calidad se limita a unas prescripciones coincidentes con las de la norma legal, ya sea, sencillamente, porque no se trata de una norma sino sólo de una guía para la organización.

El cumplimiento por las normas de calidad de los objetivos y características de la RSE permite su configuración como un instrumento de la misma, por lo que el siguiente paso es ubicarlas, por lógica, dentro de su dimensión interna. Esta “*que se quiere hacer extensiva a todo tipo de empresas, con independencia de su tamaño y localización, haría referencia a las prácticas responsables que afectan a las actividades que de modo inmediato, sin intermediación, controla la empresa, y que en lo social irían referidas a las condiciones de quienes prestan su fuerza de trabajo para la empresa en cuestión*”³⁴; de ahí que se proyecte “*frente a los trabajadores y frente a la utilización de los demás recursos o factores de producción. Los aspectos de esta dimensión son múltiples, tales como la gestión de recursos humanos*”³⁵, etc.

³³ Esta adiconabilidad se ha empleado “*para designar en castellano uno de los rasgos básicos o principios fundamentales de la RSE, su referida lógica de ir de forma voluntaria más allá de lo que el marco legal establece, con el fin de asumir los principios de ese marco legal dentro de la cultura de la organización. Con este término se trata de transmitirse la idea de que la RSE no puede ser considerada una alternativa al cumplimiento de la ley, ni una justificación para obviar su cumplimiento*”, Rodríguez-Piñero Royo y Pérez Domínguez, “*Responsabilidad social de la empresa...*”, op. cit., p. 7, en nota 7.

³⁴ Merino Segovia, “*Responsabilidad social corporativa...*”, op. cit., p. 59.

³⁵ Rodríguez-Piñero Royo y Pérez Domínguez, “*Responsabilidad social de la empresa...*”, op. cit., p. 10.

Más exactamente, y siguiendo al Libro Verde de la Comisión, la gestión de los recursos humanos por parte de las empresas demanda, entre otras cosas, “*atraer a trabajadores cualificados y lograr que permanezcan a su servicio*”, para lo cual deberán adoptar “*las medidas pertinentes*” tales como el “*aprendizaje permanente...un mayor equilibrio entre trabajo, familia y ocio...la igualdad de retribución y de perspectivas profesionales para las mujeres...la consideración de la capacidad de inserción profesional*” y, al mismo tiempo, “*las prácticas responsables de contratación*”, puesto que “*son fundamentales para conseguir los objetivos de reducción del desempleo, aumento de la tasa de empleo y lucha contra la exclusión social*”³⁶.

Pese a esta detallada enumeración, lo cierto es que existen, como ha indicado Alonso Soto, importantes ausencias; fundamentalmente, la “*participación de los trabajadores (económica y social) como forma de mejorar [su] integración y la gobernanza de las empresas*”³⁷. Como se viene manteniendo, desde un principio, la falta de participación de los trabajadores, denunciada por el mencionado autor así como, en relación con todas las expresiones de la RSE, por las centrales sindicales, es una deficiencia fácilmente superable de la RSE. Sólo es necesario mostrar voluntad por arbitrar y disciplinar, legal y convencionalmente, los mecanismos y canales oportunos de participación.

Aclarado ello, hay que aceptar que todas estas manifestaciones de la dimensión interna de la RSE deberían tener acogida dentro de las normas de calidad, ya que el espíritu de las mismas justifica su presencia. Sin embargo, no todas estas manifestaciones –así como las derivadas de ellas– tienen reflejo en las oportunas normas de calidad, ni todas ellas con la misma intensidad –a estos efectos, basta con recordar que, en el campo de la RSE, muchas no son auténticas normas sino simplemente guías–. No obstante, se puede afirmar que, a modo de vasos comunicantes, aumentan estas expresiones de la RSE a medida que disminuye la obligatoriedad de la oportuna norma. Y por ser así, hay que confiar en la voluntad empresarial para implantar, en las organizaciones, los oportunos estándares de calidad en materia de RSE.

Aunque sea como mero apéndice, no debe pasar inadvertido que los contenidos de esta dimensión interna de la RSE son, en esencia y en líneas generales, coincidentes con los propios de la negociación colectiva³⁸. Y, por lo que aquí importa, con las materias de las normas de calidad. Por consiguiente, se puede

³⁶ Comisión Europea, *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad...*, op. cit., p. 9.

³⁷ “*Estrategia europea de la responsabilidad social de las empresas*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n° 62, 2006, pp. 82 y 83.

³⁸ Así lo entiende, entre otros, Merino Segovia, “*Responsabilidad Social Corporativa...*”, op. cit., p. 59.

afirmar que dichos contenidos pueden tener cabida en tres ámbitos, en principio y en teoría, independientes como son la negociación colectiva, las normas de calidad y la RSE. Siendo así, el temor a posibles trasvases de contenidos; de modo tal que mediante el vehículo de las normas de calidad en materia de gestión de la RSE, dichas normas asuman tales contenidos de la negociación colectiva no es infundado³⁹. El problema de fondo no está en el hecho en sí de ese trasvase sino en la génesis de esa reglamentación. Esto es, la puesta en práctica de los estándares o guías de calidad es, como es de sobra conocido, competencia de los empleadores, por lo que éstos pueden adoptar decisiones que neutralicen las reglamentaciones convencionales.

Obviamente, esa posible sustracción hay, al menos por el momento, que entenderla, desde luego, como un pronóstico pero, no por ello, descabellado. Ahora bien, éste se relativiza en relación con las normas de calidad. Es decir, dicha sustracción es más factible en otras expresiones de la RSE que con respecto a las normas de calidad, ya que la mayoría de éstas contemplan como primera y fundamental directriz o estándar el cumplimiento de las normas tanto nacionales como internacionales. En consecuencia, la organización actuará a partir del espacio dejado por el cumplimiento de la correspondiente norma legal. O sea, que la empresa tiene que llevar a cabo un cumplimiento escrupuloso de dicha normativa, en la que deben quedar incluidos, como es lógico, los convenios colectivos⁴⁰. Siendo así, las empresas que quieran implantar un sistema de calidad en materia de RSE deberán, como punto inexcusable de partida, cumplir la normativa legal y convencional, por lo que se trataría, simplemente y con todo, de ese ir más allá demandado por la RSE. O, siendo más exactos, la norma de calidad contemplará la primera adicionabilidad mientras que el empleador procederá a cumplir los estándares de la norma y, seguidamente y como segunda expresión de esta adicionabilidad, tendrá la posibilidad de mejorarlos.

En resumen, este grupo de normas de calidad conceden al empleador un amplio margen de maniobrabilidad, que no debe ser, en principio, malentendido, ya que sea cual sea éste siempre debe sujetarse al cumplimiento exhaustivo de las normas legales y convencionales; de ahí que se trate de una de las manifestaciones, podría decirse más nítida, de la RSE.

³⁹ Aunque no referido a las normas de calidad sino, en general, a los instrumentos de RSE, este temor también es subrayado por Merino Segovia, "*Responsabilidad social corporativa...*", op. cit., p. 60.

⁴⁰ Merino Segovia escribe que "*una empresa que no acate la ley y los convenios colectivos nunca podrá llegar a ser tildada de socialmente responsable*", "*Responsabilidad social corporativa...*", op. cit., p. 55.

4.2.1. *La Responsabilidad Social Empresarial en el Modelo EFQM*

Como se indicó en su momento, el Modelo Europeo de Excelencia configura la RSE como uno de sus vértices; es más, como uno de los más significativos. Así, el Modelo EFQM, entre los criterios a valorar, incluye medidas de RSE, ya que, de acuerdo con éste, dicha RSE forma parte necesariamente de la calidad total. Incluso, el Modelo Europeo se atreve a definir la excelencia en este campo; y a estos efectos indica que “*es exceder el marco legal mínimo en el que opera la organización y esforzarse por comprender y dar respuesta a las expectativas que tienen sus grupos de interés en la sociedad*”. Nada nuevo añade a la tradicional configuración de la RSE. Se limita a hacer suyo el componente de la adición y, a la par, a significar la necesidad de que la empresa responda a los intereses, en nuestro caso, de los trabajadores de la organización.

Siguiendo a otras guías de calidad en materia de RSE, el Modelo EFQM enumera, a título de ejemplos, un conjunto de medidas que, adoptadas por las empresas, ponen de manifiesto su grado de responsabilidad social. O sea, en este capítulo, el Modelo no contempla, como sí hacía en el campo de los recursos humanos, un catálogo de actividades a realizar por la empresa de cara a obtener la excelencia sino que simplemente se limita a enumerar una serie de comportamientos que, si voluntariamente son realizados por la organización, computarán a efectos de valorar su RSE y, por ende, su excelencia en este ámbito. Se trata de una diferencia que, por su suma importancia, no debe pasar desapercibida. No es lo mismo reclamar un comportamiento empresarial, que valorar el que hasta ese momento se haya adoptado; de tal modo que el Modelo Europeo no es, ni más ni menos, que una descripción de las esferas en las que puede apreciarse una actitud responsable de la organización. De hecho, el cumplimiento de algunas o de todas sus expresiones de RSE es un plus de calidad que, para los empleados, supone, según el criterio tercero del Modelo Europeo, “*la igualdad y la justicia en las condiciones de empleo y cómo la organización se preocupa de las personas que la componen*”.

Es fácil imaginar que dichas expresiones se concretan en las habituales en materia de RSE, es decir, red de guarderías, asistencia sanitaria, conciliación de la vida personal y profesional, igualdad de género, medidas a favor de los colectivos desfavorecidos, formación, etc. Por consiguiente, las empresas sometidas a este Modelo de Excelencia tendrán un importante margen de acción para poner en práctica medidas de RSE en todas o algunas de estas expresiones⁴¹.

⁴¹ Por ejemplo y reduciendo el tema a la formación, el Banco Sabadell-Atlántico tiene entre sus objetivos, y según consta en su Memoria de Responsabilidad Social Corporativa 2007, potenciar “*la formación continua de toda la plantilla, facilitando caminos de promoción y ayudando*”.

La RSE, en el Modelo EFQM, pivota, como se ha visto, sobre esta adicionalidad y la satisfacción de las personas de la empresa. Esta segunda manifestación ha tomado cuerpo, fundamentalmente, a través de las encuestas del clima laboral, las cuales no sólo deben servir para canalizar las demandas y reclamaciones de los trabajadores sino también, como se deriva de la propia norma de calidad, para que la organización reoriente y rediseñe, en la medida de los resultados de las encuestas, sus políticas de personal. Sin embargo, en este punto, la posibilidad de comprobar el cumplimiento de los intereses de los trabajadores es bastante más complejo. Esto es, la constatación de la existencia de la encuesta así como sus resultados son claramente objeto de medición; ahora bien, lo que la organización hace con esos resultados no siempre se conoce, lo que pone de manifiesto una enorme parquedad informativa. Y ésta puede encerrar una desatención a los intereses de las personas de la organización.

Por todo ello, se puede concluir que el Modelo EFQM, en materia de RSE, sigue la tónica habitual de fijar criterios orientadores de la labor empresarial, lo que a la postre no significa más que conceder un relativo peso específico a esta materia en el contexto de la calidad.

4.2.2. *La Norma SA 8000*

De forma similar a como ocurría con las normas de gestión de la calidad, la Norma SA 8000⁴² es “auditable mediante un sistema de verificación por terceras personas”; auditoria llevada a cabo por cualquiera de las organizaciones debidamente acreditadas por la Social Accountability Internacional⁴³.

Muy sucintamente, hay que indicar que esta Norma instituye un conjunto de garantías en las organizaciones a fin de que éstas resulten responsables socialmente, por lo que aquí interesa, en materia laboral. Dentro de éstas, y

a alcanzar la excelencia profesional y a enriquecer su bagaje personal”. Con esta finalidad, se ha desarrollado un sistema de gestión de las competencias y capacidades personales y profesionales llamado Modelo de Gestión del Desempeño. Este modelo consiste en una evaluación del trabajador, que permite conocer de “*forma objetiva y equitativa las competencias y conductas de cada empleado y establecer su propio plan de desarrollo, contribuyendo a generar un clima de realización personal y un compromiso con la empresa más fuerte*”. Así pues, este Modelo de Gestión permite diseñar un itinerario formativo al trabajador, lo que supone ir más allá e ir responsable y éticamente, ya que el modelo formativo se construye sobre la base de la empleabilidad del trabajador. Ni que decir tiene que ello supone una expresión de la RSE y, por serlo, seguramente valorada en la obtención de la correspondiente excelencia. Ahora bien, puede haber otras empresas que carezcan de un plan formativo –o de uno tan estructurado como éste– y, pese a ello, que hayan obtenido la acreditación de calidad.

⁴² Responsabilidad Social 8000, SA 8000:2001.

⁴³ Se trata de una organización no gubernamental y sin ánimo de lucro dedicada al desarrollo, la implementación y el control de normas de responsabilidad social verificables y voluntarias, Ballester Pastor, “*El distintivo de calidad empresarial...*”, op. cit., p. 185.

como se ha adelantado, la primera obligación empresarial es la aceptación y el cumplimiento de la legislación tanto nacional como internacional. Ni que decir tiene que esta exigencia de la norma de calidad implica el cumplimiento de unos estándares legales mínimos que, por lógica, ya han debido ser acatados y puestos en funcionamiento por las diferentes organizaciones.

Ahora bien, no debe perderse de vista que se está ante una Norma internacional susceptible de ser aplicada a cualquier empresa, con independencia de su emplazamiento geográfico, sector o tamaño –criterio 1–. Esto, a la postre, explica esa primera exigencia de la Norma, ya que en determinados Estados y áreas geográficas el cumplimiento de esos estándares legales, por las características de sus mercados de trabajo así como por sus situaciones económicas, políticas y sociales, son de muy difícil realización.

Sin embargo, no cabe el engaño. Lo normal será que las empresas ubicadas en tales países no van a tener interés por obtener la correspondiente acreditación de calidad. O sea que, por ejemplo, una empresa ubicada en un país subdesarrollado o en vías de desarrollo que, con toda probabilidad, no tenga una política de personal acorde con las demandas nacionales y, principalmente, internacionales no va a buscar el sello de calidad que, con la auditoría previa, otorgaría el cumplimiento de los estándares de la Norma SA 8000. Y ello se presenta como un dato muy a tener en cuenta de cara a la efectividad de esta norma, puesto que, por lógica y con o sin voluntad de sus artífices, serán las organizaciones de muy concretas naciones las que harán uso de ella.

En coherencia con esa primera demanda, la Norma SA 8000 enumera un catálogo de requerimientos en materia de responsabilidad social. Exactamente, los siguientes: prohibición del trabajo infantil –criterio 1– y del trabajo forzoso –criterio 2.1–, medidas de seguridad y salud en el trabajo –criterio 3–, libertad de asociación y derecho de negociación colectiva –criterio 4–, no discriminación –criterio 5–, medidas disciplinarias –criterio 6–, horario de trabajo –criterio 7–, remuneración –criterio 8– y contratación y formación –criterio 8.3–.

En el mismo sentido indicado anteriormente, se mueven algunos de estos requerimientos. Esto es, su cumplimiento, al menos en teoría, por parte de empresas ubicadas en países, como los de la Europa continental, no es especialmente complejo. Es el supuesto, entre otros, de la jornada⁴⁴, que no deberá exceder de las 48 horas o, en su caso, la legal, o que el trabajador debe tener derecho a un día libre por cada período de siete. En consecuencia, la acredita-

⁴⁴ Posiblemente, de aprobarse definitivamente la Directiva comunitaria, que permite ampliar la jornada máxima de 60 a 65 horas semanales, el criterio de las 48 horas de la Norma SA 8000 se convierta en un barómetro acertado de responsabilidad social para las empresas de gran parte de los países de la Unión Europea.

ción, limitándonos a estos estándares pero perfectamente extrapolables a los restantes, de empresa socialmente responsable es de muy fácil obtención por las mencionadas organizaciones pues, como es sabido por todos y ciñéndonos a España, ambos estándares forman parte de las exigencias legales mínimas contenidas en el ET.

En otra dirección, debe mencionarse que las exigencias de responsabilidad social de la Norma SA 8000, se dirigen, con especial énfasis, a evitar comportamientos fraudulentos de las empresas en materia de contratación y formación⁴⁵. Dos aspectos claves de la administración de personal. Ahora bien, este objetivo de la norma de calidad no se materializa en concretas propuestas a la organización sino que, simplemente, se limita a reclamarle que se abstenga de políticas de personal, que puedan suponer contrataciones irregulares o incumplimientos de sus obligaciones formativas en relación con el aprendizaje –cualquiera que sea, se supone, su vínculo jurídico–. Desde esta óptica, el margen de acción empresarial es mucho mayor y, por ende, la posibilidad de la organización de diseñar una política de responsabilidad social, que haga realidad ese ir más allá reclamado por la misma. Lo que puede quedar concretado en la fijación de unos criterios de contratación, que no se limiten a cumplir con las exigencias legales sino que tengan en cuenta, por ejemplo, la inserción de los colectivos desfavorecidos; de tal modo que se adopte una política responsable de contratación de personal.

En definitiva, la internacionalidad de esta Norma relativiza, en gran medida, su efectividad, ya que pese a que sería ideal que todas las empresas, con independencia de su ubicación geográfica, partieran de los mismos condicionantes para someterse a la correspondiente auditoria externa, la realidad pone de manifiesto que ello no es así y, por no serlo, lo normal será que sólo las empresas de los países desarrollados⁴⁶, y tampoco de todos, resultarán, conforme a sus directrices, socialmente responsables para la Norma SA 8000. Podría decirse que se trata, sin más, de un medio en virtud del cual los creadores de la Norma han diseñado unos parámetros para acreditar a concretas empresas, que simplemente se limitan a dar cumplimiento a sus propias legislaciones y convenios internacionales. Pero, por el contrario y salvo contadas excepciones, no existe una voluntad de fomentar una cultura de RSE, en la que se valoren planteamientos empresariales, que denoten unas políticas más nove-

⁴⁵ “La compañía garantizará que no se lleven a cabo prácticas de contratación irregular, o de falsificación de los programas de aprendizaje, dirigidas a evitar el cumplimiento de las obligaciones legales relativas a los derechos laborales y a la seguridad social” –criterio 8.3–.

⁴⁶ De hecho, como indican Aragón Medina y Rocha Sánchez, las iniciativas de RSE se han llevado a cabo, principalmente, en los países más desarrollados y por las empresas de mayor tamaño, “La responsabilidad social empresarial en España...”, op. cit., p. 22.

dosas y comprometidas en materia de responsabilidad social. Eso sí, siguiendo los esquemas de las normas de calidad, la SA 8000 incorpora, en su criterio 9.1.c), un compromiso de mejora continua –que, con demasiada frecuencia y por todo lo dicho, puede convertirse en papel mojado–.

Antes de finalizar con esta Norma, hay que advertir de la presencia en su texto de lo que podría llamarse un control de su cumplimiento. De acuerdo con su criterio 9.9, *“la compañía investigará, confrontará, y responderá las cuestiones que planteen sus empleados y otras partes interesadas, con respecto al cumplimiento o incumplimiento de la política de la compañía y/o de los requerimientos de la presente norma. La compañía se abstendrá de disciplinar, despedir, o discriminar de cualquier forma a los empleados que proporcionen información concerniente a la observancia de la norma”*.

Lo más significativo de este criterio es la sensibilidad, mostrada por la Norma SA 8000, a un posible control por parte de los trabajadores de la observancia, por la empresa, de los parámetros de responsabilidad social. Y, a estos efectos, instituye, como vehículo de comunicación, *“el derecho del personal de planta a elegir un representante de su grupo para facilitar la comunicación con la alta administración, en asuntos relacionados con esta norma”* –criterio 9.4–.

Se trata de uno de los pocos ejemplos existentes, en norma de calidad, referentes al control por los trabajadores, y una vez obtenido el sello de calidad, de la aplicación de los correspondientes estándares. Y en la medida en que lo es, y que arbitra los mecanismos oportunos de comunicación y, aunque pueda parecer obvio, que se encarga de precisar la imposibilidad empresarial de adoptar cualquier tipo de represalia a los empleados que hagan uso de su derecho, hay que otorgarle su significación. Pero, eso sí, sin sobredimensionarse, ya que lo habitual, por el carácter de mínimos de los estándares de la Norma SA 8000, sea que la organización, por la facilidad de su cumplimiento, ejecute sus compromisos adoptados conforme a los criterios de RSE demandados por esta norma de calidad. Cuestión distinta serán esos otros, como en materia de contratación, que permiten a la empresa una mayor creatividad y que, por lo tanto, pueden exceder los márgenes de la norma. En estos casos es fundamental que los trabajadores conozcan las decisiones empresariales. Sin embargo, sobre este particular la SA 8000 no menciona nada, por lo que habrá que confiar en la buena voluntad de la organización para transmitir a sus trabajadores sus criterios de RSE. Presupuesto básico e ineludible para que los empleados puedan hacer uso de su derecho a reclamar.

4.2.3. *Sistema de la Gestión Ética y Socialmente Responsable*

En la línea de la norma estudiada en el epígrafe anterior, se encuentra el Sistema de la Gestión Ética y Socialmente Responsable –SGE 21:2005.

FORETICA/SGE 21/2005⁴⁷-. Y como su propio nombre indica, esta norma de calidad pretende dar un paso más allá al manifestar que “*el objetivo es para la dirección de la organización la confianza en sí misma y en su entidad, respecto a la honradez, lealtad, buena fe, transparencia y cultura organizativa, junto con un deseo de difundir en su entorno social la cultura de la gestión ética y socialmente responsable, para acercarla paulatinamente a la sociedad en general; adquirir voluntariamente un compromiso social para aplicar los valores éticos incorporados en la misma, demostrarlo y mantenerlo; y puede humanizar las exigencias de la ley y proporciona un valor añadido en las relaciones*”.

Como presupuesto de esta tarea, está, como es natural, la superación voluntaria de los aspectos legislativos –ni que decir tiene que, por tanto, parte de la premisa inherente a la idea de RSE–.

Pues bien, los criterios de esta norma se pueden aplicar a toda la organización o a determinadas áreas de gestión. En concreto, se articula en nueve áreas de gestión; cada una de las cuales contempla sus correspondientes valores éticos. La implantación de éstos es evaluable objetivamente y, en consecuencia, existe la posibilidad de someterse a auditoria externa. De todas estas áreas, interesan, en estas páginas, las que se corresponden con la alta dirección y con los recursos humanos.

Empezando con la referente a la alta dirección, se atribuye a ésta, como principal cometido, “*la responsabilidad de acompañar la optimización de los medios disponibles en la Organización, con vistas a la obtención del mayor beneficio posible, en el amplio sentido del término. Para conseguirlo, es fundamental crear y mantener un clima laboral óptimo, en el que las personas que integran la organización se identifiquen con la misión, visión y valores de ésta y participen en la consecución de los objetivos estratégicos de la organización*”. Y con este propósito, la alta dirección velará por el cumplimiento de todos los requisitos de la legislación general así como por la específica del sector, entorno local, ambiental, social y laboral.

Dos observaciones, de distinto signo, hay que realizar a esta demanda de FORETICA. Por un lado, debe alabarse que se matice expresamente la legislación a observar por la organización; de tal modo, que ya no queda limitada, en términos amplios, a la legislación nacional e internacional –como hacía la Norma SA 8000– sino que concreta los diferentes ámbitos, dentro de los que queda inmersa la legislación laboral, e incluso al mencionar la de sector permitiría dar cabida a los convenios colectivos. Posiblemente, pueda parecer ociosa

⁴⁷ Norma para la evaluación de la gestión ética y socialmente responsable en las organizaciones. FORETICA/SGE 21/Versión 2005 (16 de septiembre de 2005).

la indicada precisión al deberse entender que quedarían incluidas todas esas parcelas en el epígrafe legislación nacional; sin embargo, el hecho de que se enumere de manera particular cada una de ellas está, subrepticamente, exigiendo una actitud más responsable de la empresa que no podrá escudarse, por ejemplo, en el desconocimiento de la oportuna normativa para desatender sus contenidos; y al mismo tiempo, redundará en un comportamiento responsable mucho mayor al abarcar más esferas de actuación pues no debe olvidarse que, en el ámbito de la plantilla de la organización, influyen factores de muy diversa índole que, con relativa habitualidad, alcanzan prescripciones contenidas en normas sociales, locales, etc.

Por otro lado, debe, con especial énfasis, criticarse la insistencia de este tipo de normas en la identificación de los empleados con los valores de la empresa. Es más, en SGE 21:2005, se adopta un planteamiento muy simplista, al menos en esta área de gestión que es la alta dirección, pues se establece que para crear ese clima laboral óptimo –presupuesto ineludible para que la empresa obtenga el mayor beneficio posible– basta con la identificación de los trabajadores con la misión, visión y valores de la empresa. Además de simplista, este planteamiento encierra en su seno un enorme peligro sólo entendible desde la óptica de los creadores de este tipo de normas. Esto es, los empleados tienen una serie de obligaciones enumeradas en los correspondientes elencos legales y convencionales pero, por lógica, dentro de ellas no se sitúa, en ningún caso y tampoco sería posible, la comunión con los valores de la empresa por muy éticos y socialmente responsables que sean. De lo contrario, se estaría admitiendo un valor añadido al mero desempeño del puesto de trabajo, con las nefastas consecuencias que ello entrañaría –por ejemplo, una sanción e incluso un despido por no participar de esos valores empresariales aunque en nada afecte a las tareas para las que el trabajador ha sido contratado⁴⁸–. Aún hay más. Sería posible que esta identificación generase una especie de síndrome de Estocolmo, que podría hacer tambalear los cimientos del asociacionismo obrero, ya sea porque alcanzase a toda la plantilla, ya sea porque abriese la puerta a la individualización de las relaciones laborales, por lo que esta exigencia de identificación debe ser aceptada con sus correspondientes límites y, sobre todo, con enorme cautela.

Siguiendo con el área de gestión atinente a los recursos humanos, FORETICA parte, como no podría ser de otro modo, de la premisa de que “*la gestión del capital humano es una las más delicadas de la organización*”. De ahí que la empresa tenga la responsabilidad, según esta Norma, de tratar “*siempre a las*

⁴⁸ No se hace necesario aclarar que todo ello queda relativizado en las llamadas empresas de tendencia.

*personas que la integran con dignidad, respeto, honestidad, diálogo, transparencia, sensibilidad, buscando la igualdad de trato y oportunidades, fomentando la conciliación de la vida laboral y personal, así como la máxima compatibilización de los objetivos de la organización con los de desarrollo individual y profesional de cada individuo*⁴⁹. Y ello, sin olvidar tampoco, el respeto a *“las bases fundamentales de las relaciones entre la organización y la persona, en concreto la libertad sindicación y el derecho a la negociación colectiva”* y a la formación de los trabajadores⁵⁰.

Al igual que la Norma precedente, SGE 21:2005 instituye mecanismos de comunicación entre la organización y sus empleados con la finalidad, principalmente, de conocer *“sus sugerencias, quejas o conflictos”*, que serán dirigidos al Comité de Ética, que *“velará por el mantenimiento de la más estricta confidencialidad tanto en la recepción como en la resolución de los asuntos”*.

Con todo este elenco de recomendaciones a las organizaciones, se puede afirmar, al menos en un primer momento, que FORETICA es una de las normas de calidad, tanto en materia de RSE como de gestión de los procesos, que

⁴⁹ Con todas estas finalidades, FORETICA exige de la empresa una serie de comportamientos; entre los que se hallan los siguientes: a) La empresa realizará un seguimiento de los siguientes aspectos: rotación del personal, desglose de la plantilla por edad, sexo, nivel de estudios y su posición en la organización; registro de absentismo, recogiendo entre otros aspectos la periodicidad y las causas alegadas; registro de despidos indicando las causas que los motivaron, debiendo constar la edad, sexo y puesto de la persona despedida; registro de bajas voluntarias; y registro desglosado de bajas por enfermedad por causa, sexo, edad y área funcional; b) *“la organización mantendrá informado al empleado acerca del organigrama, especificando sus dependencias jerárquicas y funcionales tanto de manera ascendente como descendente. En caso de que existan, el empleado conocerá los sistemas y parámetros de evaluación del desempeño”*; c) *“la organización facilitará la conciliación de la vida personal y laboral de los trabajadores mediante políticas activas de las que mantendrá registros de resultados”*; y d) *“en caso de una situación desfavorable de mercado a medio o largo plazo, las empresas tratarán de reducir el impacto de la reorganización de sus operaciones, incluso en aquellos casos en los que se requiera el fin de la actividad de la organización. Siempre que sea posible se establecerá un plan de minimización de los efectos negativos de la reestructuración”*.

⁵⁰ En este sentido, la organización evaluará *“las necesidades de formación, creando planes de formación para los empleados con fines de actualización y desarrollo de sus competencias, de acuerdo con los objetivos generales de la organización”*; de ahí que existe una especial atención a la formación sobre los códigos de conducta. Por consiguiente, la formación se convierte ahora en el instrumento de la organización para conseguir ese objetivo de acatamiento de los trabajadores de los valores de la empresa. Pues no debe perderse de vista que estos códigos, como recoge Calvo Gallego, contienen *“un conjunto de prescripciones que reflejan una declaración de valores o principios propios de la empresa...prescripciones destinadas a guiar el comportamiento y el desarrollo, en sus tareas presentes y futuras, de los directivos y/o los trabajadores, ya sea entre ellos, o entre ellos y la compañía, los grupos de interés externos o la sociedad en general”*, *“Códigos éticos y contrato de trabajo en las empresas españolas”*, p. 9.

mayor hincapié hace en los aspectos laborales. Como se ha visto son muchas las indicaciones; algunas, sumamente precisas como todas las referentes al control de la contratación, despidos, etc, y, otras, mucho más vagas como las medidas a adoptar en relación con la conciliación de la vida personal y profesional o la formación. En el primer caso, los datos aportados pueden suponer una excelente radiografía de la situación laboral de la empresa pero, sin embargo, es necesario ese ir más allá, que FORETICA no contempla. Mientras que en el segundo caso, la amplitud de la Norma permite a la empresa adoptar cualquier medida, puesto que todas ellas tendrían cabida en el epígrafe RSE. De ello se puede deducir que pese a la grandilocuencia de la Norma, en su denominación y contenidos, su efectividad, una vez más, recae, única y exclusivamente, en la buena voluntad de la organización. Y ello entraña un enorme riesgo. Que no es otro que obtener el sello de calidad en materia de RSE pese a que las medidas empresariales en esta dirección sean escasas y de escasa relevancia.

Si a ello se une la insistencia de la Norma por que la empresa obtenga, en términos generales, unos mayores beneficios y, a la par, la necesidad de que los trabajadores se adecuen, en la mayor medida posible, a los valores y objetivos de la organización, el balance, necesariamente y en relación con los trabajadores, ha de ser, una vez más, negativo.

4.3. Orientaciones de calidad en materia de responsabilidad social empresarial

Frente a las normas de calidad en materia de gestión de la RSE vistas en los epígrafes precedentes, en este apartado se va a proceder al estudio de la Guía AENOR y de la Norma ISO 26000 –aún en fase de proyecto–, que carecen de la consideración de normas de calidad para convertirse, simplemente, en recomendaciones u orientaciones de actuación para las empresas que pretendan ser socialmente responsables. Esta consideración conlleva, fundamentalmente, la imposibilidad de control externo y, por ende, de certificación.

Antes de su análisis por separado, aunque se puede adelantar que son muchas sus concomitancias, hay que partir de una premisa común: la falta absoluta de voluntad por convertir estas orientaciones en auténticas normas de calidad. Tanto es así que puede afirmarse que han seguido, en su gestación, caminos paralelos.

Pese a lo dicho, en un principio, ambas se configuraron como normas de calidad; sin embargo, el rechazo expreso y continuo de los empleadores así como de sus organizaciones ha sido la causa de esta degradación a meras guías, sugerencias o propuestas en materia de RSE.

Y en esta dirección, el documento de AENOR –Ética. Sistema de Gestión de la responsabilidad social de las empresas⁵¹– es coherente con su contenido, ya que se trata de una simple guía; pretensión, que fue defendida, sin demasiadas argumentaciones, por las empresas y por la propia Agencia de Certificación⁵². Situándose, como era previsible, en la posición contraria algunas ONGs y CCOO⁵³.

Por su parte, el proyecto de Norma ISO también ha encontrado la oposición de las empresas. Buena prueba de ello es un doble dato. Por un lado, el hecho de que, en un inicio, fueron totalmente desfavorables a la participación en su elaboración de las organizaciones sindicales y, aunque al final han tenido presencia en los correspondientes debates⁵⁴, no debe ocultarse que, según la ponderación de votos, éstas representan el 7% del total bastando para aprobar la norma el 75% de los votos⁵⁵. Esta ponderación es suficientemente ilustrativa del peso específico que las organizaciones sindicales tienen en el debate y aprobación de la Norma ISO 26000 –así como de las restantes Normas de este Organismo–. Y, por otro lado, se desconoce si por falta de voluntad o por la dificultad intrínseca de la adopción de la norma, lo cierto es que su aprobación se ha ido retrasando de manera constante; hasta tal punto que hoy en día ya se barajan las fechas del segundo semestre de 2009 e, incluso, durante el 2010.

Pero si algo tienen claro sus artífices, al igual que sucedía con la Guía AENOR, es que no va a ser una norma certificable y, se aclara, que, a pesar de

⁵¹ Ética. Sistema de gestión de la responsabilidad social corporativa, PNE 165010. Norma elaborada por el Comité técnico AEN/CTN 165 ÉTICA, cuya secretaria desempeña AENOR.

⁵² El responsable de RSE de AENOR ha afirmado que “*el mundo empresarial no quiere una norma. Ninguna de las empresas que integran el Comité ha votado a favor de la norma; todas prefieren una guía. Entre estas compañías figuran SCH, BBVA, Ferrovial, Telefónica, REE, Abengoa, Repsol y Dragados, entre otras*”, <http://www.cincodias.com> (03/06/08), p. 1.

⁵³ De acuerdo con el documento elaborado por SETEM, Amnistía Internacional, Intermón Oxfam, Economistas sin fronteras, Ingeniería sin fronteras y CCOO, “*generar otro documento de naturaleza distinta al de norma, no aportaría ninguna herramienta nueva para la gestión de la RSC y además podría poner en peligro la confianza en el proceso de normalización español*”; es más, el formato de norma “*identifica requisitos concretos que se han de satisfacer, no orientaciones o consejos como hacen las guías*”, por lo que la norma puede ser “*empleada como una herramienta de evaluación, verificación, auditoría y escrutinio, ya sea de forma interna, por la empresa, o de forma externa, por otro agente*”, <http://www.cincodias.com> (03/06/08) pp. 2 y 3.

⁵⁴ De hecho, en el Informe del Grupo de Trabajo de la ISO 26000 (9 de marzo de 2007) se puede leer que “*lograr la participación de organizaciones sindicales resultó difícil desde el comienzo del proceso. Sin embargo, en las reuniones plenarias, el grupo de interés de los trabajadores ha logrado hacerse oír más que otros stakeholders, principalmente a través del representante de la Confederación Sindical Internacional*” (p. 3).

⁵⁵ Exactamente, el Borrador de Norma ISO 26000, en su prólogo, afirma que “*la publicación como Norma Internacional, requiere de al menos un 75% de aprobación por los organismos miembros que votan*”.

su denominación, no deja de ser una guía, que contiene sólo orientaciones y recomendaciones. Con palabras del Informe del Grupo de Trabajo de ISO sobre Responsabilidad Social⁵⁶, “ISO 26000 contiene directrices, no requisitos, razón por la cual no será utilizable a modo de estándar de certificación”, “no describirá un sistema de gestión (formal), aunque brindará una guía específica respecto de determinadas cuestiones como también orientación sobre cómo abordar tales cuestiones en el contexto de una organización”.

Teniendo el valor que tienen, y antes de entrar en sus aspectos laborales, se hace necesario preguntarse por su funcionalidad. Esto es, qué operatividad van a tener unas simples guías en materia de RSE.

Las normas de calidad al menos alentaban a la clase empresarial a someterse a sus estándares, aunque sólo fuese para obtener la correspondiente acreditación. Y siendo verdad que éstas concedían un importante margen de acción a la empresa también lo es que la fijación de unos estándares mínimos obligaban a la organización a alcanzar igualmente unos mínimos en materia de RSE. Sin embargo, estas guías, al no vincular en nada a las empresas, pueden convertirse, de no existir una voluntad empresarial –lo que puede ser, cuando menos, objeto de duda debido al rechazo de los empleadores por convertir estas directrices en norma de calidad– en una mera declaración programática carente de cualquier tipo de efectividad. Por lo que probablemente todos los esfuerzos no hayan servido para nada. Quizás en todo ello esté presente la consideración de los empresarios sobre la RSE.

Nada se descubre al afirmar que esta opinión no es compartida por los artífices de la Norma ISO. Para ellos, esta guía “incorporará y reforzará las normas y regulaciones internacionales relevantes –y teniendo en cuenta la enorme credibilidad y capacidad de concienciación de ISO– resulta bastante posible que el futuro estándar ayude a organizaciones de países desarrollados, pero aún más a las de países en desarrollo, a presionar a favor de regulaciones gubernamentales de responsabilidad social”⁵⁷.

Sin restar un ápice de importancia a esta conclusión, avalada por la reiteración de la mayoría de los documentos de ISO 26000 sobre la elevada participación en su elaboración de los países en desarrollo⁵⁸, los cuales pueden tener un particular interés, la verdad es que, como ocurría, por ejemplo, con la Norma SA 8000, lo deseable sería que estas normas o guías careciesen de vocación universalista; de tal modo que atendieran a la realidad de determi-

⁵⁶ Reunión de 9 de marzo de 2007 (p. 1).

⁵⁷ Son palabras extraídas del Informe del Grupo de Trabajo de la Norma ISO 26000 en su reunión de 9 de marzo de 2007 (p. 9).

⁵⁸ Por ejemplo, en 2006 había 159 expertos de países en desarrollo y 141 de países desarrollados –Informe del Grupo de Trabajo de ISO 26000 (9/3/2007) (p. 4, nota 3).

nados, por así decirlo, bloques de países, que tienen peculiaridades y circunstancias especiales.

Pero, aún aceptando la justificación transcrita, en los países en desarrollo la implantación de estas directrices de RSE va a quedar supeditada a la voluntad de las organizaciones, y si éstas no acatan la normativa laboral internacional difícilmente se puede aceptar que vayan a acatar estas meras propuestas; y en otro sentido, parece excesivo delegar y responsabilizar a los gobiernos de la RSE cuando ésta, por definición, es decisión empresarial.

En suma, la efectividad de estas orientaciones puede ser escasa e, incluso, nula, ya que el simple hecho de que las propias empresas hayan mostrado una voluntad en contra a que adquieran el rango de norma de calidad permite pronosticar, sin demasiado margen de error, que tampoco va a existir voluntad para su aplicación; máxime si se tiene en cuenta que no se obtiene ningún sello de calidad por observar las correspondientes directrices. Y ello, pese al prestigio que pueda tener la Guía AENOR, en España, o la Norma ISO, a nivel mundial. Prestigio que ha conducido al Grupo de Trabajo de la ISO 26000 a indicar que esta guía, aunque no sirva para una posible acreditación, sí “*cientos de miles de organizaciones sabrán de y confiarán en*” ella⁵⁹.

4.3.1. *Aspectos estructurales y sustantivos de las orientaciones en materia de responsabilidad social empresarial*

La Norma ISO 26000⁶⁰ es bastante más ambiciosa que la Guía de AENOR; no obstante, ambas se construyen sobre pilares más o menos semejantes, que facilitan su estudio y sistematización.

La estructura de ambas guías consiste en un programa de mejora continua. Y con esa finalidad, la Guía AENOR se estructura en manual de gestión de la responsabilidad social corporativa, planificación, implantación y operativa, medición y seguimiento, y, de acuerdo con el estudio realizado, diseño de un plan de mejora; mientras que la Norma ISO 26000, dividida en principios y temas⁶¹, parte de unas consideraciones claves –trabajando con las partes interesadas, integración de la responsabilidad social en las metas y estrategias de la

⁵⁹ Informe del Grupo de Trabajo de la Norma ISO 26000 en su reunión de 9 de marzo de 2007 (p. 8).

⁶⁰ ISO 26000. Borrador de 23 de julio de 2007. ISO/TMB/WG RS n 113.

⁶¹ Para esta Norma, la diferencia radica en que los temas están referidos a los problemas u obstáculos significativos que la organización debe enfrentar o superar en el campo de la responsabilidad social –éstos variarán con la organización y con su estrategia–; y los principios aluden a las ideas, que constituyen supuestos fundamentales definitorios de la responsabilidad social –Informe del Grupo de Trabajo de ISO 26000 de 9 de marzo de 2007 (p. 6)–.

organización, implementación de la responsabilidad social en las prácticas diarias, comunicación sobre la responsabilidad social, evaluación de las actividades y prácticas de responsabilidad social– y termina con las opciones de mejora.

En cuanto al fondo, el punto de partida, como siempre, es el cumplimiento de la legislación nacional e internacional⁶² que, en los temas fundamentales de responsabilidad social en materia laboral, se focalizan en derechos humanos⁶³ –también es un principio de la ISO así como el de respecto a la diversidad⁶⁴– y derechos fundamentales en el trabajo. La Norma ISO además añade las llamadas prácticas laborales⁶⁵.

⁶² Tras la intervención de la ISO en materia de RSE, hubo un enfrentamiento con la Organización Internacional del Trabajo, que ha sido resuelto mediante la firma por ambas organizaciones de un Memorando de Acuerdo (4 de marzo de 2005), “*con el objetivo de asegurar que cualquier norma internacional de la ISO en el campo de la RSE –y cualquier otra actividad relativa a la misma– es consistente y complementa la aplicación de las normas laborales internacionales, incluyendo los derechos fundamentales en el lugar de trabajo*”, Aragón Medina y Rocha Sánchez, “*La responsabilidad social empresarial en España...*”, op. cit., p. 60.

⁶³ De acuerdo con la Guía AENOR, tales derechos quedan concretados en la no discriminación (contratación, formación, despido o jubilación), derecho a la privacidad, libertad de opinión, derechos religiosos y cívicos, trabajo forzoso, trabajo infantil, condiciones de trabajo, salud y seguridad, asociación y negociación, salario justo, horario de trabajo, contrato de trabajo, formación y trato correcto. Por su parte, la Norma ISO 26000 enumera la no discriminación, derechos humanos –cívicos y políticos, sociales, económicos y culturales y grupos vulnerables (indígenas, minorías –sin especificar–, mujer, niños, discapacitados e inmigrantes), libertad sindical y negociación colectiva; trabajo forzoso, trabajo infantil y derecho de información de los representantes de los trabajadores. Como se puede observar el elenco es casi idéntico en ambos documentos.

⁶⁴ Este principio recomienda a la empresa “*tener la disposición para emplear personas sin discriminación por raza, color, credo, edad, género o creencia política; y cultivar un enfoque positivo a la diversidad como un factor de cambio*”.

⁶⁵ Según la Norma ISO, estas prácticas laborales “*comprenden todas las políticas y prácticas relacionadas con el trabajo realizado dentro de ella, a través, o en nombre de la organización*”; e incluye las responsabilidades de la organización por “*trabajo realizado a su nombre por otros*” o por las condiciones laborales de sus subcontratistas. “*Las prácticas laborales incluyen la contratación y promoción de trabajadores; procedimientos disciplinarios y conciliatorios; transferencia y reubicación de los trabajadores; finalización del empleo y cualquier política o práctica que afecte a las condiciones de trabajo...también incluyen el reconocimiento de las organizaciones de trabajadores, y la representación y participación por la organización en la negociación colectiva, el diálogo social y la consulta tripartita para abordar los temas sociales relacionados con el empleo*”. “*Las prácticas laborales...pueden tener un impacto significativo en su capacidad de contratación, motivación y retención de empleados, y de esta forma, en su capacidad para obtener sus objetivos. Las prácticas laborales pueden además tener un impacto significativo en la reputación de la organización*”. Tras su configuración, la Norma propone una serie de epígrafes; entre los cuales cabe destacar, por ejemplo, empleo pleno y seguro, condición jurídica de trabajador o de autónomo, evitar el trabajo temporal, no realizar despidos arbitrarios o discriminatorios, subcontratistas legales, adherirse a un horario de trabajo normal o acordado,

Ambas esferas, en esencia, no presentan grandes novedades. Esta tónica continuista significa que estas guías se mueven en esa amplitud de miras, que concede a las organizaciones un amplísimo margen de acción a la hora de diseñar sus políticas y estrategias en materia de responsabilidad social –sin perjuicio, eso sí, de que la Norma ISO 26000 detalla muchos más ejemplos de buenas prácticas⁶⁶– pues, nunca se puede perder de vista, que sus indicaciones, en muchos estados, son los mínimos a la hora de garantizar los derechos laborales y humanos de sus empleados. De ahí, probablemente, que la propia Norma ISO reconozca, en relación con los trabajadores, como partes interesadas, que la responsabilidad social es, sin más, la mejora de sus condiciones laborales⁶⁷.

Todo ello acompañado de los mecanismos de información y comunicación oportunos para los empleados –y para los restantes grupos de interés o partes interesadas– sobre la gestión de la RSE.

En resumen, estos documentos, por su inherente finalidad, prestan una mayor atención a los aspectos laborales de la RSE. Y ello, es en principio destacable; fundamentalmente, por el conjunto de prácticas socialmente responsables que contienen, de modo que sirven de orientaciones a las diferentes organizaciones. Se trataría de un instrumento para publicitar las consideradas, por sus artífices, como buenas prácticas, siendo las empresas, atendiendo a sus peculiaridades y características, las que libremente optarían por aquellas medidas más acordes a esas circunstancias y a sus propios objetivos en materia de RSE. Siendo así, estas orientaciones no deben sobrevalorarse, ya que no dejan de ser meras declaraciones de intenciones, cuya aplicación queda supeditada a la buena disposición de las organizaciones.

fomentar el diálogo social, conceder a los representantes de los trabajadores una infraestructura para el desempeño de sus actividades, salud y seguridad en el trabajo, proporcionar acceso al desarrollo de habilidades y formación y oportunidades para el desarrollo de las carreras para los trabajadores, sobre una base igualitaria y no discriminatoria, etc.

⁶⁶ Así, en materia de derechos humanos –actividades o cooperación con agencias estatales en países donde no se respeten los derechos humanos; los registros deben respetar la privacidad de los empleados y su propósito debería estar claro; las organizaciones no deberían confiscar los pasaportes o documentos de viaje de sus empleados, o en cualquier forma limitar su libertad de movimiento; las horas de trabajo requeridas deberían ser compatibles con la posibilidad de cuidar a un niño enfermo o tomarse un tiempo de baja para dar a luz u otras responsabilidades familiares; respecto al derecho a la vida familiar, supone no impedir el derecho de los empleados a casarse y formar una familia, sin discriminar por afiliación familiar, proporcionando los adecuados permisos de paternidad a las familias con un nuevo niño y promoviendo un equilibrio entre vida y trabajo–; mientras que en materia de derechos fundamentales en el trabajo –no se puede discriminar por enfermedades como el SIDA o la orientación sexual; igual trabajo, igual valor, etc.–.

⁶⁷ Se afirma que una empresa es socialmente responsable en relación con el colectivo de los trabajadores “*por ejemplo mejorando sus condiciones laborales*”.

5. UNA VALORACIÓN FINAL

Como se viene manteniendo a lo largo de estas páginas, todos los documentos englobados dentro del epígrafe normas y guías de calidad están siendo aceptados con una tremenda naturalidad por el mundo empresarial en particular, y por la sociedad en general. Es más, se están convirtiendo en un signo distintivo de la buena empresa. Excluidas consideraciones de otra naturaleza, el análisis de estos documentos atendiendo, única y exclusivamente, a sus aspectos laborales y de RSE pone en tela de juicio su positiva valoración. Es decir, el hecho de que una empresa obtenga un determinado sello de calidad o se someta a determinados estándares u orientaciones, en el ámbito de los recursos humanos y de la gestión del personal, no significa mucho; por no decir que, con demasiada frecuencia, no significa nada. O sea, que una empresa que haya obtenido el oportuno certificado de calidad, por lo que aquí interesa, no quiere decir, en términos amplios, que la gestión de su plantilla sea más acertada, coherente, productiva... en definitiva, de calidad. Por lo que puede afirmarse que los trabajadores son simples comparsas en estas normas de calidad como lo prueba la insistencia de las mismas en la necesidad de que se acomoden, siguiendo sus palabras, a la misión, visión y valores de la organización.

Y ello es especialmente visible cuando se acude a las normas de gestión de la calidad –ISO 9001:2000 o el Modelo EFQM–; pero es particularmente llamativo, por sus objetivos, en las normas y guías de gestión de la RSE. En estos supuestos, el problema ya no es tanto, que también, la ausencia de referencias laborales sino otro bien distinto: la falta de voluntad empresarial por someterse a unos cánones, que se traduzcan necesariamente en una mejora continua y constante de las condiciones laborales de sus trabajadores. Sólo en aquellos casos –para los cuales no haría falta la correspondiente norma o guía–, en los que la empresa tenga a bien incorporar esas mejoras, tales documentos pueden cumplir la función de servir de fuente de inspiración. En consecuencia, la relación costes–beneficios que exige la creación y puesta en funcionamiento de estas normas es desproporcionada.

Si a ello se une la complejidad técnica, multiplicidad, oscurantismo, falta de democracia en su creación y aplicación, su universalidad y su desatención por el tipo de organización, el resultado es que estas normas y guías de calidad pueden ser, simplemente, mecanismos de publicidad⁶⁸ o marketing⁶⁹ empresa-

⁶⁸ Por ejemplo, según el Modelo EFQM, entre las ventajas que tienen las empresas que obtengan el premio de excelencia está la “*publicidad inherente al mismo*”.

⁶⁹ Desde otra visión, Ballester Pastor escribe que “*se establecen estos sellos de calidad empresarial, para comprometer más a las empresas a cambio de ofrecer un mecanismo de marketing*”, “*El distintivo de calidad empresarial...*”, op. cit., p. 177. Y mucho más tajante se

rial, ya sean por obtener el oportuno certificado, ya sea por adecuar su comportamiento a las orientaciones nacionales o/e internacionales. Y de este modo, las empresas obtienen un valor añadido que, en la actualidad, no es en absoluto desdeñable.

Para terminar, se quiere llamar la atención sobre el dato de que si estas normas de calidad no tienen particulares repercusiones en materia de relaciones laborales o de RSE; curiosamente, sí hay una parcela, en la que estas normas están teniendo una gran incidencia. Y esta no es otra que en el ámbito del empleo.

La calidad se ha convertido en una nueva e importante cuenca de empleo. Como consecuencia del frenesí empresarial por someterse a las oportunas certificaciones, se está convirtiendo en práctica habitual que las empresas doten puestos de trabajo o departamentos –dependiendo de la entidad de la organización– dedicados, en exclusiva, a esta compleja tarea de la gestión de la calidad –y ello sin entrar en las empresas, cuyo cometido es únicamente esta tarea–. Tanto es así que la propia AENOR ha indicado que *“la organización debe facilitar los recursos humanos necesarios para la implantación, mantenimiento, verificación y medición, revisión y mejora del sistema de gestión con las cualificaciones, capacitación y formación necesarias”*. Por consiguiente, y aunque suene pesimista, esta es la principal consecuencia de las normas de calidad para el mundo del Derecho del Trabajo.

expresa Merino Segovia al indicar que *“de no existir nivel alguno de exigencia, la RS no pasará en tal caso de ser un mero instrumento de relaciones públicas y de marketing, un ejercicio de publicidad engañosa al fin y al cabo, al que recurren las empresas frente a la dificultad de verificar la veracidad y la puesta en práctica de los compromisos que publicitan a través de sus declaraciones y campañas de imagen”*, *“Responsabilidad social corporativa...”*, op. cit., p. 57.

STOCK-OPTIONS E INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO: PROBLEMAS PRÁCTICOS Y SOLUCIONES JUDICIALES

ANA DE LA PUEBLA PINILLA*

Profesora Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Stock-options, despido

Los Planes de stock-options han vivido una época dorada como fórmula de retribución para los directivos. Su calificación como salario, con las consecuencias que ello supone en materia fiscal y de cotización, no ha impedido la extensión de este sistema de compensación que ha generado importantes beneficios para algunos colectivos de trabajadores. Es posible que el actual contexto económico determine un cambio de tendencia y, quizás, la paulatina sustitución de estos sistemas retributivos. Pero, en tanto esos cambios se producen, se están planteando numerosos problemas de orden práctico en relación con los efectos que la extinción del contrato, en especial la producida por el despido del trabajador, produce sobre planes de opciones vigentes en la empresa. Los problemas son, básicamente de dos tipos. Por una parte, los referidos a cómo debe computarse el beneficio económico que el trabajador ha ingresado en su patrimonio al ejercer su opción a efectos de calcular la indemnización por despido. Por otro, qué ocurre con las opciones de compra que están pendientes de ejecución en el momento de producirse el despido. La ausencia de criterios o reglas claras de solución está generando una importante litigiosidad en torno a estas cuestiones. Por ello, es el análisis de la doctrina judicial el que se utiliza en este estudio para ensayar la elaboración de algunos criterios que puedan orientar una respuesta uniforme a las cuestiones señaladas.

ABSTRACT

Key Words: Stock-options, dismissal

The stock option plan has experienced a golden period as a well-known and recognised payment formula to directors or managers in certain companies. The stock option has been considered as a salary income with the fiscal and social security derived consequences, and indeed such payment system has generated important benefits to some workers. Perhaps, the current economic context determines a change in such tendency, and maybe, it will allow a slow replacement of such payment system. But, as this is changing, a practical problem appears in relation with the effects in the event of termination of contract or in redundancy procedures and how affects the company's plan. There are two types of problems: on the one hand, to study how these types of incentives have been accounted for in the employee's patrimony and how can be those calculated at the time of compensation for dismissal. On the other hand, what happens with those stock-options available to be purchased and that are pending at the moment of dismissal. The absence of a criteria or clear rules is generating a series of battles in certain circumstances. Therefore, some examples are brought in the judicial doctrine of the present study providing criteria and possible solutions to this situation, and this could be an answer to this matter.

* La autora quiere agradecer expresamente a Margarita Fernández Izquierdo sus valiosos comentarios y observaciones al texto.

ÍNDICE

- 1 INTRODUCCIÓN
2. STOCK-OPTIONS E INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO: ¿CUÁNDO Y CÓMO SE COMPUTA LA PLUSVALÍA OBTENIDA POR EL EJERCICIO DE LAS OPCIONES SOBRE ACCIONES?
 - 2.1 Condiciones necesarias: el año anterior al despido como referencia temporal
 - 2.2 Algunos supuestos prácticos
 - 2.2.1. Ejercicio del derecho de opción en un momento anterior al año previo al despido
 - 2.2.2. Ejercicio del derecho de opción en el año previo al despido respecto de opciones maduras con anterioridad
 - 2.2.3. Ejercicio del derecho de opción en el año previo al despido respecto de opciones maduras en ese periodo
3. EFECTOS DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO SOBRE DERECHOS DE OPCIÓN NO EJERCITADOS
 - 3.1 Extinción del contrato durante el vesting
 - 3.1.1. La regla general: el derecho de opción no se devenga
 - 3.1.2 La excepción: los supuestos específicamente contemplados en el Plan de stock-options: jubilación, muerte e incapacidad del trabajador
 - 3.1.3. Quid en el caso de despido improcedente
 - 3.2. Extinción del contrato durante el periodo de ejercicio del derecho de opción

1. INTRODUCCIÓN

La participación financiera de los trabajadores en el capital social de la empresa se ha convertido en un importante instrumento retributivo principalmente, aunque no solo, para los directivos. La participación puede articularse a través de variadas fórmulas que permiten al trabajador acceder, bien directamente a la propiedad de acciones de la compañía, bien al beneficio derivado del incremento de su valor. Los Planes de entrega de acciones consisten, por ejemplo, en la entrega directa de acciones a los directivos y/o trabajadores de la compañía, gratuitas o a precio inferior al mercado, vinculadas normalmente a la permanencia del trabajador en la empresa. Los Planes de compra de acciones (ESPP) conceden al trabajador el derecho a adquirir acciones de la compañía a precio reducido, aplicando una deducción periódica en la nómina para destinarlo a esta finalidad. Por su parte, los Phantom SOP (opciones fantasma o virtuales) atribuyen a los trabajadores el derecho a percibir los beneficios económicos que les corresponderían si se les hubiese concedido una opción sobre acciones.

De estas fórmulas, la más generalizada y que mayor debate ha generado ha sido la de los Planes de opciones sobre acciones. Una definición de las opciones sobre acciones la aporta el propio Tribunal Supremo que los describe como “un derecho que, de forma onerosa o gratuita, otorga la empresa al trabajador para que éste, en un plazo determinado, pueda adquirir acciones de la propia compañía o de otra vinculada, estableciéndose para ello un precio, frecuente-

mente el valor de la acción el día que se concede el derecho, posibilitando que, tras el vencimiento del aquel plazo y una vez ejercitada la opción, el empleado pueda percibir, bien la diferencia del precio de las acciones entre ambos momentos (otorgamiento y ejercicio), bien las propias acciones al precio fijado en el momento del otorgamiento del derecho”¹.

Uno de los primeros núcleos de debate doctrinal y judicial en torno a las opciones se planteó precisamente en torno a su naturaleza salarial, generando numerosas sentencias contradictorias en suplicación. Las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001 que acaban de citarse cerraron definitivamente este debate afirmando con rotundidad el carácter salarial de los beneficios derivados de las stock-options. Sin perjuicio de la dificultad de generalizar cualquier afirmación sobre las opciones, dadas las diversas características que cada Plan puede presentar, el Tribunal Supremo identificó algunas notas comunes que confirman ese carácter salarial. En efecto, en la medida en que se articulan como un incentivo laboral que trata de incrementar el compromiso de los empleados con la empresa y mejorar así los resultados económicos de la compañía, las opciones presentan un marcado carácter retributivo. La empresa consigue con esta fórmula de participación financiera un doble efecto: “la fidelización del trabajador, vinculándolo para que no trate de encontrar empleo en otra empresa distinta, pero también se puede alcanzar, por otro, el objetivo perfectamente valorable de no tener que contratar nuevos empleados si se marchan los experimentados, con el coste de formación y falta de productividad inicial que normalmente seguiría a las nuevas contrataciones”. En definitiva, “la vinculación entre la actividad laboral del empleado, su esfuerzo y dedicación y la obtención de un beneficio económico valorable derivado del ejercicio de la opción, se muestra así evidente y configura el concepto legal de salario al ser una percepción económica que se recibe precisamente a causa o como consecuencia de la actividad laboral desarrollada”².

¹ SSTS 24-10-2001 (RJ 2362 y 2363, respectivamente).

² Por eso, solo cuando el Plan de opciones está totalmente desvinculado de esa finalidad de fidelización o permanencia del trabajador, resultaría posible negar su carácter retributivo. Esto es lo que ocurre en la STSJ Madrid 12-3-2008 (AS 1242) respecto de una situación en la que la empresa había reconocido al trabajador un derecho de opción directamente ejercitable, sin plazo de maduración, de modo que desde el día en el que se le reconoce el derecho pudo el trabajador ejercitarlo. En este caso, señala la sentencia que “no se trataba de remunerar una mejor prestación de sus servicios en el futuro, ni de fidelizarle a la empresa, sino de atribuirle un precio ventajoso para obtener acciones (...) no necesitando actuación ni contraprestación alguna del actor para realizar esa compra, por lo que la concesión por parte de la empresa pudo deberse a un reconocimiento de su gestión pasada o a un incentivo para su cometido futuro, pero en ningún caso puede atribuírsele una naturaleza salarial a efectos indemnizatorios”. Sí se reconoce, sin embargo, carácter salarial al siguiente plan de stock-options concedido por la empresa porque se vinculaba a la permanencia del trabajador en la empresa durante un periodo de tiempo.

Ni la incertidumbre sobre la existencia o no de un balance positivo o saldo final favorable al trabajador, ni la indeterminación y variabilidad de la cantidad resultante³, ni, finalmente, el que las opciones sobre las que se concede la opción pertenezcan o no a la propia empresa empleadora, privan a las opciones de su naturaleza salarial pues tales características concurren también en otras fórmulas retributivas cuyo devengo se hace depender de circunstancias variables y no necesariamente vinculadas de forma directa con la actividad del trabajador⁴.

El cierre de este debate abrió, sin embargo, otros muchos frentes interpretativos en torno a las opciones sobre acciones⁵. Los principales problemas que se han planteado se pueden distribuir en dos grupos de casos. Por una parte, aquellos que mayor debate práctico han generado, que son los relativos a la repercusión que los Planes de stock-options pueden tener en el cálculo de las indemnizaciones por despido. Por otra, los referidos a los efectos o consecuencias que la extinción del contrato produce sobre las stock-options que todavía no se hayan ejecutado.

Las dificultades derivan, en el primer grupo de casos, de la complejidad que supone determinar el contenido patrimonial de la ganancia o retribución percibida por el trabajador y su imputación temporal. En el segundo grupo, la cuestión a resolver es si cabe la posibilidad, una vez extinguida la relación laboral, de mantener el derecho a ejercer las opciones.

En todo caso, tales dificultades interpretativas derivan de la propia configuración de las stock-options, en la que es necesario identificar y diferenciar: (1) el momento de concesión de la opción (grant), (2) el periodo de devengo, consolidación o maduración (vesting), (3) el periodo de ejercicio (periodo durante el cual el trabajador puede ejercer su opción y comprar las acciones al precio pactado), (4) momento concreto, dentro de periodo de ejercicio, en el que el trabajador ejerce su opción y compra las acciones (todas o una parte de ellas) y (5) momento en que el trabajador procede a vender las acciones adquiridas, que puede o no coincidir con el momento de compra de las acciones.

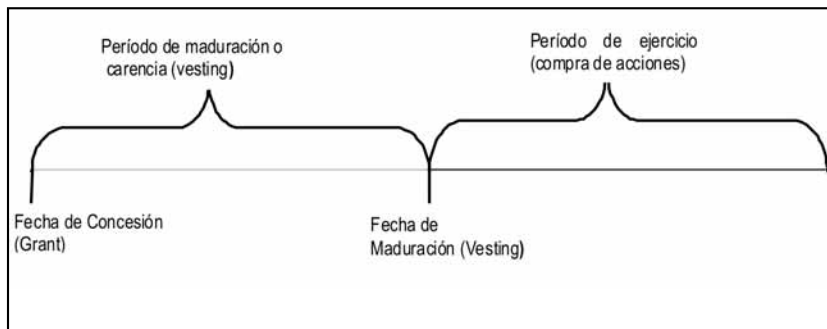
Gráficamente, puede representarse del siguiente modo:

³ Es posible que las acciones sobre las que se concede la opción tengan un valor nulo o inferior al que se haya fijado para la compra en el Plan de stock-options. Pero ni siquiera en este caso los trabajadores asumen el riesgo del negocio puesto que no tienen obligación alguna de adquirir las acciones (STSJ Madrid 12-3-2008, AS 1242).

⁴ Así lo señala expresamente la STS 26-1-2006 (RJ 2227).

⁵ Entre los diversos estudios realizados al respecto, mencionamos únicamente, por su carácter también práctico, M. Barros, "Doctrina jurisprudencial sobre la entrega de opciones sobre acciones a empleados: estado de la cuestión", *Relaciones Laborales*, nº 13, 2007.

STOCK-OPTIONS



2. STOCK-OPTIONS E INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO: ¿CUÁNDO Y CÓMO SE COMPUTA LA PLUSVALÍA OBTENIDA POR EL EJERCICIO DE LAS OPCIONES SOBRE ACCIONES?

La indemnización por despido o extinción se calcula a partir de dos criterios: la antigüedad o tiempo de prestación de servicios y el salario diario. Para el cálculo del módulo salarial, debe tomarse como punto de partida el salario percibido durante el mes anterior al despido o extinción, incluyendo todas las partidas salariales, en dinero o en especie, y excluyendo únicamente las percepciones extrasalariales o aquellos conceptos retributivos salariales de carácter absolutamente excepcional⁶. Por su parte, las retribuciones de devengo superior al mes o de cuantía variable se computan en la proporción que corresponda. Para ello, se toman en cuenta las cantidades percibidas en el año inmediatamente anterior al despido y se prorratean en doce mensualidades⁷. Así se computan los bonus, los incentivos y cualquier otro tipo de retribuciones irregulares⁸. Las horas extraordinarias se computan calculando el promedio anual.

Dado su carácter salarial también las stock-options deben computarse a efectos de calcular la indemnización por despido. La doctrina judicial es unánime al respecto. Los problemas y las diferencias surgen a la hora de decidir

⁶ Como un “complemento por prestación de servicios en el extranjero” (STS 27-9-2004, RJ 6986) o una “ayuda para estudios de inglés” percibida de forma excepcional en una sola ocasión (STSJ Madrid 3-10-2001, JUR 20607).

⁷ Téngase en cuenta que para hallar el módulo diario, si se parte del salario anual bruto, hay que dividir entre 365 y no entre 360 (STS 30-6-2008, RJ 7047).

⁸ SSTS 26-1-2006 (RJ 2227) y 24-10-2006 (RJ 7852). En la doctrina de suplicación, vid SSTSJ Madrid, 21-6-05 (AS 2203) y 12-9-2007 (AS 2941).

cómo y en qué cuantía deben computarse. Y el problema no es baladí porque los errores en el cálculo de la indemnización por despido pueden repercutir sobre el devengo de los salarios de trámite⁹. A falta de cualquier referencia legal, la doctrina de suplicación ha ido fijando algunos criterios, en muchos casos contradictorios e incompatibles entre sí. También el Tribunal Supremo, que desde aquellas primeras sentencias de 24 de octubre de 2001 ha debido abordar ya en numerosas ocasiones controversias relativas a las opciones, ha aportado algunas pautas sobre cómo debe efectuarse ese cálculo.

2.1. Condiciones necesarias: el año anterior al despido como referencia temporal

Con carácter general, puede decirse que las condiciones necesarias para que el beneficio patrimonial derivado del ejercicio de las acciones sobre opciones compute a efectos del cálculo de la indemnización por despido se refieren a dos aspectos distintos: la primera de ellas, al momento de ejercicio de las opciones; la segunda al momento en que se haya producido la maduración del plan.

La primera exigencia, y única para algunas interpretaciones judiciales, es que durante el año inmediatamente anterior al despido el trabajador haya ejercitado el derecho de opción incorporando a su patrimonio una ventaja o un beneficio económico consistente en la plusvalía de las acciones sobre las que se ejerce la opción de compra. A estos efectos se considera que “el contrato de opción se perfecciona por el consentimiento y en el momento que confluyen las voluntades de las partes que lo suscriben”¹⁰, condiciones que deben cumplirse en algún momento durante el año anterior al despido¹¹.

⁹ Impidiendo, si el error es inexcusable, que se paralice el devengo de los salarios de tramitación. Lo cierto es, no obstante, que la jurisprudencia es bastante sensible a las dificultades que implica el cómputo de las opciones sobre acciones y normalmente ha apreciado que los errores sobre su cuantía son excusables y que, por tanto, no impiden la paralización de los salarios de trámite. Vid, en este sentido, SSTS 26-1-2006 (RJ 2227), 16-5-2008 (RJ 5095) y 3-6-2008 (RJ 3300).

¹⁰ STS 4-2-2002 (RJ 3276).

¹¹ En alguna ocasión se han planteado problemas cuando hay coincidencia temporal o simultaneidad entre la extinción del contrato de trabajo o el despido y el ejercicio de las stock-options. Así ocurría en la STSJ Madrid 26-2-2008 (AS 1364). La trabajadora ejercitó el derecho de opción el 4 de junio de 2007, remitiendo la gestora al día siguiente al Departamento de Recursos Humanos de la empresa información de Hacienda sobre el derecho ejercitado. Ese mismo día se produjo el despido. El posterior 7 de junio la gestora comunica a la trabajadora la confirmación de su solicitud, el 8 se efectúa el pago de las acciones mediante transferencia que recibe la gestora el día 13. La empresa pretendía que no se computara a efectos de la indemnización por despido el importe de las opciones sobre acciones por entender que el ejercicio se había

No obstante, esta interpretación, que exige como única condición para computar las stock-options que se haya producido su ejercicio en el último año, ha quedado relegada ante otra corriente interpretativa ya mayoritaria conforme a la cual se exige un segundo requisito. En efecto, son ya mayoría las sentencias que exigen no solo que durante el último año inmediatamente anterior al despido se haya ejercido el derecho de opción sino que, además, el derecho ejercitado corresponda a un Plan de opciones sobre acciones que haya madurado total o parcialmente en esos doce meses anteriores al despido. Solo cuando se cumplen ambos requisitos debe computarse la plusvalía a efectos de calcular la indemnización por despido.

A partir de esta afirmación, las interpretaciones judiciales de nuevo se desdoblán en función de dos factores: por un lado, el concepto de plusvalía que se utiliza; por otro, la forma de cómputo de dicha plusvalía.

Por lo que se refiere al concepto de plusvalía, algunos pronunciamientos judiciales interpretan que la plusvalía es la diferencia entre el precio pactado en el momento de la concesión de la opción –el que aparece fijado en el Plan de opciones– y el precio o valor que la acción tenga en el mercado bursátil en el momento del ejercicio por el trabajador, esto es, el momento en el que el trabajador decide adquirir las acciones al precio ofrecido por la empresa en el Plan de opciones¹². La alternativa es considerar que la plusvalía computable a efectos de la indemnización por despido ha de ser la diferencia entre el precio pactado cuando se concedió la opción y el precio o valor de la acción en el momento de maduración del plan, con independencia del momento en que el trabajador ejerza su derecho de opción (y del precio o valor que entonces tengan las acciones)¹³.

Pero las diferencias no acaban ahí puesto que, a la hora de incluir la plusvalía, algunas sentencias la computan en su totalidad a efectos de la indemnización por despido¹⁴, en tanto que otras la computan solo proporcionalmente. Esta última interpretación supone que la cuantía de la plusvalía debe distri-

producido tras el despido. La sentencia rechaza esta interpretación considerando que el concurso de voluntades se ha producido antes del despido y que “el ejercicio de las acciones llevado a cabo inmediatamente antes de que el acto extintivo de la patronal causara efectos, debe reputarse como un acto sincrónico al despido y en consecuencia plenamente eficaz a los efectos de incorporar el montante realizado a su acervo patrimonial y por ende estimable como elemento salarial para el cómputo del importe indemnizatorio por despido”.

¹² Así, las SSTSJ Madrid 28-12-2004 (AS 3730), 20-12-2005 (AS 606/06), 14-2-2007 (AS 2623) y Cataluña 15-5-2006 (JUR 271438).

¹³ Así, las SSTSJ Madrid 1-9-2005 (AS 2300) y 12-3-2008 (AS 1242). La primera de estas sentencias, no obstante, ha sido casada por STS 3-6-2008 (RJ 3300).

¹⁴ SSTSJ Madrid 28-6-2005 (JUR 186322) y 1-9-2005 (AS 2300).

buirse a prorrata a lo largo del periodo de maduración de modo que solo se tengan en cuenta las cantidades que resulten imputables a la parte del periodo de maduración que esté incluida en los doce meses anteriores al despido.

Esta diversidad de soluciones parece estar en vías de resolverse. Y ello porque, como ya se ha anticipado, el Tribunal Supremo ha aportado en algunas de sus sentencias criterios o pautas sobre cómo y en qué cantidad deben computarse los beneficios económicos derivados para el trabajador del ejercicio de las opciones. Las diferencias que existen entre los Planes de stock–options de cada empresa impiden ofrecer soluciones generales válidas para cualquier plan pero, al menos, las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo ofrecen respuesta a algunas de las dudas interpretativas planteadas.

Así, se ha afirmado que “de las opciones de compra de acciones pueden derivar dos ventajas o utilidades patrimoniales distintas, y sólo una de ellas puede, en su caso, ser considerada como salario e incluida por tanto en el cálculo de la indemnización de despido. La primera utilidad, que es la que cabe considerar salario si se asigna en contraprestación del trabajo realizado, es la «constituída por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de adquisición y el precio de ejercicio del derecho pactado». La segunda utilidad, que se produce ya fuera del marco de la relación de trabajo, y que carece en consecuencia de la condición de salario, es la obtenida por el trabajador, mediante un posible posterior negocio jurídico mercantil con un tercero, consistente en «la venta de las acciones que adquirió al ejercitar la opción»”¹⁵.

La plusvalía es, pues, la ganancia obtenida por el trabajador cuando decide ejercer su derecho de opción y adquirir las acciones al precio previsto en el Plan. La diferencia entre dicho precio de concesión y el valor de las acciones en el mercado en el momento de su adquisición marca el beneficio económico obtenido por el trabajador. Es irrelevante a estos efectos el valor de las acciones en el momento de maduración del plan o la ganancia que el trabajador obtenga cuando posteriormente venda sus acciones. Lo relevante, a efectos laborales y de inclusión en la indemnización por despido, es la ganancia obtenida por el trabajador en el momento de ejercer la opción e incorporar a su patrimonio las acciones.

En un reciente pronunciamiento, el Tribunal Supremo ha optado, además, por la teoría del prorrateo como fórmula para determinar cómo se incluye aquella plusvalía en la indemnización por despido. En su Sentencia de 3 de junio de 2008¹⁶ señala que “si consideramos que las opciones de compra de

¹⁵ SSTs 1–10–2002 (RJ 10666) y 26-1-2006 (RJ 2227).

¹⁶ RJ 3300.

acciones tienen carácter salarial en cuanto a la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de su adquisición y el precio de ejercicio del derecho pactado, retribuyendo el trabajo desempeñado por el trabajador, debe determinarse qué período desde su concesión a su realización por el trabajador se está remunerando, y por consiguiente debe distribuirse proporcionalmente a dicho período si es superior a un año, pues es el período de tiempo que se remunera”. Y añade después que la indemnización por despido “debe ser calculada incluyendo en el salario la parte proporcional correspondiente al último año anterior al despido de la ganancia derivada de la opción de compra de acciones, prorrateada por el periodo de tiempo de su obtención”.

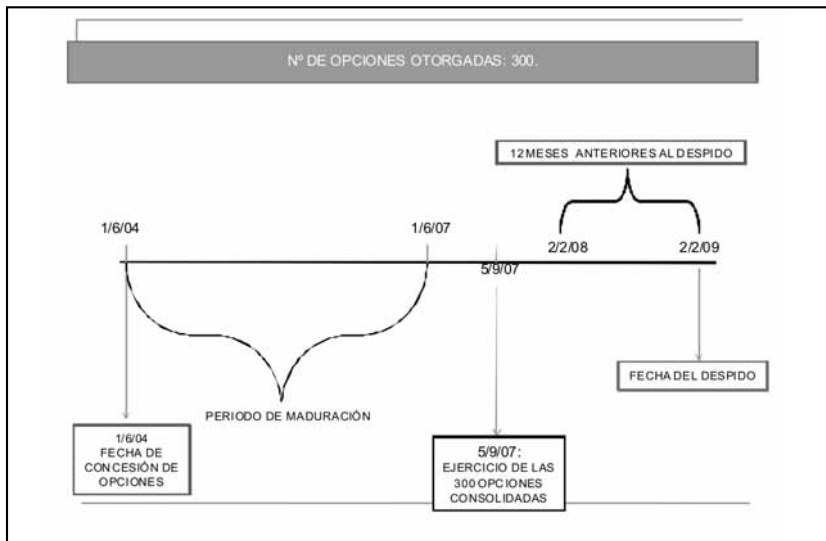
Indudablemente, son estos criterios fijados por el Tribunal Supremo los que han de orientar las soluciones de los problemas prácticos que plantean las opciones sobre acciones.

2.2. Algunos supuestos prácticos

Algunos ejemplos hipotéticos pueden ilustrar la aplicación práctica de estas interpretaciones judiciales:

2.2.1. *Ejercicio del derecho de opción en un momento anterior al año previo al despido*

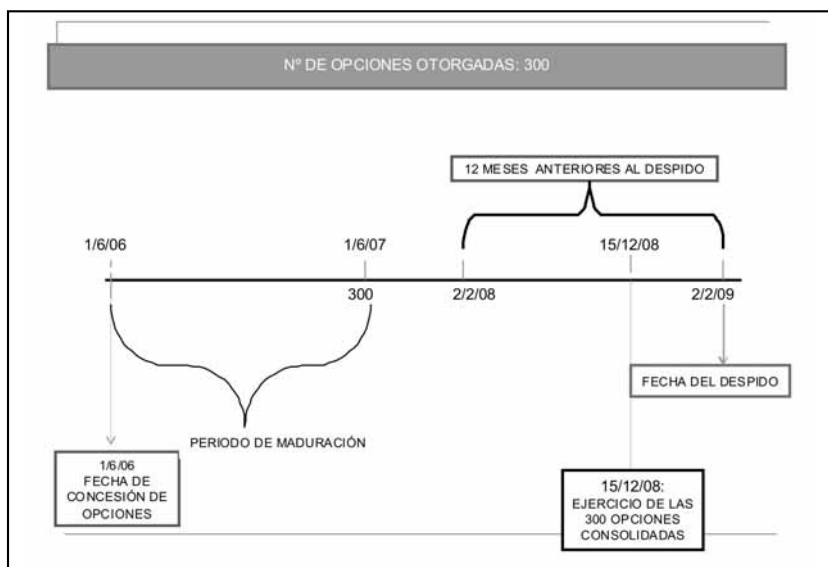
Un primer supuesto se refiere a una opción sobre 300 acciones a un precio de ejercicio de 20€ por acción. La fecha de concesión del plan fue el 1/6/04 con un periodo de carencia o maduración de 3 años de modo que el trabajador solo puede ejercer la acción a partir del 1/06/07, durante un periodo de 7 años. El trabajador ejerció su opción el 5 de septiembre de 2007 cuando el precio de las acciones en el mercado era de 43€ por acción. El 1 de junio de 2007 el valor de las acciones en el mercado era de 32 €. El despido del trabajador se produjo el 2 de febrero de 2009.



En este caso, a efectos de determinar el módulo salarial para el cálculo de la indemnización por despido, no habría que incluir ninguna cantidad en concepto de opciones sobre acciones. Los ingresos salariales que se computan son únicamente los percibidos en el año anterior al despido y en ese periodo (2/2/08 hasta el 2/2/09) el trabajador no ha ejercitado ninguna opción ni, por tanto, ha ingresado en su patrimonio ninguna cantidad por ese concepto.

2.2.2. *Ejercicio del derecho de opción en el año previo al despido respecto de opciones maduras con anterioridad*

Un segundo supuesto se refiere a un Plan de opciones sobre 300 acciones a un precio de ejercicio de 10 € por acción. El Plan establece un periodo de carencia o vesting de tan solo 1 año. La fecha de concesión del plan fue el 1/6/06 y la de vesting e inicio del periodo de ejercicio el 1/6/07, disponiendo a partir de esa fecha de un periodo de 24 meses para ejercer la opción. El trabajador ejercitó su opción el 15 de diciembre de 2008, siendo en ese momento el precio de las acciones en el mercado de 15 €. El 1 de junio de 2007 el valor de las acciones en el mercado era de 60 €.



En este caso, el ejercicio de la opción sí se ha producido en los doce meses anteriores al despido, produciéndose una ganancia para el trabajador. De acuerdo con la interpretación mayoritaria, apoyada por el Tribunal Supremo, dicha plusvalía es de 5€ por acción –diferencia entre el precio pactado y el precio de cada acción el día del ejercicio de la opción– de modo que la ganancia total asciende a 150 €¹⁷.

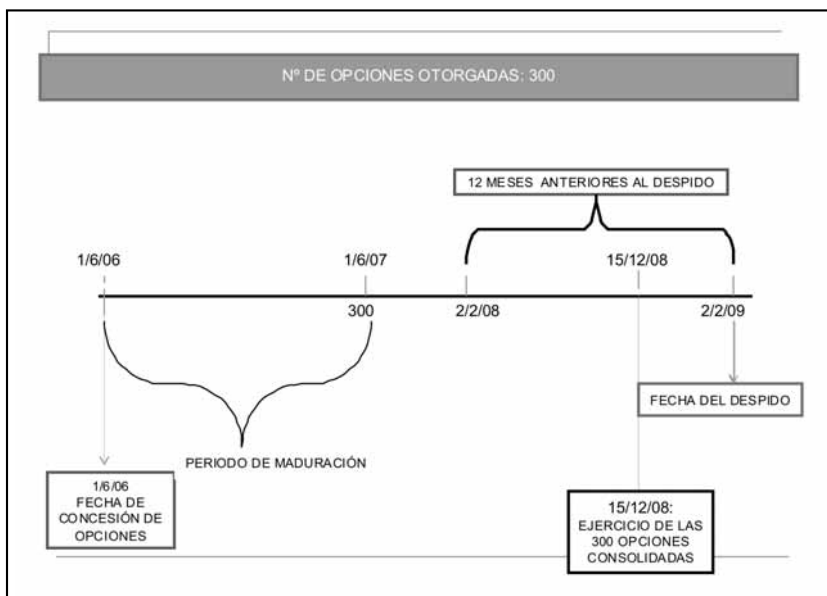
Sin embargo, la opción ejercitada corresponde a un plan cuyo vesting se produjo el 1 de junio de 2007, fecha anterior al año previo al despido. No se cumple, pues, la condición de que la opción corresponda a un plan que ha madurado en el año anterior a la fecha del despido. No procede entonces computar cantidad alguna en concepto de opciones sobre acciones para calcular la indemnización por despido¹⁸.

¹⁷ De acuerdo con la teoría que considera plusvalía la diferencia entre el precio pactado y el precio el día del vesting, la plusvalía sería de $300 \times (60-10) = 15.000$ €.

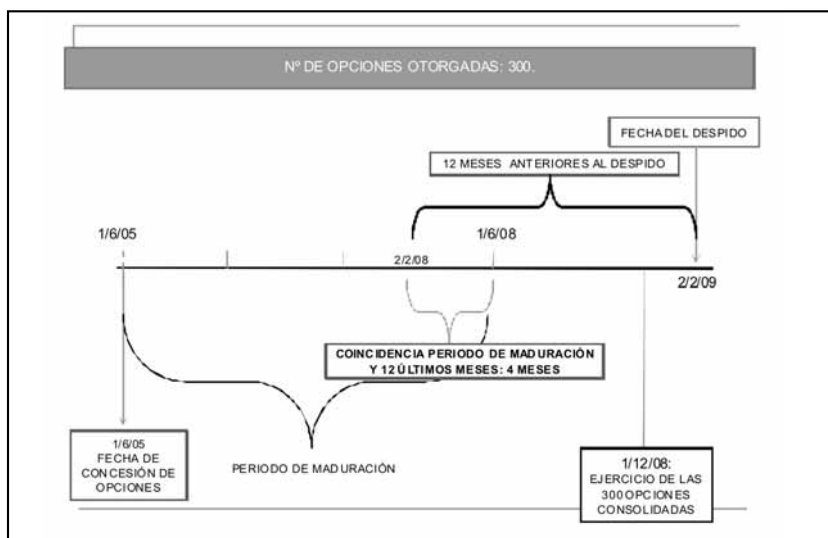
¹⁸ La STSJ Madrid de 12-3-2008 (AS 1242) ofrece otro ejemplo de este supuesto: el trabajador fue despedido el 8 de febrero de 2007 y, a efectos de la indemnización por despido, pretendía que se computase la ganancia obtenida por el ejercicio de una opción de compra a finales de enero de 2007. Dicha opción correspondía a un Plan madurado entre diciembre de 2004 y diciembre de 2005. El Tribunal advierte que las ganancias obtenidas no pueden ser tenidas en

2.2.3. Ejercicio del derecho de opción en el año previo al despido respecto de opciones maduras en ese periodo

Finalmente, el último supuesto se refiere a un Plan de opciones sobre 300 acciones a un precio de ejercicio de 5 € por acción. La fecha de concesión del plan fue el 1/6/05 con un periodo de carencia de 3 años de modo que el trabajador solo puede ejercer su derecho de opción a partir del 1/06/08, durante un periodo de 7 años. El trabajador ejerció su opción el 1 de diciembre de 2008, siendo el precio de las acciones en el mercado de 40 €. El 1 de junio de 2008, el valor de las acciones en el mercado era de 55 €. El despido se produce el 2 de febrero de 2009.



cuenta “al ser el periodo retribuido muy anterior a los doce meses previos al despido y ello con independencia del momento en que realmente el actor haya comprado las acciones o haya pretendido su compra, porque lo trascendente aquí no es cuando se materializa el derecho, en tanto el momento de compra queda al exclusivo arbitrio del directivo, aunque esté limitado por el plazo concedido al efecto por la empresa, sino el periodo previo a la efectividad del derecho, que es el que necesariamente había de permanecer en la empresa para perfeccionarlo y que es, por consiguiente, el que se está retribuyendo”.



En este caso, la opción se ejerció el 1 de diciembre de 2008, dentro del periodo de doce meses anteriores al despido. El Plan de opciones tuvo un periodo de maduración de 3 años, que finalizaron el 1 de junio de 2008 y que estaban, por tanto, parcialmente incluidos en el año anterior al despido (que abarcaba desde el 2/2/2008 hasta el 2/2/2009). En concreto, el periodo incluido en ese año es el correspondiente a los 4 meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2008. De este modo, en este caso sí procede computar, a efectos del cálculo de la indemnización por despido, la plusvalía obtenida por el derecho de opción. Ahora bien, la doctrina del prorrateo exige que dicha plusvalía no se incluya en su totalidad sino únicamente en la parte correspondiente al periodo de maduración que coincida con los doce meses anteriores al despido.

De este modo, la ganancia obtenida habría que prorratearla entre los 36 meses de maduración del plan y calcular la correspondiente al periodo de 2/2/08 al 1/6/08.

De este modo, la plusvalía –calculada como la diferencia entre el precio pactado y el precio de la acción el día en que se ejerce la opción¹⁹– sería:

$$(40-5) \times 300 = 10.500 \text{ €}$$

¹⁹ Si, por el contrario, computáramos la plusvalía como la diferencia entre el precio de compra pactado y el precio de las acciones el día de la maduración de la opción, el beneficio obtenido por el trabajador sería distinto: $(55-5) \times 300 = 15.000 \text{ €}$. Esta plusvalía debe prorratearse del siguiente modo: $(15.000/36) \times 4 = 1666 \text{ €}$. Conforme a esta fórmula, la cantidad a incluir en el salario anual junto con el resto de las percepciones para después calcular el salario día sería 1666 €.

Que prorrateada daría la cantidad de

$$(10.500/36) \times 4 \text{ (meses)} = 1.166 \text{ €}$$

La cantidad a computar como concepto salarial percibido en el último año sería 1166 €²⁰.

3. EFECTOS DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO SOBRE DERECHOS DE OPCIÓN NO EJERCITADOS

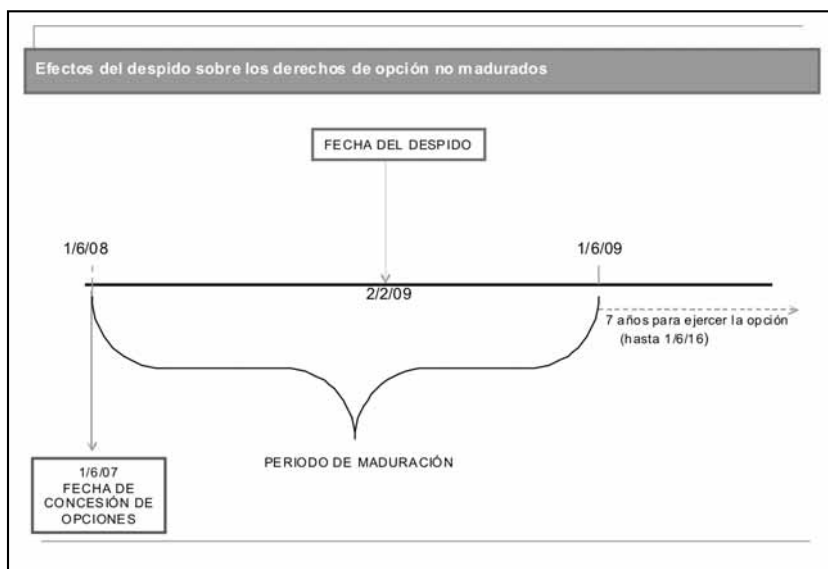
La peculiar estructura de las opciones sobre acciones determina que su devengo se produzca a lo largo de un periodo de tiempo más o menos largo. Es esta una característica que los Planes de stock-options comparten con otras fórmulas retributivas como los bonus. Pero en el caso de las opciones se añade una especialidad: el momento en que se ejerza la opción, adquiriendo el trabajador las acciones e incorporándolas a su patrimonio, queda a la libre decisión del trabajador, sin perjuicio de que el Plan pueda fijar un plazo máximo para dicho ejercicio.

De este modo, puede ocurrir que la extinción del contrato se produzca bien durante el periodo de devengo o maduración de las opciones, bien durante el plazo previsto para el ejercicio de la opción pero antes de que ésta se haya ejercitado. En cualquier caso, la ruptura de la relación laboral obliga a plantearse si el trabajador conserva o pierde su derecho de opción. La respuesta requiere diferenciar ambos supuestos.

3.1. Extinción del contrato durante el vesting

La primera situación descrita, despido producido durante el proceso de maduración de las opciones, podría representarse gráficamente de la siguiente manera

²⁰ Otro ejemplo práctico lo encontramos en la STSJ Madrid 28-12-2004 (AS 3730). Se había concedido al trabajador un derecho de opción en julio de 1998 con 5 años de vesting. En julio de 2003 el trabajador ejerce su opción y obtiene una plusvalía de 60.672€. El 1 de diciembre de 2003 es despedido. La sentencia estima que, a efectos de la indemnización por despido, debe computarse la plusvalía obtenida pero solo tras dividir su cuantía entre sesenta meses y multiplicar el resultado por ocho meses –los correspondientes a los meses de diciembre de 2002 hasta julio de 2003–.



La cuestión que se plantea en estos casos es la de identificar los efectos o consecuencias que la extinción del contrato produce sobre un Plan de opciones sobre acciones que aun no ha madurado.

3.1.1. *La regla general: el derecho de opción no se devenga*

Los Planes de opciones sobre acciones, de forma generalizada, exigen la permanencia del trabajador durante todo el periodo de vesting, para asegurar así la finalidad de fidelización de los trabajadores que con ellos se persigue. Se intenta, de esta manera, que el trabajador empeñe su esfuerzo en conseguir durante el periodo de maduración mejores resultados para la empresa que redunden en una mayor cotización de las acciones en la bolsa. De este modo, en el momento en que se incumple dicha condición de permanencia se imposibilita la adquisición del derecho de opción. Así lo ha considerado la doctrina judicial que rechaza la posibilidad de que el trabajador adquiera el derecho de opción señalando que se trata de un derecho aún no perfeccionado, esto es, de una mera expectativa de derecho²¹.

²¹ STSJ Madrid 12-3-2008 (AS 1242).

3.1.2. *La excepción: los supuestos específicamente contemplados en el Plan de stock–options: jubilación, muerte e incapacidad del trabajador*

No obstante, en ocasiones los Planes de opciones contemplan algunos supuestos en los que se exceptúa la exigencia de permanencia del trabajador. Normalmente, se trata de los casos de extinción del contrato por fallecimiento, jubilación o declaración de incapacidad de trabajador. En estos casos, los Planes prevén expresamente que el derecho de opción no se pierde y que el propio trabajador o sus herederos podrán ejercerlo.

Se plantea entonces una cuestión adicional cual es la de identificar el momento en que se podrá ejercer el derecho de opción. Las alternativas son, bien permitir la maduración y el ejercicio anticipado, bien respetar el vesting o maduración previsto en el Plan y retrasar el plazo de ejercicio a ese momento.

Al respecto, es el propio Plan el que marcará la pauta. En ocasiones no se establece previsión específica de modo que el trabajador o sus herederos quedan sometidos a las condiciones generales de ejercicio. Pero no es extraño que los Planes prevean para estos casos un plazo específico de ejercicio que normalmente se inicia a partir de la extinción del contrato, dentro por tanto del periodo de vesting de las opciones. En estos casos, será el plan de stock–options el que determine también si la opción podrá madurar y ejercerse sobre el número total de acciones ofrecidas o exclusivamente sobre la parte proporcional de acciones devengadas en el momento de la extinción.

3.1.3. *Quid en el caso de despido improcedente*

El problema se plantea en la práctica cuando la extinción del contrato se produce por decisión empresarial injustificada, esto es, mediante un despido improcedente. En estos casos, es la intervención del empresario la que incide, imposibilitándola, en el cumplimiento de la condición de permanencia del trabajador en la empresa. Normalmente, los planes de stock–options no contemplan esta situación y con ello se origina el problema de qué efectos derivar del despido improcedente²².

²² Si el Plan prevé esta situación, habrá de estarse a lo que allí se disponga. Así, en el supuesto contemplado en la STSJ Madrid, 27-9-2006 (AS 3049) se preveía que en caso de cese por despido improcedente el trabajador dispondría de un plazo de tres meses para ejercer su derecho de opción sobre las acciones consolidadas hasta ese momento. Se ha admitido que cuando el plan se refiere expresamente a “bajas voluntarias e involuntarias” como causa de pérdida de la opción, queda incluido el despido improcedente (SSTS 24-10-2001, RJ 2362 y 2363, respectivamente). También se considera que la expresión “extinción de la relación laboral” incluye al despido improcedente en la STSJ Cataluña 14-22-2006 (JUR 113468).

El Tribunal Supremo, en reiterados pronunciamientos ha señalado que “a diferencia con lo que sucede con el cese voluntario o el despido procedente, el improcedente admitido como tal por la empresa y practicado unos meses antes de que el trabajador pudiese ejercitar ese derecho de opción, no puede constituir un hecho indiferente a estos efectos y ha de ser valorado como una conducta unilateral de la obligada por la oferta de opción para situarse en condiciones tales que se impide, o al menos se trata de impedir, el ejercicio de tal derecho, o lo que es lo mismo, produciendo un suceso –el despido improcedente– por propia voluntad de la empresa con el que se trata de dejar sin efecto las obligaciones contraídas en el momento de la suscripción del contrato de opción. Por ello, ha de equipararse esa situación a aquellas otras previstas en las estipulaciones pactadas en las que por causas ajenas a la voluntad del trabajador, como el fallecimiento, la incapacidad y, en menor medida, la jubilación, se permite al titular o sus herederos ejercitar el derecho” añadiendo que “la empresa no puede unilateralmente neutralizar, dejar sin efecto el contrato de opción válidamente suscrito sin una causa contractualmente lícita, y, menos aún, con causa reconocidamente no ajustada a derecho, pues de esa forma infringiría el artículo 1256 del Código Civil. Eso es lo que se desprende de la propia literalidad de la cláusula pactada, en la que el propio trabajador reconoce no tener derecho alguno de opción si antes de la fecha de ejercicio «causare baja en la empresa»; evidentemente que desde la perspectiva del optante, el requisito subjetivo de permanencia en la empresa ha de vincularse con su voluntad de hacerlo y en modo alguno cabe entender que al asumir la referida cláusula se está admitiendo por el trabajador que no tendrá derecho si la empresa prescinde improcedentemente de sus servicios”²³.

Parece claro que el Tribunal Supremo vincula el mantenimiento de la opción no con cualquier tipo de despido improcedente sino con aquellos “fraudulentos”²⁴, en los que se advierte una intención empresarial de impedir, mediante la ruptura injustificada del contrato, el devengo de la opción²⁵. A

²³ Idéntica argumentación se reitera en las posteriores SSTs 4-2-2002 (RJ 3276) y 10-4-2002 (RJ 5322).

²⁴ En esos mismos pronunciamientos el Tribunal Supremo se refiere a la acreditación de que “la empresa hubiese actuado en fraude de ley practicando el despido con la finalidad de impedir que el trabajador ejercitase la referida opción”

²⁵ Aunque en sentencias posteriores, el Tribunal Supremo, al recapitular su propia doctrina, omite esta precisión y se limita a afirmar que “la materialización del derecho sólo será posible en el momento en que se cumpla el término pero si, antes de que ello ocurra, la empresa obligada por la oferta, mediante la conducta unilateral de despedir improcedente o injustamente al trabajador, impide el ejercicio del derecho a la opción sin una causa contractualmente lícita, infringe el artículo 1256 del Código Civil, con arreglo al que “la validez y el cumplimiento de los

estos efectos, la proximidad temporal entre el despido improcedente y la finalización del vesting o periodo de maduración es un indicio fuerte de dicho fraude y debería servir, entre otros elementos, para valorar los efectos del despido sobre el devengo de las opciones²⁶. Sin embargo, aunque con alguna excepción²⁷, la doctrina de suplicación ha hecho un uso extensivo de esta doctrina aplicándola, sin matices, en todos los casos de despido improcedente²⁸.

En todo caso, cuando el despido improcedente no impide, de conformidad con el Plan, el devengo de las opciones se plantea la cuestión del momento en que puede y debe ejercerse el derecho de opción. La regla general remite al periodo de ejecución previsto con carácter general en el Plan de stock-options, después del vesting, o el que se establezca con carácter específico para el ejercicio anticipado. Así, si el Plan prevé un plazo específico de ejercicio para los casos que contemple (los típicos de jubilación, muerte e incapacidad) ese plazo será por analogía el aplicable al supuesto de extinción del contrato por despido improcedente.

Existente dicho plazo, el trabajador (*rectius*, el extrabajador) no podrá intentar el ejercicio antes de su inicio ni una vez concluido este. Son numerosas las sentencias que rechazan las pretensiones de ejercicio de las opciones señalando que dichas acciones son extemporáneas por intentarse antes o después del plazo previsto²⁹.

contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"; y que, en definitiva, el trabajador improcedentemente despedido puede conservar su derecho al ejercicio de la opción de compra de acciones" (SSTS 15-11-2007, RJ 9227, y 26-6-2007, RJ 6646). Se trata, sin embargo, de supuestos en los que, por falta de contradicción, no se resuelve sobre el fondo del asunto.

²⁶ Tarea previa es, desde luego, identificar si estamos ante un despido improcedente o un acuerdo extintivo. Las SSTSJ Cataluña 5-12-2007 (JUR 72917/08) y 19-9-2008 (JUR 41279/09) excluyen la existencia de despido improcedente y afirman que el cese del trabajador deriva no de la aparente unilateral decisión de la empresa sino de la concorde voluntad de ambas partes de dar por extinguida la relación laboral a cambio de una indemnización acordada. Con ello excluyen el derecho del trabajador a devengar el derecho de opción.

²⁷ Las SSTSJ Madrid 7-6-2006 (AS 3237) y 19-7-2006 (AS 855/07) niegan el derecho del trabajador a ejercer las opciones porque el despido improcedente se produjo con mucha antelación al vesting, eliminando con ello la nota de intencionalidad o fraude.

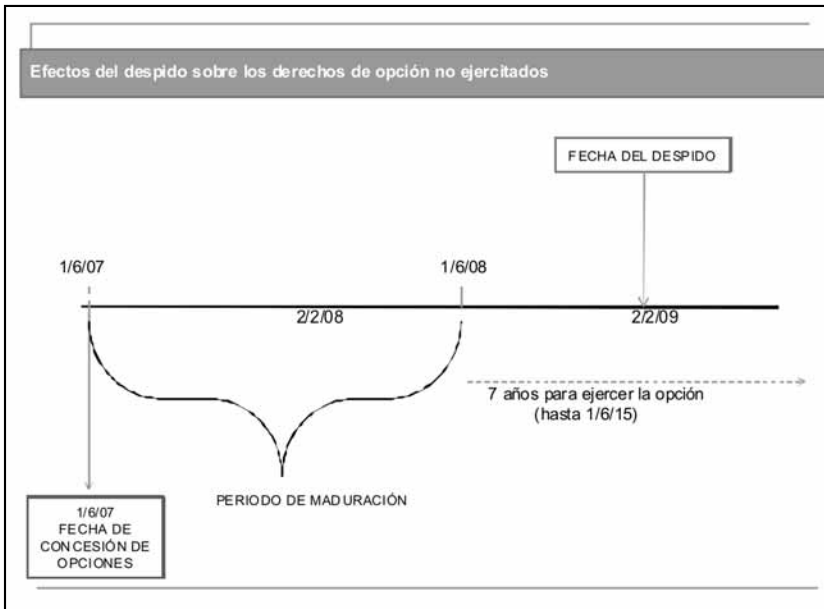
²⁸ Así ocurre en las SSTSJ Cataluña 12-4-2005 (AS 939), 4-5-2006 (AS 2654) y 11-7-2008 (JUR 362662). En esta última se reconoce el derecho a ejercer las opciones en un supuesto en el que el despido improcedente se produjo un año antes del vesting.

²⁹ Para el ejercicio anticipado, *vid* SSTS 24-10-2001 (RJ 2362/02); 4-2-2002 (RJ 3276); 10-4-2002 (RJ 5322) y 11-4-2002 (RJ 6471). Las SSTSJ Madrid 7-6-2006 (AS 3237) y 19-7-2006 (AS 855/07) se refieren, por el contrario, a intentos de ejercer las opciones cuando el plazo previsto para su ejercicio ya había finalizado. Lo que no procede, en ningún caso, es el reconocimiento judicial del derecho a ejercitar en el futuro esas opciones por tratarse de una acción declarativa de futuro. En este sentido, SSTS 24-10-2001 (RJ 2362/02); 4-2-2002 (RJ 3276); 10-4-2002 (RJ 5322) y 11-4-2002 (RJ 6471).

3.2. Extinción del contrato durante el periodo de ejercicio del derecho de opción

El supuesto en el que el despido o extinción del contrato se produce ya terminado el vesting, y madurado por tanto el derecho de opción, pero antes de que el trabajador haya ejecutado sus opciones, presenta peculiaridades propias.

Gráficamente, el supuesto sería el siguiente:



En estos casos el Plan ya ha madurado de modo que el derecho de opción se ha perfeccionado. El problema surge únicamente si el Plan exige que el trabajador siga vinculado a la empresa en el momento en que decide ejercer la opción. A diferencia del supuesto anterior, en estos casos el trabajador ha tenido, antes de extinguirse su contrato, la posibilidad de ejercer su opción y si no la ha hecho habrá sido normalmente por razones puramente especulativas.

Por eso, con carácter general la solución en este caso debe ser distinta a la prevista en el supuesto anterior. De este modo, debe entenderse que el trabajador que cesa en la empresa, incluso por despido improcedente³⁰, pierde su derecho de opción, salvo por supuesto que el plan prevea otra cosa³¹.

³⁰ Como resuelve la STSJ Madrid 11-3-2003 (AS 3021).

³¹ Como ocurría en el supuesto analizado en la STSJ Madrid, 7-4-2005 (JUR 106626), en el que el plan regulador de las opciones preveía expresamente que en caso determinación de la relación laboral, excepción hecho del fallecimiento, el trabajador disponía de un plazo de 90 días, contados desde la fecha de terminación del contrato, para ejercitar las opciones vencidas, quedando canceladas automáticamente las no vencidas.

LA NECESIDAD DE FLEXIBILIZAR Y RACIONALIZAR EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESPIDO

DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

EXTRACTO

Palabras Clave: Despido, Propuestas Reforma Laboral

Ya han habido numerosas medidas flexibilizadoras en la última etapa de la dinámica de la relación laboral, en la salida de la empresa, facilitando, de esta manera, una mejor adaptación de la fuerza de trabajo a las cambiantes exigencias del mercado. También se ha abaratado el denominado despido improcedente, esto es, sin causa justificada. Aún así, todavía existe un margen de maniobra para regular de una forma más flexible el régimen jurídico del despido, a la par que abaratar el mismo, pero no a costa de los trabajadores, sino en su favor, promoviendo la búsqueda de fuentes alternativas de puestos de trabajo mediante una buena gestión de las reestructuraciones, mediante la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos. Para ello es fundamental que empleadores y representantes de los trabajadores promuevan la colocación de los trabajadores afectados a través de otros empleos adecuados, es decir, la posibilidad de contemplar la obligación de la empresa de ayudar al trabajador a buscar otro empleo. De esta forma, en lugar de obligar a pactar mayores indemnizaciones, se deben negociar medidas de acompañamiento social, esto es, que se pactara un verdadero Plan de acompañamiento social que paliase de forma efectiva los efectos del despido e hiciera posible la empleabilidad de los trabajadores afectados por estas causas, en lugar de un plan estrictamente económico.

ABSTRACT

Key Words: Dismissal, Proposals to Labour Law reform

In the current dynamic industrial relation scenario, various flexibility measures appeared while at the same time a better adaptation of the work force to the market exigencies is taking place. Also, the cost of unjustified dismissals is cheaper than ever without any justification. Yet, there is a margin to regulate dismissals in a more flexible way, for instance revise the judicial regime of dismissal, while the dismissal can be cheaper but not taking from workers but in favour of them. The goal should be to promote employment alternatives through a good management of restructuring processes, or for instance through a re-adaptation and reconversion with training of those workers. In order to achieve this, is fundamental that employers and workers' representatives promote the insertion in the labour market of affected workers into other adequate employment positions. In other words, that a company provides help to those workers finding new employment. Therefore, instead of forcing companies to pay higher compensation for dismissal or other measures of social protection, the ideal will be to have a more effective way to lower the dismissal effects allowing employability and reinsertion to those affected workers instead of a restrictive economic plan.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ADAPTACIÓN DE LA PLANTILLA A NECESIDADES EMPRESARIALES
3. LA RECOLOCACIÓN DE LOS TRABAJADORES
4. ABARATAMIENTO DEL DESPIDO

1. INTRODUCCIÓN

El debate acerca de la necesidad y conveniencia de introducir medidas flexibilizadoras y correctoras en el Derecho del Trabajo se despierta y reaviva con cada nueva crisis económica que nos embiste, remontándose a tiempos inmemorables para los más jóvenes y que los más viejos logramos ubicar en la crisis económica de los años setenta, conocida también como del petróleo¹.

De este modo, el debate acerca de la flexibilidad encuentra, tradicionalmente, su sustrato vital en la necesidad de reaccionar frente a las situaciones de crisis económicas y la correspondiente destrucción de empleo, con el argumento de que la excesiva rigidez protectora del Derecho del Trabajo hace inviable la posibilidad de que nuestras empresas sean competitivas y superen las situaciones de crisis económica².

Incluso, desde otros sectores, se ha ido un paso más allá y se ha señalado la excesiva rigidez y protección del mercado laboral como la propia causa de las sucesivas crisis³.

Sin embargo, creo que ni una ni otra afirmación son del todo ciertas, pues la llamada época de oro del Derecho del Trabajo surgió a pesar de constantes e innumerables crisis económicas, llegando a decirse que han sido siempre fieles compañeras del viaje histórico del Derecho del Trabajo⁴ y por el otro lado, precisamente ha sido en aquellas épocas, de mayor proteccionismo del Derecho del Trabajo, cuando se han registrado algunas de las mejores situaciones económicas. Resulta, pues, que ese mal endémico no es tan malo cuando las cosas van bien, pero es el culpable de todo en épocas de vacas flacas. Así, ahora, se

¹ Véase ya en este sentido a Martín Valverde, A., “El impacto de la crisis en el derecho del trabajo”, *Temas Laborales*, n.º. 1, 1984 y “El Derecho del Trabajo de la crisis en España”, *REDT*, n.º. 26, 1986, págs. 165 y ss., que señala ya la crisis económica de los años setenta, más conocida como del petróleo, como la causa fundamental del inicio de este debate.

² Sala Franco, T., “El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el derecho del trabajo”, en *la flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, 1993, págs. 9 y ss.

³ González Ortega, S., “La difícil coyuntura del derecho del trabajo”, *RL.*, Tomo II, 1987, pág. 270 y ss.

⁴ Palomeque López, M.C., “un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo: la crisis económica”, *RPS.*, n.º. 143, 1984, págs. 14 y ss.

clama al cielo contra un ordenamiento laboral que sin embargo era el mismo en los últimos años donde se habían alcanzado records históricos de creación de puestos de trabajo.

No hay que olvidar que el ordenamiento laboral ya ha sido modificado en sucesivas ocasiones a lo largo de los años, precisamente para ofrecer una mayor flexibilidad en todos los momentos de la relación laboral, tanto en la entrada, como en el desarrollo de la misma, como en la salida, contribuyendo, precisamente, a eliminar los efectos más graves de anteriores crisis económicas sufridas⁵.

Es más, aún a riesgo de ser objeto de burla, se podría defender que el mercado laboral ya es extraordinariamente flexible, debido, como veremos, al impacto de la elevada tasa de temporalidad del mismo, que ya de por sí abarata extraordinariamente la extinción del contrato de trabajo, junto con la posibilidad de acudir a un despido libre, sin participación sindical ni control administrativo alguno, favoreciendo la gestión individualizada y en tantas ocasiones arbitraria de los despidos. De tal modo que, como se está viendo, lamentablemente, la destrucción de empleo puede ser rápida, silenciosa y sin apenas control sobre las causas de las extinciones contractuales, siendo fácil ajustar las plantillas, más que a necesidades productivas, a expectativas de desconfianza y de incertidumbre⁶.

Ahora bien, partiendo de esta premisa, no obstante, el Derecho del Trabajo, como todo ordenamiento, debe adaptarse a la realidad social que está en constante evolución, “el derecho del trabajo volver atrás no quiere y quedarse quieto no puede”⁷. A título de ejemplo, podemos destacar el progresivo retraso en el acceso al mercado laboral, el paulatino envejecimiento de la población, las altas tasas de paro estructural, las nuevas formas de organización del mercado de trabajo, la nueva revolución industrial de la información, la libertad de movimientos de capital y de personal, la creación de la moneda única y las necesidades de competir dentro y fuera de la Unión Europea⁸.

⁵ Aparicio Tovar, J. y Baylos Grau, A., “El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica”, Madrid, 1994, págs. 8 y ss., Valdés Dal-Ré, F., “Flexibilidad en el mercado de trabajo y ordenamiento laboral”, PEE., n.º. 22., 1985, pág. 303 y García Perrote Escartín, I. y Tudela Cambrero, G., “El derecho del trabajo entre la crisis y la crítica”, RT., n.º. 92, 1988, págs. 19 y ss.

⁶ Lahera Forteza, J., “La necesaria racionalización del despido”, El País, Negocios, domingo 15 de febrero, 2009, pág. 21.

⁷ Romagnoli, U., “Las transformaciones de la concepción del derecho del trabajo ante la crisis”, en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ante la crisis económica, Madrid, 1984, pág. 4.

⁸ Rivero Lamas, J., “Política de convergencia, flexibilidad y adaptación del derecho del trabajo”, en la flexibilidad laboral en España, Zaragoza, 1993, págs. 12 y ss.

De este modo, la flexibilidad se configura como un instrumento para adaptar el ordenamiento laboral a las necesidades reales del mercado⁹ que, por otro lado, exigen los propios sistemas productivos y como medida básica de las políticas de fomento del empleo, imprescindible para que el Derecho del Trabajo siga teniendo efectividad en su papel de arbitro del conflicto social¹⁰.

Por ello, con la flexibilidad se busca garantizar el progreso económico, pero nunca a expensas del ordenamiento laboral, sino conjugando el progreso económico con el progreso social, adaptando las normas laborales a las nuevas circunstancias¹¹, en lugar de eliminándolas, sin que por ello se alteren los fundamentos y esencia del Derecho del Trabajo¹².

En definitiva, se trata de buscar un equilibrio entre garantías y flexibilidad o como se dice ahora, seguridad y flexibilidad, dando lugar a la poca acertada expresión de flexiseguridad¹³, que intenta poner de manifiesto que no son conceptos incompatibles, sino pueden llegar a ser dos caras de la misma moneda. Este enfoque se incluye en la Estrategia Europea de Empleo y en los objetivos de modernización de los mercados de trabajo, que proponen una mayor empleabilidad y adaptabilidad con normas laborales más flexibles, adecuadas a un mercado variante, con vistas a acomodarse a los cambios económicos y mejorar la competitividad de las empresas y la calidad del empleo, sin perder la seguridad. Para ello, las Directrices de empleo de 2001, así como las sucesivas¹⁴, señalan la necesidad de revisar los elementos restrictivos de la legislación laboral que impidan el dinamismo del mercado de trabajo y que dificulten el acceso de grupos desfavorecidos, promover un enfoque de trabajo basado en el ciclo de vida, ser más flexible para poder responder a las fluctuaciones en la demanda de bienes y servicios, promover una mayor diversidad de contratos y conciertos laborales, aplicar políticas activas de empleo y formación profesional que garanticen a los trabajadores la posibilidad de acceso a puestos de trabajo dignos, reducir la segmentación del mercado de trabajo y favorecer un mayor equilibrio entre vida profesional y vida privada.

⁹ Rodríguez de la Borbolla, J., "De la rigidez al equilibrio flexible", Madrid, 1994, pág. 21.

¹⁰ Sagardoy Bengoechea, J.A., "Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral", en *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1990, págs. 262 y ss.

¹¹ Sala Franco, T., "El debate...", op. cit., pág. 47.

¹² García-Perrote Escartín, I. y Tudela, op. cit., pág. 31.

¹³ Acuñada por el sociólogo holandés Adriaanssens. Vid. Tangian, A.S.; "Liberal and tradeunionist concepts of flexicurity: modelling in application to 16 European countries", WSI, *Diskussionpapier*, no. 131, pág. 11.

¹⁴ Directrices de Empleo 2005–2008. Decisión del Consejo de 12 de julio de 2005, 2005/600/CE).

En cuanto a los concretos aspectos del mercado laboral que deben ser objeto de flexibilización, el problema radica en que la flexibilidad es, como se ha señalado muy gráficamente¹⁵, “el debate de las mil caras”, pudiendo llegar a englobar una infinidad de materias, siendo posible, en último término, extender el debate a la práctica totalidad del contenido del Derecho del Trabajo.

No obstante, desde una perspectiva cronológica¹⁶, el análisis se puede referir a los tres grandes momentos de lo que podríamos denominar como la dinámica de la relación laboral: la entrada en la empresa, la gestión de la mano de obra y la salida de la empresa¹⁷.

En este estudio, nos centraremos en la última de esas etapas cronológicas, concretamente, en la necesidad de flexibilizar y racionalizar el régimen jurídico del despido. En este sentido, el libro Verde para la modernización del Derecho del Trabajo¹⁸, en su primera página, citando al informe KOK¹⁹, hace hincapié en la necesidad de revisar el régimen jurídico del despido, en concreto, el grado de flexibilidad previsto en los contratos clásicos en lo relativo a los plazos de preaviso, los costes y procedimientos, tanto del despido individual como de los colectivos, así como la propia definición del despido imprecendente.

Así, veremos y pondremos de manifiesto como, en muchos aspectos de la extinción de la relación laboral, las reformas llevadas a cabo en los últimos años ya han dotado de una extraordinaria flexibilidad a las facultades unilaterales empresariales para poner fin al contrato de trabajo, sin perjuicio de señalar aquellos otros puntos en los cuales todavía existe un margen de maniobra para regular de una forma más flexible el régimen jurídico del despido. En cualquier caso, como se puede imaginar, los aspectos a abordar son varios y heterogéneos y, por ende, el grado de profundidad en su tratamiento es, asimismo, desigual.

2. ADAPTACIÓN DE LA PLANTILLA A NECESIDADES EMPRESARIALES

En este sentido, ya han habido numerosas medidas flexibilizadoras en la última etapa de la dinámica de la relación laboral, en la salida de la empresa,

¹⁵ Sala Franco. T., op. cit., pág. 9.

¹⁶ Sala Franco. T., op. cit., pág. 15.

¹⁷ Metodología propuesta también por López Gandía, J., “La reforma del mercado de trabajo según el documento presentado al CES”, TS., n.º. 32-33, 1993, págs. 16 y ss.

¹⁸ Véase: http://ec.europa.eu/employment_social/labour/green_paper_en.htm.

¹⁹ Wim Kok, “Jobs, Jobs, Jobs. Creating more employment in Europe”, Report of the Employment Taskforce, Bruselas, 2003.

facilitando, de esta manera, una mejor adaptación de la fuerza de trabajo a las cambiantes exigencias del mercado. Precisamente por ser éste el objetivo, las reformas han afectado principalmente a los despidos basados en necesidades empresariales. En efecto, pese a ser todavía causales, las causas se han ampliado a necesidades organizativas y de producción, además de las tradicionales económicas y tecnológicas. Asimismo, la jurisprudencia, siguiendo la misma tendencia positiva de flexibilizar el momento de la salida, ha flexibilizado también la interpretación judicial de la concurrencia de las causas legales. Así, ha dispuesto que no es necesario que la situación económica de la empresa fuera irreversible, sino recuperable, puesto que lo que se pretende es superar la situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento de la empresa²⁰. Tampoco es necesario que las medidas adoptadas por sí solas sean suficientes para la superación de la crisis, sino que es suficiente el hecho de que contribuyan a la recuperación²¹ y finalmente, no es necesario que, de tener varios centros de trabajo la empresa o ser un grupo de empresas, todos sufran una mala situación económica, sino que es suficiente que así, sea en el centro o empresa donde se quiere despedir a trabajadores, sin que exista un obligación de trasladar trabajadores de centros o empresas en crisis a centros o empresas que funcionan mejor²².

Pero es más, hay que destacar a continuación que, como es sabido, el ET distingue entre despidos colectivos del art. 51 y despidos objetivos del art. 52 c) y aunque la mayoría de la doctrina coincide que en cuanto a las causas económicas, de ambos supuestos, se puede mantener la misma línea de interpretación judicial que hemos expuesto²³, no ocurre lo mismo en cuanto a las causas técnicas organizativa o de producción²⁴. Así, cuanto se alega una de estas últimas causas y se supere los umbrales señalados en el art. 51, esto es que

²⁰ SSTS de 24 de abril y 14 de junio de 1996 RJ 5297 y 5162 y 14 de julio de 2003 RJ 6260.

²¹ STS de 30 de septiembre de 2002 Rec. 3828/2001.

²² Se puede ver un resumen detallado de dicha jurisprudencia en Cruz Villalón, J., "Los despidos por causas económicas y empresariales", Madrid, 1996, págs. 224 y ss y Martínez Emperador, R., "El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: criterios jurisprudenciales", AL., n.º. 11, 1997, págs. 210 y ss.

²³ Sala Franco, T. y otros, "Derecho del Trabajo, op. cit., págs. 708 y 709 y García Ninet, J.I., "Algunas reforma y novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado del trabajo y el fomento de la contratación indefinida", TS., n.º. 78, 1997, págs. 9 y ss.

²⁴ Quintana Pellicar, J., "El despido objetivo. Algunos criterios judiciales después de la reforma de 1997", AL., n.º. 15, 1999, pág. 335 y Monereo Pérez, J. L., y Fernández Avilés, J. A., "Empresa y despido: mecanismos extintivos del contrato de trabajo por necesidades de la empresa", en La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos", Granada, 1999, pág. 407.

tengan la consideración de colectivos los despidos, será necesario que las extinciones vayan a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos²⁵, mientras que, de lo contrario, los despidos plurales, por debajo de los umbrales señalados, pueden ir dirigidos simplemente a superar dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos²⁶.

Así, es evidente que las mismas causas son objeto de una interpretación mucho más rigurosa, tratándose de despidos colectivos, exigiendo entonces que la empresa se encuentre inmersa en una crisis o sea previsible a corto plazo, es decir, que está en peligro la supervivencia de la empresa. Mientras que en los despidos objetivos del art. 52 c), no se requiere que la empresa esté o es probable que vaya a estar en crisis a corto plazo, sino simplemente que no tenga un buen funcionamiento por la existencia de obstáculos que es preciso remover para mejorar su eficiencia²⁷.

Pero también, como se puede deducir de lo descrito, aunque el despido no llegue a la consideración de colectivo, no por eso es un despido individual, sino que es posible despedir a varios trabajadores, hasta los umbrales señalados, sin que se tenga dicha consideración y por lo tanto, sin necesidad de intervención de la autoridad laboral y simplemente comunicándolo a los trabajadores y sus representantes con una antelación de 30 días y poniendo a su disposición la indemnización legal, tasada en 20 días de salario por año de servicio. De tal forma que, en estos supuestos, el procedimiento no puede decirse que es complicado, pues es más bien prácticamente inexistente. Con el añadido que, incluso se pueden realizar, de una forma legal, varios despidos de trabajadores, por las mismas causas, por debajo de los umbrales señalados y, por lo tanto evitando el procedimiento más complicado, con el único condicionante que se espere 90 días entre despido y despido.

De esta forma, en estos supuestos, las empresas pueden proceder a despedir, libre de cualquier tipo de rigideces procedimentales administrativas, sometidas únicamente a un control judicial posterior si el trabajador acciona esta vía. Si bien, es cierto que incluso aquí se podría cuestionar el preaviso de los 30 días. En efecto, pues aún cuando formalmente el mismo se realiza con el objetivo de facilitar al trabajador la búsqueda de un nuevo empleo, disponiendo

²⁵ STS de 16 de diciembre de 1999 RJ 9562.

²⁶ STS de 24 de septiembre de 2001 RJ 9334.

²⁷ Alarcón Caracuel, M. R., "El fomento de la contratación indefinida y la facilitación del despido", en Las reformas laborales de 1997, Pamplona, 1998, pág. 76.

a tales efectos de permisos retribuidos de seis horas semanales durante dicho periodo, sin embargo es posible sustituir el preaviso mediante el abono de los salarios correspondientes a este periodo de tiempo. Por lo tanto, en última instancia, se convierte simplemente en un factor de encarecimiento del propio despido. Por ello, o bien el periodo de preaviso se vincula efectivamente con mecanismos de recolocación, como veremos a continuación, cumpliendo entonces su finalidad originaria o, de lo contrario, se podría obviar, reduciendo el coste de de la extinción del contrato por estas causas, máxime si tenemos en cuenta que la empresa puede extinguir el contrato laboral, reconociendo la improcedencia del despido, esto es sin causas, sin necesidad de ningún tipo de preaviso, pudiendo hacer efectiva la extinción el mismo día de la comunicación del despido.

En cualquier caso, obviamente, si pensamos en una forma fácil y sencilla de flexibilizar este sistema más todavía, sin tener que realizar un número excesivo de cambios o retoques, es evidente que simplemente habría que, bien elevar el umbral o tope para considerar los despidos como colectivos, de tal forma que se pudiera despedir, de una sola vez, a más trabajadores únicamente con la comunicación por escrito o bien reducir el periodo de 90 días para poder realizar despidos individuales por las mismas causas. La primera solución parece la más adecuada, en efecto, pues tampoco sería descabellado plantearse si el tope o umbral no pudiera elevarse algo más por encima del 10% de la plantilla, donde se encuentra actualmente.

De todos modos, si tenemos en cuenta que, de acuerdo con las estadísticas oficiales²⁸, nada más y nada menos que el 90% de los expedientes de regulación de empleo llegan a las manos de la autoridad laboral con acuerdos, habría que preguntarse si, al igual que ha ocurrido en otras parcelas, no sería el momento de replegar aquí también la intervención de ésta y dejar el procedimiento en manos de la negociación de los representantes de ambas partes, con un control judicial posterior.

En efecto, como punto de partida, hay que establecer que la exigencia de autorización administrativa para proceder a la resolución de los contratos de trabajo no viene impuesta ni por la normativa comunitaria²⁹, ni por ningún precepto constitucional, con lo cual, su supresión no se encontraría con ninguno de estos dos escollos, estrictamente jurídicos, sino, como señala la doctrina, la cuestión se debe situar en términos de política jurídica³⁰. En la gran parte de los

²⁸ Véase, <http://www.mtin.es/estadísticas/bel/REG/regfn.pdf> y www.comfia.net/empleo/pdf/12792.pdf.

²⁹ Directiva CEE 98/59/ de 20 de julio.

³⁰ Sala Franco, T. y Blasco Pellicer, A., “La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia”, AL, nº. 8, 2009, pág. 2.

países de nuestro entorno la intervención de la Administración se limita a un papel de colaboración en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por los despidos, formulando propuestas de acuerdo, determinando medidas de empleo y de protección social para los afectados por el despido y, a lo sumo, vigilando y controlando la regularidad del procedimiento, pero no tiene efectos autorizatorios y, en ningún caso, afecta al poder empresarial de extinción de las relaciones laborales³¹. Así, el mantenimiento de la exigencia se ha justificado con argumentos proteccionistas a favor de la parte más débil, el trabajador, que le garantiza una mayor estabilidad en el empleo³² y la tutela de los intereses generales³³. En contra, se argumenta el carácter complejo de la autorización administrativa y su disfuncionalidad, actuando como un factor artificial de dilatación del proceso extintivo³⁴.

Por todo ello, con independencia de la postura a favor o en contra de la supresión del referido trámite, se pueden señalar diversas posibilidades de flexibilización del actual sistema. En primer lugar, habría que abogar por la supresión del recurso de alzada, como requisito previo e imprescindible a la vía judicial. De este modo, como destaca la doctrina³⁵, es absolutamente disfuncional y, en última instancia, únicamente sirve para alargar innecesariamente el procedimiento administrativo, contrario a los intereses de agilidad y rapidez que necesitan las empresas para adoptar decisiones inmediatas, de las cuales pueden depender incluso la propia subsistencia de la empresa. En segundo lugar, se debería abordar ya, una vez por todas, la definitiva atribución al orden social de la revisión de las autorizaciones en materia de despidos colectivos, tal como viene reclamando con insistencia la doctrina más autorizada, con argumentos convincentes y fundados³⁶. En efecto, pues aunque la D.A. 5ª de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dio una nueva redacción al art. 3 de la LPL, en este sentido, atribuyendo

³¹ Vid. Goerlich Peset, J. M., “Informe técnico jurídico sobre el despido colectivo en la Europea comunitaria”, AL, nº. 11, 1993, págs. 171 y ss.

³² Valdés, F., “Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tópicos”, RL, Tomo I, 1994, pág. 23.

³³ Casas Baamonde, M. E., “Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva”, RL, nº. 19, 1996, págs. 5 a 8.

³⁴ Cruz Villalón, J., “Los despidos por causas económicas y empresariales”, Madrid, 1996, pág. 225 y Desdentado, A., “El despido económico: ámbito, forma, causas, efectos y control”, en El Régimen del despido tras la reforma laboral”, Madrid, 1995, págs. 256 y 257.

³⁵ Sala Franco, T. y Blasco Pellicer, A., “La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia”, AL, nº. 8, 2009, pág. 4.

³⁶ Cruz Villalón, J., “El control judicial de los actos de la Administración Laboral: la extensión de las jurisdicciones social y contencioso-administrativa”, en Lecturas sobre la reforma del proceso laboral, Madrid, 1991, págs. 221 y ss.

al orden jurisdiccional social la revisión de los actos administrativos en materia laboral y, muy en particular, las autorizaciones en materia de despidos colectivos, no obstante, posteriormente, como se sabe, la D.A. 24 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, añadió un nuevo párrafo al art. 3 de la LPL, pospuso la efectividad de esa medida a la promulgación de una nueva Ley que determinara la fecha de entrada en vigor de la atribución de esta nueva competencia. Ley que 11 años después todavía seguimos esperando³⁷.

Las empresas también se quejan que el despido por necesidades empresariales es demasiado caro, sin embargo, precisamente en sede de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el despido es sólo de 20 días, por año de servicio, con el tope de un año. Sin embargo, en casi todos los expedientes acordados la indemnización acaba siendo sensiblemente superior, ya que los representantes de los trabajadores aumenta la indemnización legal prevista en el art. 51.8 del ET³⁸. En este sentido la doctrina ya había alertado sobre la monetización del expediente y del periodo de consultas, relegando a un segundo plano la búsqueda de fórmulas alternativas a las extinciones³⁹. Por ello, una alternativa podría ser que los representantes de los trabajadores en lugar de buscar mayores indemnizaciones negociaran medidas de acompañamiento social, esto es, que se pactara un verdadero Plan de acompañamiento social que paliase de forma efectiva los efectos del despido y hiciera posible la empleabilidad de los trabajadores afectados por estas causas, en lugar de un plan estrictamente económico.

3. LA RECOLOCACIÓN DE LOS TRABAJADORES

En efecto, se podría abaratar de esta forma el despido por un lado, pero no a costa de los trabajadores, sino en su favor, promoviendo la búsqueda de fuentes alternativas de puestos de trabajo mediante una buena gestión de las reestructuraciones, mediante la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos. Ya la Recomendación nº 166/1982 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, en su art.21 contemplaba la suspensión de nuevas contrataciones o la no renovación de contratos temporales, o fórmulas de trabajo compartido, tratando de salvaguardar los contratos indefinidos, pero

³⁷ Véase, Blaco Pellicer, A., “Los procedimientos de regulación de empleo”, Valencia, 2007, págs. 34 y ss.

³⁸ www.comfia.net/empleo/pdf/12792.pdf

³⁹ Goerlich Peset, J.M., “Los despidos colectivos”, en Comentarios a las Leyes Laborales: La reforma del Estatuto de los Trabajadores, Madrid, 1994. págs. 90 y 91.

también facilitar la reubicación en otras empresas del grupo, los traslados y la posibilidad de acordar el derecho preferente o retorno de los despedidos si el empleador vuelve a contratar trabajadores. La Recomendación sugiere también que empleadores y representantes de los trabajadores promuevan la colocación de los trabajadores afectados a través de otros empleos adecuados, es decir, la posibilidad de contemplar la obligación de la empresa de ayudar al trabajador a buscar otro empleo (art. 25).

Cabría implicar también a las autoridades mediante la creación de fondos que ayuden al reciclaje. Se trata de conectar la gestión de la reestructuración con las políticas activas de empleo⁴⁰, más allá de la intervención de la Administración como mediadora de los conflictos o en su papel de control de la legalidad. En este sentido la Directiva 98/59 y la Recomendación 166 dicen que la autoridad pública debe “buscar soluciones a los problemas planteados” de manera que su papel no debe limitarse a la mediación sino que puede implicarse en el propio proceso mediante políticas activas, financiación de los procesos formativos, e incluso en los procesos de recolocación, bien interna, buscando puestos de trabajo alternativos dentro de la misma empresa, bien externa.

Es el caso del llamado *Outplacement* o conocido también como “recolocación”, “colocación externa” o “recolocación en el exterior de la empresa”, y aunque no existe una regulación expresa en nuestro ordenamiento, se puede definir, teniendo en cuenta la práctica de estas empresas, “como el conjunto de servicios prestados por una entidad privada a una determinada empresa que contrata sus servicios con el objetivo de asegurar la reorientación profesional bien de un trabajador individual o bien de varios trabajadores que han sido despedidos de forma colectiva, para hacer posible que las personas separadas de su empresa tengan posibilidades reales de encontrar rápidamente y en las mejores condiciones posibles un nuevo empleo”⁴¹.

Como señala la doctrina⁴², la contratación de los servicios de *Outplacement* es una práctica muy reconocida en Estados Unidos y también en Europa,

⁴⁰ En este sentido cabe señalar la reciente medida de política activa de empleo articulada por el Real Decreto-ley 2/2009 que prevé que la empresa que contrate con un contrato indefinido a un trabajador desempleado que perciba prestaciones por desempleo, podrá bonificarse el 100 por ciento de la cuota empresarial por contingencias comunes de la Seguridad Social, hasta alcanzar como máximo el equivalente del importe de la prestación que tuviera pendiente de percibir a la fecha de entrada en vigor del contrato, con un máximo de duración de la bonificación de tres años. Esta medida se aplicará, no sólo a quienes perciben prestaciones contributivas, sino también a desempleados que perciben el subsidio asistencial y la renta activa de inserción.

⁴¹ Serrano Falcón, C., “Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación”, Granada, 2009, pág. 420.

⁴² Serrano Falcón, C., “Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación”, Granada, 2009, págs. 420 y 421.

principalmente en Reino Unido, Holanda y Bélgica, aunque poco a poco está adquiriendo fuerza en España, en un primer momento como una prestación más que le otorga la empresa a los altos cargos en el caso de ser despedidos, aunque hoy en día se pretende potenciar esta práctica para llevar a cabo una posible recolocación de todo tipo de trabajadores dentro de una empresa. En el ordenamiento italiano que sí están reguladas, éstas se pueden definir como aquellas que realizan una actividad efectuada sobre la base de un exclusivo encargo de la organización del comitente incluso sobre la base de acuerdos sindicales dirigida a la recolocación en el mercado de trabajo de las empresas aislada o colectivamente considerados mediante la preparación, la formación dirigida a la reinserción laboral, al acompañamiento de la persona y a su integración y consolidación en una nueva realidad laboral (art. 2.1 del Decreto legislativo número 276/2003).

En la mayoría de de los países de nuestro entorno, el recurso a estas empresas de recolocación, en supuestos de despido, es voluntario, así, por ejemplo en el Reino Unido [Collective Redundancies (Amendment) Regulations 2006 SI 2006/2387] o en Italia (art. 4 de la “legge 23 luglio 1991, n. 223).

Ahora bien, en este último caso los trabajadores afectados por despidos colectivos se inscriben en la denominada lista de movilidad, compilada y gestionada por las regiones territorialmente competentes (art. 6 de la legge italiana n. 223) que, además de dar derecho a percibir el subsidio de movilidad, introduce a los trabajadores en un circuito privilegiado de recolocación. La sola inscripción en la lista comporta un derecho de reingreso preferente en la empresa durante los seis meses siguientes y además, lo que es más importante todavía, una más elevada probabilidad de una rápida reinserción en el mercado de trabajo, en virtud del gran abanico de beneficios fiscales que se les reconoce a las empresas que dan empleo a los trabajadores inscritos en la lista (art. 8 de la legge n. 223).

Sin embargo, en algunos países el recurso a estas empresas es obligatorio. Como ejemplo, por antonomasia, se puede destacar la normativa francesa. En efecto, de acuerdo con el art. L. 1233 del Código de Trabajo, se establece como obligatoria la elaboración de un “plan de salvaguarda del empleo” en aquellas empresas con una plantilla de al menos 50 trabajadores y que tengan previsto realizar despidos colectivos por causas económicas que afectan como mínimo a 10 trabajadores en un periodo de 30 días. Dicho plan debe contener dos tipos de medidas. Unas van dirigidas a evitar los despidos o limitar el número de trabajadores afectados y otras tienen por objeto facilitar la recolocación de los trabajadores cuyo despido no se pueda evitar. La falta de este plan comporta la nulidad de los despidos, que se determinará por los juzgados competentes. Además, aún cuando formalmente se presente el plan, éste no se puede limitar simplemente a proponer medidas abstractas de recolocación eventuales. Las

medidas propuestas deben ser efectivas, permitiendo de modo real y veraz la disminución del número de despidos o, al menos, asegurar la recolocación del mayor número posible de trabajadores.

En las empresas o grupos de empresas con una plantilla total de al menos 1000 trabajadores, los trabajadores afectados por despidos colectivos por causas económicas tienen derecho a una excedencia o permiso de recolocación. Así, en la carta de despido se le propone al trabajador esta medida y el trabajador dispone de un plazo de 8 días para aceptar o rechazar la misma. En caso de no contestar, se entiende que rechaza la propuesta.

La duración de este permiso o excedencia es de un mínimo de cuatro meses y un máximo de nueve, a determinar por el empresario. Durante el referido periodo el trabajador se beneficia de acciones de formación a cargo de la empresa y tiene derecho a percibir el 65 % de su remuneración habitual.

Estas empresas pueden proponer como medida alternativa, el permiso o excedencia de movilidad. La aceptación del trabajador de la propuesta de un permiso o excedencia de movilidad dispensa al empresario de la obligación de proponer el permiso o excedencia de recolocación. Tiene por objeto finalizar el contrato de trabajo de acuerdo mutuo entre empresa y trabajador. Durante el referido permiso o excedencia la prestación de servicios se puede realizar en la misma o distinta empresa y el trabajador tiene derecho a la percepción su retribución habitual y se le facilitan acciones formativas.

En las empresas con menos de 1000 trabajadores en plantilla el empresario debe proponer a los trabajadores objeto de despidos colectivos por causas económicas un convenio de recolocación personalizado. El trabajador dispone de un periodo de 14 días para aceptar o rechazar el convenio, entendiendo que lo rechaza si no responde expresamente. Si el trabajador acepta el convenio se entiende finalizado el contrato de mutuo acuerdo. Durante la ejecución del convenio de recolocación el trabajador se somete al estatuto de prueba o de prácticas de formación profesional y tiene derecho a percibir un subsidio de recolocación que le garantiza el 70% (80 % durante los primeros 91 días) de su salario habitual con una duración máxima de 8 meses.

En el ámbito comunitario la Directiva 98/59 establece la obligación de negociar un plan de acompañamiento social que podrá incluir medidas destinadas a reducir las consecuencias de los despidos con la finalidad de facilitar la reinserción sociolaboral de los trabajadores. La Directiva 2002/12/CE también prevé medidas que faciliten la reinserción laboral de los excedentes de plantilla como el reciclaje, la formación, la valorización de las competencias profesionales y seguimiento de las trayectorias profesionales y la revitalización de las bases de empleo.

Se trata como indica el Libro Verde (“Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, COM, 2001, Bruselas, p. 11) de que

las empresas asuman su cuota de responsabilidad por lo que respecta la mantenimiento de la empleabilidad de su personal. Uno de los aspectos podría consistir en promover la búsqueda de fuentes alternativas de puestos de trabajo mediante una buena gestión de las reestructuraciones, mediante la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos

De este modo se podría, siguiendo el modelo francés descrito con anterioridad, optar por la imposición de los procesos de recolocación. No obstante, en lugar de, o además de la obligatoriedad, también se pueden establecer medidas para fomentar su uso:

En primer lugar, se podría establecer como cláusula del propio contrato de trabajo la obligación de contratar al candidato, estableciendo además cláusulas de garantía para una vez después de contratado, como se viene haciendo en el caso de las Empresas de Selección. De este modo, se fomentaría el uso de estas Empresas de Outplacement si se sabe de antemano que existe una obligación de “buscar empleo” a los trabajadores que van a ser despedidos en la empresa.

En segundo lugar, sería necesario mentalizar a los representantes de los trabajadores que, en lugar de intentar negociar siempre una cantidad económica añadida a la indemnización legal que se abogue por la utilización de los servicios recolocación. Además, en los casos en los que se pacte una indemnización superior a la legal, la Empresa podría pactar una cláusula en el contrato celebrado con el trabajador indicando que si se “recoloca” una vez despedido, se exigiría la devolución de la indemnización pactada por encima de la legal, cláusula lícita, ya que esta cuantía no constituye una indemnización, sino una “garantía recolocadora”⁴³.

En tercer lugar, también se podría fomentar el uso de las Empresas de Outplacement por medio de la negociación colectiva contemplando esta medida en caso de que se llevara a cabo un despido colectivo o incluso individual por la vía del art. 52 c) del ET, así como los supuestos de fuerza mayor del art. 51.11 del ET.

Por el momento, como señala la doctrina, “este tipo de medidas no se han previsto en nuestro ordenamiento, pues no se prevé la participación del Estado en la financiación del Plan de Acompañamiento Social en los despidos colectivos, ya que no participa en la elaboración de dicho Plan, pues es el empresario el que lo presenta unilateralmente al inicio del procedimiento, y son los representantes de los trabajadores los que negocian durante el período de consultas las propuestas empresariales para conseguir un Plan definitivo. Así, una de las medidas para que se pudiera impulsar la utilización de los servicios de *Outpla-*

⁴³ En este sentido véase Serrano Falcón, C., “Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación”, Granada, 2009, pág. 432.

cement sería el de aumentar el escaso control administrativo sobre las medidas sociales en el Expediente de Regulación de Empleo y ampliar la obligatoriedad de imponer estos Planes de Acompañamiento a otro tipo de despidos⁴⁴.

Sin embargo, también se podría articular esta medida como voluntaria, mediante la creación de un circuito privilegiado de recolocación, al igual que en el Derecho italiano, incentivado la contratación y así la recolocación de los trabajadores afectados por un ERE, mediante el establecimiento de beneficios fiscales y/o de cotizaciones a la Seguridad Social, para las empresas que den empleo a dichos trabajadores.

El otorgamiento de subvenciones públicas en los casos que proceda, sería una adecuada medida de política activa de empleo impulsada por los poderes públicos para hacer frente al desempleo, reduciendo las prestaciones por desempleo, al mismo tiempo que perseguiría el fin de responsabilizar al empresario de las repercusiones profesionales y personales de los trabajadores que van a ser despedidos. Así, sería posible conceder subvenciones en el caso de que la empresa, en situación de crisis, demuestre la ausencia de recursos para garantizar a sus trabajadores un Plan adecuado⁴⁵.

Asimismo, sería aconsejable que las prestaciones por desempleo estén asociadas con incentivos a la movilidad laboral y ocupacional y resolver la relación entre el sistema de prestaciones por desempleo y el sistema de pensiones en el colectivo de trabajadores de avanzada edad. En efecto, en la actualidad el primero, parece diseñado para facilitar el tránsito a la jubilación, especialmente en el supuesto de prejubilaciones, y no el regreso al mercado de trabajo. Para ello sería necesaria desarrollar y ahondar en las medidas de fomento de empleo para trabajadores de avanzada edad que permiten compatibilizar el trabajo a tiempo parcial con el abono de la prestación por desempleo⁴⁶, junto con el fomento, como ya hemos señalado, de la jubilación parcial de los trabajadores⁴⁷.

⁴⁴ Serrano Falcón, C., “Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación”, Granada, 2009, pág. 434.

⁴⁵ Serrano Falcón, C., “Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas. Público y privado en la actividad de colocación”, Granada, 2009, pág. 435.

⁴⁶ Art. 228.4 de la LGSS. Actualmente desarrollado por la disposiciones transitorias 5ª y 6ª de la Ley 45/2002.

⁴⁷ Como una medida reciente dirigida a tal finalidad, si bien de forma indirecta y más bien tímida, cabe reseñar la modificación efectuada por el Real Decreto-ley 2/2009 del convenio especial de la Seguridad Social que se suscribe en el marco de determinados expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal, a fin de conseguir un doble objetivo: por un lado, evitar el abandono prematuro del mercado de trabajo de aquellos trabajadores que a una edad laboral avanzada vean extinguidos sus contratos de trabajo a través de despidos colectivos, pues es conocido que en las situaciones económicas desfavorables los trabajadores de mayor edad se ven afectados de hecho en mayor grado. Por otro lado, mejorar la

4. ABARATAMIENTO DEL DESPIDO

Con el objetivo de reducir los costes del despido muchos especialistas, especialmente los economistas, han propuesto la creación de un único contrato de duración indeterminada, basado en el modelo de flexiseguridad de Dinamarca, basado en la flexibilización de la posición segura de los trabajadores estables, abandonando la idea de seguridad en el puesto de trabajo. De esta manera se facilitaría en gran medida su ruptura y, por el cual, los derechos de protección de los trabajadores aumentarían progresivamente en función de la antigüedad, haciendo así el empleo normal más flexible en el momento de la extinción de la relación laboral⁴⁸. En el caso de España, como se sabe, se ha propuesto la articulación de un contrato único indefinido, con una indemnización por despido muy inferior a la actual, que ha oscilado entre los 20 días por año trabajado, hasta los 8 días en las últimas posturas planteadas por las organizaciones empresariales⁴⁹.

Otra propuesta de contrato único, basado en el modelo austriaco, obligaría a las empresas a cotizar a lo largo de la relación laboral una cuota, cuyos fondos son mutualizados, con el fin de financiar la reclasificación de los trabajadores, pero ya así descargando al empresario de la obligación de recolocar al trabajador, en contrapartida de dicha “contribución de solidaridad”⁵⁰, que se llevaría a cabo ahora bien por el Servicio Público de Empleo o Agencias Privadas de Empleo. Todo ello a cambio de abandonar la tradicional noción de despido económico y su posterior control judicial. Sin embargo, no hay que olvidar que en estos países el despido va acompañado de una política activa de empleo y una generosa protección por desempleo.

Otro ejemplo de contrato único se podría basar en el contrato de trabajo de nuevo empleo de Francia, donde, durante los primeros años el empresario puede resolver el contrato sin necesidad de alegar causa ni seguir el procedi-

protección de estos trabajadores, al posibilitar que las cotizaciones efectuadas por el empresario durante los períodos de actividad laboral que se desarrollen durante la vigencia del convenio especial se apliquen a la parte del convenio que debe sufragar el trabajador a partir de los sesenta y un años, fomentando la prolongación de la vida activa y desincentivando una salida prematura del mercado de trabajo, con la merma en la pensión de jubilación que ello supone.

⁴⁸ Wilthagen, T., “Dutch flexicurity policies: normalisation of atypical work”, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2006 y Stauber, B., Kovacheva, S., y Van Lieshout, H., “Flexibilidad y seguridad: el supuesto dilema de las políticas de transición”, Estudios de Juventud, n.º. 65, 2004.

⁴⁹ Véase Boletines de enero, febrero y marzo de 2009 de la CEOE: ceo.es.

⁵⁰ Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA) www.crisis09.es/propuesta y Martín Puebla, E., “La modernización del mercado de trabajo en Francia o la tímida versión de la “flexicurité” à la française”, RL, n.º. 4, 2009, pág. 95.

miento clásico de despido; ni por supuesto pagar indemnización alguna⁵¹. Sin embargo, esta posibilidad ya existe en nuestro ordenamiento, con la facultad de celebrar extensos periodos de prueba, que posibilitan, como se sabe, extinguir el contrato sin necesidad de alegar causa ni pagar indemnización alguna; pudiéndose incluso extender la duración máxima de estos periodos por convenio colectivo. Incluso cabe la posibilidad de celebrar periodos de prueba en los contratos temporales, con el único límite, en este último caso, de que no coincidan plenamente con la propia duración del contrato temporal.

No hay que olvidar que el ordenamiento laboral que ahora se dice por activa y por pasiva que es demasiado rígido y que se señala como el culpable de las altas tasas de desempleo es el mismo con el cual se alcanzaron las cuotas más bajas de desempleo en la historia del país. Por ello, es evidente que cualquier reducción que se haga ahora en derechos sociales, con la excusa de ayudar a superar la crisis, no se va a realizar de forma temporal. La patronal no propugnará luego la recuperación de lo ahora sacrificado cuando el ciclo se invierta y vuelvan épocas de bonanza económica, que volverán.

Cabe recordar ahora que la famosa indemnización de 45 días con el tope de 42 mensualidades de la cual se quejan los empresarios, es únicamente para el supuesto de despidos improcedentes, pues si se prueban razones disciplinarias no hay indemnización alguna y si existen razones reales de mercado, el despido es de sólo 20 días, con un tope de 12 mensualidades.

Obviamente entonces, para situar el debate en sus justos términos, lo que se reivindica por la patronal es el abaratamiento del despido improcedente, esto es, sin causa justificada. En efecto, pues aún cuando se niega por activa y pasiva que se proponga un abaratamiento del despido, ya que la indemnización de los contratos indefinidos ya celebrados no se modificaría y, en todo caso, se presenta como una mejora de la indemnización para los trabajadores temporales, evidentemente, lo que se haría “de facto” es introducir un nuevo binomio. Así, por un lado, se encontrarían los trabajadores con el actual contrato indefinido y con la indemnización más alta, como colectivo congelado, por así decirlo y a extinguir progresivamente cara al futuro y, por el otro, los trabajadores con el nuevo contrato indefinido y con la indemnización más reducida, como modelo standard que vendría a reemplazar el antiguo contrato. Sin mencionar el hecho de que una gran parte de los trabajadores con contrato temporal, que pretende mejorar la patronal, se estima que en torno al 40 %⁵²,

⁵¹ Giles Auzero, “El contrato de trabajo de “nuevo empleo”: una traducción francesa de la flexi-seguridad”, en Aportaciones al debate comunitario sobre “Flexiseguridad”, Madrid, 2007, págs. 91 y ss.

⁵² Informe Precariedad del empleo, contratación laboral y temporalidad de CC.OO. Vid. COMFIA.NET.

tienen contratos fraudulentos y que, de todos modos, deberían estar con un contrato indefinido y, por tanto, con la indemnización de 45 días de salario por año de servicio.

En cualquier caso, cabe reseñar a continuación, que el despido improcedente ya se ha abaratado sustancialmente en los últimos años. En primer lugar con la eliminación formal de los salarios de tramitación. En efecto, como se sabe, tras su eliminación explícita por el polémico RDL 5/2002, las movilizaciones sociales provocaron la marcha atrás y su restauración por la Ley 45/2002, de 12 diciembre. No obstante, pese a que la contra-reforma que provocó la huelga restauró formalmente los salarios de tramitación, introdujo, sin embargo, la posibilidad de limitarlos e incluso llegar a eliminarlos. Así, si un empresario reconoce la improcedencia del despido y pone a disposición del trabajador dentro de las 48 horas siguientes del despido la cuantía legal de la indemnización, “la acepte o no el trabajador”, no habrá de pagar cuantía alguna por salarios de tramitación⁵³.

Aunque pudiera parecer lo contrario, la eliminación de esas cantidades no es un tema baladí en la cuantía del coste del despido, por dos razones fundamentales. En efecto, en primer lugar, porque para un trabajador con muchos años de antigüedad en la empresa, el factor que más encarecerá el despido será efectivamente la propia indemnización de 45 días de salario multiplicados por esos años de antigüedad. Sin embargo, en la actualidad, con un mercado laboral que tiene la tasa de temporalidad más alta de toda Europa⁵⁴), es fácilmente observable que los salarios de tramitación ya no tienen un interés menor en términos cuantitativos, pues en un mercado laboral donde la duración media de los contratos temporales apenas llega a los tres meses, en la mayoría de las ocasiones la cuantía de estos últimos superará con creces la de la propia indemnización en aquellos supuestos en que el trabajador con contrato temporal demanda en vía judicial y obtiene una calificación del despido de improcedente. En segundo lugar, porque junto con el pago de los salarios de tramitación, el empresario debe abonar las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes al periodo de dichos salarios. De tal forma que, en este sentido, el despido se ve abaratado por partida doble. Por un lado por la cuantía de los salarios que se dejan de abonar y, por el otro, por la cuantía de las cotizaciones sociales que se dejan de ingresar.

La contra-reforma supuso, en definitiva, una forma disimulada de abaratar el despido. Abaratamiento que, por otro lado, aunque se propone en estos momentos como panacea para acabar con la temporalidad del mercado laboral, se ha demos-

⁵³ Art. 56.2 del ET en su redacción actual.

⁵⁴ (25.41%. Vid. www.mtin.es/es/estadisticas/resumenweb/RUD.pdf).

trado del todo ineficaz para frenar la alta tasa de temporalidad, que sigue siendo la más alta de la Unión Europea y que, en todo caso, si de algo ha servido dicho abaratamiento, a sido para aumentar el número de despidos realizados.

En segundo lugar, a través de la creación y fomento de una nueva modalidad de contrato indefinido para el cual se abarata sensiblemente el precio de los despidos objetivos declarados improcedentes, no sólo en los días de salario tomados para calcular la indemnización, que bajan a 33, sino también y fundamentalmente en el tope de la propia indemnización, que baja de 42 meses a 24⁵⁵, si bien dejando inalteradas las indemnizaciones de los despidos objetivos procedentes y los despidos disciplinarios improcedentes. Ahora bien, el problema para los empresarios es que para acogerse a sus ventajas, el despido debe ser declarado improcedente, lo que supone someterse a un procedimiento judicial largo, costoso e incierto.

De este modo, partiendo de la premisa de que, a diferencia de los sistemas anglosajones, conviene no legitimizar un despido “ad nutum”, con una indemnización tasada única para todos los casos, para evitar arbitrariedades y excesos en el ejercicio de un poder que, por otro lado, es legítimo, se podrían proponer, dos medidas relativamente fáciles de implementar, tomando como base el referido contrato de fomento de la contratación indefinida. En primer lugar, la posibilidad de que la empresa pudiera disfrutar de la rebaja de la indemnización con el sólo hecho de reconocer la improcedencia del despido, poniendo a disposición del trabajador la cuantía de la indemnización correspondiente, sin necesidad de acudir a la vía judicial, pues en la actualidad, para disfrutar de esta ventaja, de conformidad con el punto cuatro de la D.A. 1^a de la Ley 12/2001, de 9 de julio, es necesario la declaración judicial de la improcedencia del despido por causas objetivas. En segundo lugar, yendo un paso más allá, se podría proponer incluso extender ese beneficio a la cuantía de las indemnizaciones de los despidos disciplinarios improcedentes, abaratando así el despido improcedente en general para esta modalidad de contrato a los 33 días por año de servicio, en lugar de los actuales 45.

De esta forma, se crearía un contrato estable, con una indemnización de 33 días por año de servicio, en los supuestos de extinción sin causa justificada, siempre que el empresario despida reconociendo la improcedencia del despido y ponga a disposición del trabajador la referida indemnización. Modalidad que estaría a medio camino del contrato propuesto por la patronal, con una indemnización única de 20 días⁵⁶ y que sería una solución salomónica para poder

⁵⁵ Alarcón Caracuel, M.R., “El fomento de la contratación indefinida y la facilitación del despido”, en *Las reformas laborales de 1997*, Pamplona, 1998, págs. 72 y 73.

⁵⁶ Véase Boletines de enero, febrero y marzo de 2009 de la CEOE: ceo.es.

llevar a la mesa de diálogo social. Incluso se podría acompañar de una “prima antitemporalidad” para incentivar la prolongación de los contratos, de tal forma que la indemnización del despido podría ser superior durante el inicio de la vigencia del contrato (entre 12 y 24 meses), bajando ya una vez pasado este periodo inicial.

Asimismo, se podría mutualizar este coste a través de la adopción también aquí del pago de la contribución de solidaridad para la creación de un fondo común, financiado por todas las empresas, de acuerdo con su tamaño, beneficios, etc., que se haría cargo de la totalidad o de una parte del coste de las extinciones de los contratos laborales. Es más, esto se podría hacer de una forma relativamente fácil y sin suponer un coste añadido para las empresas, aprovechando el hecho de que éstas ya financian, de forma solidaria, un fondo, como es el FOGASA, que podría emplearse para costear la totalidad o una parte de las indemnizaciones por despido, sino en todas las empresas, sí al menos en las PYMES. Extendiendo la cobertura que ya existe para éstas en supuestos de despidos económicos, a todos los despidos y elevando el porcentaje de la indemnización que se cubre. De este modo, se descargaría de buena parte de los costes del despido a la pequeña y mediana empresa, superando el temor a la contratación indefinida, sin necesidad de insolvencia y con un cobro inmediato para los trabajadores.

Ahora bien, no hay que olvidar que las empresas utilizan, *de facto*, el recurso a la contratación temporal como fórmula de abaratamiento del despido, lo cual se demuestra gráficamente por el hecho de que, como ya hemos señalado, desde hace más de 25 años un tercio de la población ocupada asalariada tiene trabajos temporales con bajas indemnizaciones. Por ello, mientras sea más barato y no haya un verdadero control sobre la contratación temporal laboral, será difícil rebajar la temporalidad del mercado laboral. En efecto, mientras se pueda tener a trabajadores prácticamente “sine die” con contratos de obra o servicio, bien directamente, bien a través de contratas, con una indemnización de ocho días, cuando finalmente se extinga el contrato, la mayoría de las veces por decisión unilateral de la empresa, es complicado que un empresario contrate a un trabajador de forma indefinida, aún cuando se rebaje la cuantía de la indemnización por despido. Y mucho menos, generalizando la posibilidad de celebrar contratos de hasta dos años, con la referida indemnización de 8 días, como propugna ahora la patronal⁵⁷. Lo cual simplemente facilitaría las posibilidades de celebrar contratos temporales más extensos, sin ningún tipo de control, agravando todavía más la precarización del mercado laboral.

Por ello, se deberá actuar también al mismo tiempo sobre la regulación de la contratación temporal. De este modo, una solución podría ser articular

⁵⁷ Véase Boletines de enero, febrero y marzo de 2009 de la CEOE: ceo.es.

un coste diferenciado, desconectado de la antigüedad de los trabajadores temporales. Es cierto que se ha actuado recientemente, como se sabe, sobre las amplias posibilidades existentes de encadenamiento sucesivo de diversas modalidades temporales, de tal forma que ahora, el art. 15.5 ET presume la conversión en indefinido de aquel trabajador que se le encadenen dos o más modalidades de contratación temporal, durante más de 24 meses, en un periodo de referencia de 30, cuando el trabajador ocupe el mismo puesto de trabajo. Sin embargo, a nadie se le escapa las posibilidades, relativamente sencillas, de evitar la aplicación del mismo, rotación en el mismo puesto con dos o más trabajadores distintos, o con las modalidades de contratación exentas, interinidad, etc. Por no mencionar la posibilidad de rodear esta norma a través de la externalización de la mano de obra y, muy especialmente, la subcontratación; donde ahora, el TS, en los supuestos en que se vayan celebrando o renovando sucesivas contrataciones con la misma empresa adjudicataria, no considera que el contrato de obra finaliza con cada contrata⁵⁸. Así, al tratarse del mismo contrato de obra y servicio, no habría sucesivos contratos temporales en el tiempo, que se podrían ir sumando a los efectos de superar los 24 meses en un periodo de 30. Con lo cual se evitaría de esta forma la posibilidad de declarar por esta vía la conversión en indefinido del trabajador.

En cualquier caso, la nueva medida articulada en el art. 15.5 ET, en el fondo, no es más que el reconocimiento de la dificultad de controlar la causalidad en la contratación temporal y la renuncia implícita a hacerlo, optando por una presunción objetiva. Precisamente por ello, sería mucho más simple reconocerlo expresamente. Una vez llegados a este punto, se podría pasar a adoptar posibilidades de contratación temporal, como en el derecho comparado, no causales, simplemente limitadas. Temporalmente, con el señalamiento de una duración máxima y con el pago de la totalidad de los salarios, hasta la duración máxima, en el supuesto de rescisión extemporánea por parte de la empresa. Por lo tanto, sin la posibilidad de que se declare improcedente la extinción y sin la obligación de pagar otro tipo de indemnizaciones. Salvo que se superase la tasa máxima de contratos temporales establecida, en cuyo caso se podría mantener la actual indemnización por despido improcedente. Y cuantitativamente, con límites máximos de contratos temporales, de conformidad con el total del volumen de plantilla de la empresa. De tal forma que se podría controlar y así reducir el número de contratos temporales a un porcentaje determinado, lo que no ha podido hacer ninguna otra de las medidas adoptadas hasta ahora, pues como se sabe tenemos el porcentaje más alto de temporalidad en toda Europa, que se ha mantenido siempre por encima del 25% en los últimos 25 años .

⁵⁸ STS de 17 de junio de 2008 RJ 4229.

IGUALDAD Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EN LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LAS CAJAS DE AHORROS ANDALUZAS

PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS

Profesora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Empresariales de la Universidad de Córdoba
INSA-ETEA

EXTRACTO

Palabras Clave: Derechos Fundamentales, Igualdad, Cuotas

La escasa presencia femenina en los consejos de administración (estructura de propiedad) de las grandes empresas es, en gran parte, consecuencia lógica de la dificultad de las mujeres de acceder a los altos cargos directivos (estructura técnica), siendo éstos una de las frecuentes vías de acceso al consejo de administración. La dificultad de las mujeres para acceder a puestos de responsabilidad les priva de la experiencia necesaria para acceder a los consejos de administración. Esto es lo que pretende superar la norma contenida en el artículo 75 de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, estableciendo una modalidad de acción positiva de “cuota” o de resultado, con las características de legitimidad y constitucionalidad establecidas por el Derecho Comunitario, la doctrina del TJCE y nuestra propia Constitución. Dicha medida se configura no como una obligación legal sino como una suerte de recomendación dentro de las medidas de igualdad en el marco de la responsabilidad social de las empresas. No obstante, la adopción facultativa de esta medida se ha reforzado por el legislador incentivando su asunción por las empresas con algunas ventajas adicionales de carácter económico. En el supuesto concreto de las Cajas de Ahorros la recomendación de paridad afectará a la composición de los Órganos de Gobierno: la Asamblea General, Consejo de Administración, a su Comisión Ejecutiva y también a la Comisión de Control.

ABSTRACT

Key Words: Fundamental rights, equal treatment, and fees

In big companies, women presence is usually limited in Administration Council (property structure), and to a great extend, this underrepresentation is a logic consequence of the difficulties for women to access key management or direction positions (technical structures), being this a frequent via to access the Administration council. The difficulty for women to access key responsibility positions does not allow them to gain the necessary experience to access the Administration Council. This is what the regulation wants to tackle, in the Article 75 of the Organic Law for the effective egalitarian treatment between women and men. The law establishes a new modality, that is a “fee” or of results, under the legitimacy of the established constitutional EU-Law, the TJCE doctrine, and our own Constitution. Such law is not a regulation, but a recommendation which considers measuring equal treatment in Corporate Social Responsibility, and adopting such regulation, may lead to additional advantages such as an economic compensation. In the cases of the Cajas de Ahorro (Savings banks) the recommendation of equal treatment affects the administration representative structure: General Assembly, Administration Council, Executive Commission and Monitoring Committee.

ÍNDICE

1. LA PRESENCIA DE MUJERES EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS GRANDES EMPRESAS EN EL ENTORNO EUROPEO
2. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA DE RESULTADO O DE “CUOTAS” EN EL DERECHO COMUNITARIO. CONTROVERSIAS EN TORNO A SU LEGITIMIDAD: REQUISITOS Y LÍMITES
3. La composición paritaria en la Ley de igualdad
 - 3.1. Iniciativas precedentes en responsabilidad social corporativa
 - 3.2. La promoción de la composición paritaria en la Ley de igualdad
4. LA COMPOSICIÓN PARITARIA EN LAS CAJAS DE AHORROS
 - 4.1. Previsión general
 - 4.2. Plazo de implantación
 - 4.3. Previsiones en la Ley andaluza de Igualdad
5. CRITERIOS GENERALES PARA LA ADAPTACIÓN DE LA LEY ANDALUZA DE CAJAS DE AHORROS
6. RECOMENDACIONES

1. LA PRESENCIA DE MUJERES EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS GRANDES EMPRESAS EN EL ENTORNO EUROPEO

En los últimos años, la presencia de mujeres en los consejos de administración de las grandes compañías, especialmente en las sociedades cotizadas, viene recibiendo una destacada atención por parte de los reguladores y los centros de investigación económica en todo el mundo. Los datos empíricos ponen de manifiesto que, en la mayor parte de los casos, su composición es casi unánimemente masculina¹. Esta situación se debe, en gran parte, a que la mayoría de los consejeros provienen de los altos ejecutivos de las grandes empresas y muy pocas mujeres han alcanzado estos puestos.

Esta situación de partida, unida al protagonismo que la Responsabilidad Social Corporativa ha adquirido en los últimos años y a los estudios científicos que relacionan la paridad de género con un incremento del valor de la empresa y, por lo tanto, con lo que sería una práctica de “buen gobierno corporativo”; ha determinado que en nuestro entorno europeo, se haya producido una paulatina implantación de medidas legales encaminadas a aumentar la presencia femenina en los consejos de administración de las empresas (principalmente, de las cotizadas).

En particular, tanto en Suecia como en Noruega los poderes públicos han puesto en marcha iniciativas de este tipo. Pues bien, el caso de Noruega, aunque

¹ La participación femenina en los consejos de administración en España en agosto de 2005 era de 4.1% (En EIRIS. How global is good corporate governance?, (Stephanie Maier), agosto 2005 (www.eiris.com)).

con una regulación de alcance y límites diferentes a la nuestra, puede considerarse precedente normativo de nuestra todavía reciente regulación en la materia por la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres de 22 de marzo de 2007 (en adelante LOI). En Noruega se promulgó una Ley en enero de 2004 por la que la representación de cada uno de los dos sexos en los consejos de administración habría de ser al menos del cuarenta por ciento, tanto en las empresas públicas como privadas; dicha Ley entró en vigor para las públicas desde el momento de su aprobación, si bien al sector privado se le concedió un plazo de adaptación hasta julio de 2005, estableciendo penalizaciones para aquellas empresas que no cumplieren con la “cuota femenina” impuesta por el legislador noruego. Por sus características, la medida adoptada por Noruega se encuadra dentro de las denominadas acciones positivas o medidas de discriminación positiva en favor de las mujeres, mediante el establecimiento de una cuota de carácter automático para las empresas públicas y más flexible, en cuanto al plazo, para las privadas; pero de carácter obligatorio en ambos tipos de empresas². Ya en 2005 la imperatividad de la Ley noruega arrojó magníficos resultados: Noruega era (seguida de Suecia) el país europeo con mayor presencia de mujeres en sus consejos de administración, un 26,9 % frente al 4,1 % de España³. La Ley noruega es claro precedente de nuestra LOI en esta materia, si bien nuestra normativa ha optado una vía no imperativa consistente en incentivar con ventajas (en el tráfico comercial, principalmente, y otras) a las empresas que cumplan con una “cuota femenina” recomendada, en lugar de penalizar a las que no cumplan con la cuota impuesta, como ha sido el caso noruego⁴.

Como analizaremos en el epígrafe 2 del presente estudio, nuestra regulación a nivel estatal (que condiciona el nivel autonómico), ha configurado un modelo de actuación parecido al noruego pero con importantes particularidades, derivadas de los límites impuestos por el Derecho comunitario y la doctrina del TJCE a la legitimidad de las medidas de acción positiva de resultado que consisten en “cuotas femeninas”; y también por el principio de igualdad establecido en nuestra propia Constitución (art. 9.2 y 14).

² Por todos, D. E. Arfken et al: “The Ultimate Glass Ceiling Revisited: The Presence of Women on Corporate Boards”, *Journal of Business Ethics*, núm. 50, 2004, pág. 180 y ss.

³ Seguida de Suecia con un 19,9 %, Finlandia 14,3 %, USA 12, 7%, Canadá, 11,1% (En EIRIS. How global is good corporate governance?, (Stephanie Maier), agosto 2005 (www.eiris.com)).

⁴ AAVV: *Igualdad de Mujeres y Hombres*, Thomson Civitas, 2007, págs. 507 y 508.

2. LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA DE RESULTADO O DE “CUOTAS” EN EL DERECHO COMUNITARIO. CONTROVERSIAS EN TORNO A SU LEGITIMIDAD: REQUISITOS Y LÍMITES

El Derecho Comunitario es pionero respecto a la caracterización de las acciones positivas en favor de la igualdad de oportunidades de las mujeres. De hecho, la Directiva del Consejo 76/207/CEE⁵, de 9 de febrero, es la primera norma que autoriza a los Estados miembros a la adopción de estas medidas (acciones positivas) en apariencia, discriminatorias por razón de sexo, pero que están destinadas a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir entre hombres y mujeres⁶. Con posterioridad, el TJCE a través de la Sentencia del caso Kalanke de 17 de octubre de 1995⁷, precisó el alcance de las medidas (legislativas) de este tipo que los Estados pueden adoptar. A raíz de la citada Sentencia Kalanke, la Comisión Europea envió una Comunicación al Parlamento y al Consejo (27 de marzo de 1996) señalando que “el único tipo de iniciativas positivas condenado por el TJCE es el régimen de cuotas rígido que no permite tener en cuenta circunstancias individuales particulares”; se incluyó una propuesta para modificar el texto de la Directiva 76/207, con el fin de precisar que las medidas de acción positiva que no sean cuotas rígidas están autorizadas por el Derecho Comunitario⁸. Tal modificación se produjo finalmente en la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que remite, a estos efectos, al art. 141.4 del Tratado de Ámsterdam⁹; cuyo tenor literal señala: “*Con objeto de garantizar en la*

⁵ Relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

⁶ “Autorizar las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres”

⁷ En ella se analizó la legitimidad de un régimen de cuotas a favor de las mujeres impuesto por la Ley del Estado de Bremen; en el sentido de si el derecho fundamental e individual a no ser objeto de discriminación por razón de sexo debía supeditarse a los derechos de otros grupos desfavorecidos (por ejemplo, las mujeres), con el fin de paliar las posibles discriminaciones que hayan podido sufrir a lo largo de la historia. El Tribunal declaró la Ley del Estado de Bremen contraria a las leyes comunitarias, por entender que la discriminación positiva de las mujeres es ilegal cuando se aplica de forma absoluta e incondicional. Consideró injusto que alguien pueda sufrir una merma en sus derechos individuales por razón de sexo (en este caso el Sr. Kalanke), aunque el objetivo fuese beneficiar a un grupo tradicionalmente desfavorecido.

⁸ AAVV: *Igualdad...*, págs. 525 y 526.

⁹ Vid. Diario Oficial de núm. C340 de 10 de noviembre de 1997. así el art. 2.8 de la Directiva 2002/73 señala “los estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del art. 141 del Tratado de Ámsterdam con objeto de garantizar en la práctica la igualdad entre hombres y mujeres.”

práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener u adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

Por tanto, en los términos establecidos por el Tratado de Ámsterdam e incorporados a la Directiva 2002/73 (transpuesta el año pasado por la LOI), la adopción de medidas de acción positiva se encuentra respaldada por el Derecho Comunitario y nadie duda de su constitucionalidad; no obstante sigue existiendo controversia en torno a aquellas medidas de resultado que se materializan en “cuotas”. Por tanto, conviene hacer algunas precisiones respecto a las “cuotas”¹⁰:

1. Son una modalidad de acción positiva consistente en una técnica legislativa (su utilización, por consiguiente, estaría vedada a las personas físicas y jurídicas salvo en los términos establecido por el legislador, términos que analizaremos en el presente trabajo).
2. Suponen una discriminación inversa y su legitimidad y constitucionalidad queda condicionada a la concurrencia de varios requisitos; entre ellos, solo pueden usarse en un sector social determinado y por un tiempo razonable, cuando sea imposible lograr la igualdad mediante otras medidas de acción positiva.

La constitucionalidad de la norma que establezca dichas cuotas pasa por los siguientes presupuestos:

- (i) deberá demostrarse objetivamente la existencia de desigualdad de hecho;
- (ii) los sistemas de cuotas, son en todo caso de naturaleza transitoria (deberán limitarse al período de tiempo necesario para lograr la igualdad en aquel sector que se desee);
- (iii) la discriminación inversa debe establecerse mediante Ley ya que afecta a los derechos de las personas.

En consecuencia, dentro de los límites enunciados, puede utilizarse legítimamente la discriminación inversa y establecer “cuotas” para eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres¹¹. No obstante hay que insistir, por las

¹⁰ AAVV: *Igualdad de...*, cit. pág 511 a 513.

¹¹ A estos efectos señala el Tribunal Constitucional en Sentencia de 3 de octubre de 1994 (STC 269/94) la legitimidad constitucional de las cuotas en este caso a favor de los minusválidos.

razones indicadas, que las “cuotas” son polémicas porque inciden sobre el principio de igualdad entre las personas (14 CE). Concretamente en los cinco Estados miembros de la Unión Europea que contemplan en su legislación las acciones positivas (Alemania, Austria, Dinamarca, Países Bajos y Suecia) continúa la controversia política y jurídica sobre esta materia¹².

Los requisitos mencionados han condicionado, como veremos a continuación, la fórmula adoptada en nuestra normativa interna y lógicamente han de ser tenidos en cuenta por las empresas (en este caso las Cajas de Ahorros) al materializar el principio de composición paritaria.

3. LA COMPOSICIÓN PARITARIA EN LA LEY IGUALDAD

3.1. Iniciativas precedentes en responsabilidad social corporativa

Antes de pasar a analizar el alcance de la regulación contenida en la LOI en materia de composición paritaria de los consejos de administración. Nos parece interesante reseñar una concreta iniciativa precedente situada en el campo de la responsabilidad social corporativa relativa a la composición equilibrada de los consejos de administración que podría servirnos de referente para el sector de las Cajas de Ahorros (tanto en el nivel estatal como autonómico de Andalucía). Se elaboró por la Comisión Nacional del Mercado de Valores un Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas a fin de intensificar su transparencia y buen gobierno. Dicho Código es el primer texto en el Estado español en el que se ha incluido una acción positiva de igualdad en materia de gobierno corporativo, al establecer en su recomendación nº 15:

“Que cuando sea escaso o nulo el número de consejeras, el Consejo explique los motivos y las iniciativas adoptadas para corregir tal situación; y que, en particular, la comisión de nombramientos vele para que al proveerse las nuevas vacantes:

- 1. Los procedimientos de selección no adolezcan de sesgos implícitos que obstaculicen la selección de consejeras;*
- 2. La compañía busque deliberadamente e incluya entre los potenciales candidatos, mujeres que reúnan el perfil profesional buscado”.*

“Lograr una adecuada diversidad de género en los Consejos de Administración no constituye solo un desafío en el plano de la ética, de la política y de la responsabilidad social corporativa, es también un objetivo de eficiencia que las sociedades cotizadas deben plantearse,

¹² AAVV: *Igualdad...*, cit., pág 527.

al menos a medio plazo. Desaprovechar el potencial talento empresarial del 51 % de la población –las mujeres– no puede ser racional en el conjunto de las grandes empresas de nuestro país. La experiencia de las últimas décadas, en la que hemos asistido a una creciente incorporación de la mujer al mundo empresarial, así lo acredita. Se trata ahora de hacer un esfuerzo adicional para que esa presencia llegue a la alta dirección y a los consejos de administración de las sociedades cotizadas. En atención a esa circunstancia el Código invita a las sociedades con escasa presencia femenina en sus Consejos a que hagan un esfuerzo deliberado por buscar posibles candidatas cada vez que deba cubrirse una vacante en el Consejo, especialmente para puestos independientes”.

Este tipo de acción positiva plasmada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el Código Unificado de Buen Gobierno se caracteriza por establecer un objetivo de composición paritaria en los órganos de gobierno a alcanzar, pero no un resultado de composición paritaria mediante el establecimiento de “cuotas” como posteriormente veremos que se hará en la LOI.

3.2. La promoción de la composición paritaria en la Ley de Igualdad

La evidente escasa presencia femenina en los consejos de administración (estructura de propiedad) de las grandes empresas es, en gran parte, consecuencia lógica de la dificultad de las mujeres de acceder a los altos cargos directivos (estructura técnica) siendo éstos una de las frecuentes vías de acceso al consejo de administración. La dificultad de las mujeres para acceder a puestos de responsabilidad les priva de la experiencia necesaria para acceder a los consejos de administración. Su escasa presencia en los mismos no es, por supuesto, debida a falta de aptitud o capacidad para el desempeño o ejercicio de una ocupación sino a la existencia de barreras a la adquisición de experiencia profesional. Y eso es lo que en definitiva pretende superar la norma contenida en el artículo 75 de la LOI¹³, que analizaremos a continuación.

¹³ “Participación de las mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles. Las sociedades obligadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Lo previsto en el párrafo anterior se tendrá en cuenta para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de la Ley”.

Así pues, el artículo 75 LOI, recoge la conveniencia de que las grandes sociedades mercantiles (quedan excluidas todas las que puedan presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviada), procuren la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración, concediendo para ello un plazo de ocho años (plazo en el que el Gobierno ha rebajado su pretensión inicial, pues pretendía que la participación femenina en los órganos se alcanzase en un plazo de cuatro años, y a un ritmo del 10% anual¹⁴). Configurándose, por tanto, nuestra regulación en la materia como una modalidad de acción positiva de “cuota” o de resultado,¹⁵ con las características de legitimidad y constitucionalidad, establecidas por el Derecho Comunitario, la doctrina del TJCE y nuestra propia legislación interna (Ley Orgánica de Igualdad y Constitución Española)¹⁶. Veamos como cumple nuestra regulación cada una de estas carac-

¹⁴ En el informe del CES sobre el Anteproyecto de la LOI se señala:

“El CES quiere poner de manifiesto que los términos de esta obligación suponen un tratamiento discriminatorio y desequilibrado en relación con el otorgado por el anteproyecto a la obligación de alcanzar el principio de composición equilibrada en otros ámbitos. En opinión del Consejo, el tratamiento debiera ser igual en todos los ámbitos por las razones siguientes: Las sociedades mercantiles al igual que la Administración general del Estado desenvuelven su actividad en un contexto social dado, en el que existen diferencias entre sexos en cuestiones como la cualificación, la incorporación y disponibilidad en el ámbito profesional, o el interés o vocación por determinados puestos o sectores entre otros. Esta realidad limita considerablemente el logro de objetivos concretos y cuantificables, con independencia del compromiso y sensibilidad de las sociedades mercantiles, y la Administración General del Estado con la igualdad. En la misma línea y al igual que el Anteproyecto modula la aplicación de las normas de igualdad en la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del estado en razón de los términos establecidos por su normativa específica, el CES opina que el Anteproyecto debiera considerar que las sociedades mercantiles tienen regulado su funcionamiento por la normativa mercantil específica y en concreto por la Ley de sociedades Anónimas en su artículo 137... las empresas, sea cual sea su configuración jurídica, se rigen fundamentalmente por criterios de idoneidad, equiparables a los de mérito y capacidad que rigen en la Administración... La existencia de porcentajes o cuotas prefijadas resulta incompatible con dichos criterios o principios, por lo que el CES considera que no puede hacerse prevalecer la consideración del sexo sobre el criterio de la capacidad y el interés general o el específico de competitividad de las empresas”.

¹⁵ Más allá de la modalidad de acción positiva de objetivos como la contenida en el Código Unificado de Buen Gobierno elaborado por la Comisión Nacional de Valores.

¹⁶ El art. 190 de la LSA es el que establece las “sociedades” que podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, por lo que a sensu contrario, son sociedades obligadas a presentarla de forma no abreviada y, por tanto destinatarias de este artículo 75 LOI:

1). Las sociedades cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier estado miembro de la Unión europea (art. 190.4 LSA).

2) Las sociedades que durante “el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión” (art. 190.1 LSA) o en, otro caso durante dos ejercicios consecutivos (art. 190.2 LSA), no reúnan al menos dos de las circunstancias siguientes:

a) Que el total de las partidas de activo no supere los mil quinientos millones de pesetas (9.483.793 euros).

terísticas, para ello recordemos que las medidas de acción positiva que establecen “cuotas”, deben:

1. ser establecidas por Ley (nuestra Ley Orgánica de Igualdad);
2. en un sector social determinado (miembros de los consejos de administración de las empresas de cierto tamaño) donde exista discriminación (la participación en los mismos entorno al 4.1 % en agosto de 2005 de las mujeres refleja dicha discriminación);
3. por un plazo de tiempo(ocho años);
4. no tienen carácter automático (a medida que se produzcan los ceses de los consejeros nombrados con anterioridad al 24 de marzo de 2007, fecha de entrada en vigor de la LOI, y a lo largo de ocho años);
5. ni tampoco rígido (el resultado que se procurará alcanzar consiste en que la presencia de cualquiera de los dos sexos en el conjunto no puede ser superior al sesenta por ciento ni inferior al cuarenta por ciento, y además tan sólo se procurará).

Por tanto, dicha medida se configura no como una obligación legal sino como una suerte de recomendación dentro de las medidas de igualdad en el marco de la responsabilidad social de las empresas (“*procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres...*”) a fin de que las empresas grandes de nuestro país busquen una composición equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración. No obstante la adopción facultativa de esta medida se ha reforzado por parte del legislador incentivando su asunción por parte de las empresas con algunas ventajas adicionales de carácter económico (publicidad de las acciones, art. 74 de la LOI, posible criterio, entre otros para la concesión del distintivo en materia de igualdad, etc...). Con ello, el legislador, si bien no ha dotado de imperatividad en sentido jurídico a la medida—en tanto no deja de ser una recomendación— sí, ha generado una necesidad económica de cumplir con tal medida (y otras) a todas aquellas empresas que deseen acceder a esas ventajas.

La materialización de dicha medida en los nombramientos de mujeres en los consejos de administración debe también cumplir una última exigencia de constitucionalidad (art. 14 CE) que, aunque no se ha incorporado al articulado de la LOI, si se ha recogido en su Exposición de Motivos, en la que queda refle-

b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los tres mil ciento sesenta millones de pesetas (18.967.587 euros)

c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.

jado que la finalidad de la medida no obsta para que el criterio que prevalezca en la incorporación al consejo de administración sea el talento y el rendimiento profesional, para que el proceso esté presidido por el criterio de imparcialidad, el sexo no debe constituir un obstáculo como factor de elección¹⁷.

Para completar los requisitos de las acciones positivas en materia de igualdad el art. 73 de la LOI señala que podrán concertarse con la representación del personal, o en todo caso se les informará.

4. LA COMPOSICIÓN PARITARIA EN LAS CAJAS DE AHORROS

4.1. Previsión general

En el contexto reseñado, y a pesar de la dicción literal del art. 75 LOI, lógicamente la medida de acción positiva ha de referirse no solo a las “sociedades mercantiles” y a los “consejos de administración”. Sino aplicarse también extensivamente—so pena de caer en una absurda reducción— a todas las personas jurídicas que actúen o se encuentren en territorio español en términos del propio artículo 2, apartado 2 de la LOI¹⁸; entre las que se incluyen las Cajas de Ahorros¹⁹. Por consiguiente, los nombramientos afectados por la recomendación de composición paritaria del art. 75 de la LOI no solo lo serían, los de los miembros de los consejos de administración, sino también, en consonancia con la interpretación extensiva realizada, los miembros del más genérico órgano general de administración (se llame consejo de administración o no) de las personas jurídicas. Sin que quepa por aplicación de la LOI ampliar esta concreta medida en los términos señalados a otros órganos o cargos de administración y/o dirección²⁰.

Por tanto, en el supuesto concreto de las Cajas de Ahorros la recomendación de paridad afectaría en los términos antedichos a la composición de los Órganos de Gobierno, regulados en la normativa estatal mediante Ley 31/85, de 2 de agosto

¹⁷ En el mismo sentido el informe del CES al Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad. La existencia de porcentajes o cuotas prefijadas resulta incompatible con dichos criterios o principios, por lo que el CES considera que no puede hacerse prevalecer la consideración del sexo sobre el criterio de la capacidad y el interés general o el específico de competitividad de las empresas”.

¹⁸ Por analogía, este precepto para las obligaciones derivadas de la LOI señala que serán de aplicación a todas las personas físicas o jurídicas que se encuentren o actúen en territorio español; si bien hemos de recordar que no estamos ante una obligación sino ante una recomendación.

¹⁹ y también y otras Fundaciones con (actividad económica, o las cooperativas, agrarias, de crédito, de viviendas, etc.)

²⁰AAVV: *Comentarios a la Ley de Igualdad*, CISS, Valencia, 2007, págs. 539 a 545.

sobre Órganos Rectores, esta normativa se completa por lo que a las Cajas de Ahorros andaluzas se refiere por la Ley andaluza de Cajas de Ahorros de 15/1999, de 16 de diciembre. Así pues, convendría la adaptación de ambas normas, estatal y autonómica, a la Ley de Igualdad. En relación a la norma andaluza (15/1999, de 16 de diciembre), en el epígrafe 6 del presente estudio se abordan propuestas para su modificación (véase el apartado 6), en la materia que nos ocupa.

Por lo que respecta a las Entidades andaluzas y para el caso de que individualizadamente se asuma esta recomendación de composición paritaria, afectará a la composición de la Asamblea General, Consejo de Administración y su Comisión Ejecutiva y también a la Comisión de Control. Hemos de hacer una precisión respecto a la Comisión Ejecutiva ya que si nos atenemos a su denominación, las comisiones ejecutivas son normalmente órganos de gestión y no de gobierno. Pero en el caso de las Cajas de ahorros en general y las andaluzas en particular parece razonable que la Comisión Ejecutiva sea considerada un órgano de gobierno conforme a su caracterización y composición tanto en la norma estatal (Ley 31/85) como autonómica (Ley 15/99), al estar compuesta por los mismos grupos que integran cada uno de los Órganos de Gobierno.

Únicamente quedaría fuera del ámbito de aplicación del art. 75 de la LOI la figura del Director General regulada también en la normativa aludida, designado, por los criterios de capacidad, experiencia y profesionalidad reflejados en la misma.

Una última precisión importante, la medida concreta, es decir, la concreta recomendación de paridad del art. 75 de la LOI, en los términos analizados, no es extensible a los órganos de dirección de las empresas (Cajas de Ahorros), si bien ello no significa que dichos órganos de dirección (así como el resto de los grupos profesionales de la empresa) estén, como es lógico, al margen de dicho principio de presencia equilibrada a los que les alcanza también por aplicación de la LOI, pero de modo diferente al de los Órganos de Gobierno. Como resulta obvio, por aplicación de la LOI se ha de promover también la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección, y en todos los grupos profesionales donde cualquiera de los dos sexos se encuentre escasamente representado. Si bien para cumplir este objetivo (ya no es un resultado, es un objetivo) respecto a los órganos de dirección, cargos directivos y de responsabilidad (u otras categorías) no se establece plazo, ni términos concretos para su realización. Por tanto, existe un matiz a tener en consideración, para entenderse promovida la presencia equilibrada respecto a estos últimos (órganos de dirección, puestos directivos y de responsabilidad) bastaría con el hecho de aumentar o progresar paulatinamente en la cifra de presencia femenina respecto a la situación de partida.

Ahora bien, para la concesión del distintivo de igualdad establecido en el art. 50 de la LOI se tendrá en cuenta también, entre otros criterios, el principio de presencia equilibrada de mujeres en los órganos de dirección.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza la Ley 12/2007 para la promoción de la Igualdad de Género en Andalucía ha creado una marca de excelencia en igualdad para las Entidades comprometidas con la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 35). Para su concesión se toma en consideración tanto la equilibrada representación de hombres y mujeres en todos los grupos profesionales, entre los que se incluyen puestos directivos, de responsabilidad y mandos intermedios; como la implementación de actuaciones de responsabilidad social en materia de igualdad, entre las que se encuentra la promoción de la composición paritaria de los órganos de gobierno en las Entidades.

4.2. Plazo de implantación

Siguiendo el esquema prefijado por el artículo 75 de la LOI la implantación de la composición paritaria no tiene un carácter automático sino que se difiere a un momento posterior que se concretará conforme a las reglas temporales existentes en cada empresa para la renovación de los consejos de administración “... *para los nombramientos que se realicen a medida que venza el mandato de los consejeros designados antes de la entrada en vigor de la Ley*”.

Traduciendo esta disposición al ámbito de las Cajas de Ahorros podría entenderse que se está difiriendo la implantación del principio de composición paritaria al momento en que se produzca la primera renovación parcial de los Órganos de Gobierno, comenzando por la Asamblea General y siguiendo por los restantes Órganos (Consejo de Administración, Comisión Ejecutiva y Comisión de Control).

4.3. Previsiones en la Ley andaluza de Igualdad

Como cabe esperar, La Ley 12/2007, 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía²¹, aporta pocas novedades en este particular frente a la LOI, y dentro del ámbito de sus competencias. Veamos. La Ley de igualdad andaluza resulta aplicable a las personas físicas y jurídicas en todo el territorio de Andalucía y por tanto a las Cajas de Ahorros andaluzas. Esta Ley define el principio de representación equilibrada (equivalente al de composición paritaria o presencia equilibrada)²², si bien no contiene referencias especí-

²¹ (BOJA 18 de diciembre de 2007).

²² Art. 3. Definiciones. 3. Se entiende por representación equilibrada aquella situación que garantice la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto de personas a que se refiera, cada sexo ni supere el sesenta por ciento ni sea menos del cuarenta por ciento.

ficas a la composición paritaria de los órganos de gobierno, ni de los consejos de administración de las empresas. Sus referencias a la presencia equilibrada de mujeres y hombres alcanzan a los órganos de representación y de toma de decisiones²³ sin especificar cuáles (en esta categoría podrían entenderse incluidos los Órganos de Gobierno de las Cajas de Ahorro); a los órganos directivos y colegiados de la Administración de la Junta de Andalucía²⁴; a los órganos directivos de las empresas²⁵; a las organizaciones empresariales²⁶ y a las organizaciones sindicales. La Ley andaluza de Igualdad es más prolija en medidas de este tipo para el sector público que para el privado.

Contiene también la Ley andaluza (de Igualdad) referencias a las actuaciones de responsabilidad social que las empresas pueden adoptar en materia de igualdad (a través de medidas económicas, comerciales y laborales). Y al impulso que recibirán dichas actuaciones de los poderes públicos. En dicha Ley se hace expresa referencia a la *marca de excelencia en igualdad* estableciendo entre los criterios para su concesión la *implementación de actuaciones de responsabilidad social en materia de igualdad de oportunidades*²⁷. Entre dichas actuaciones cabe suponer encajan medidas como las que estamos analizando y por tanto es esperable la concesión de la marca de excelencia a las

²³ Artículo 4. Principios generales. 8. El fomento de la participación o composición equilibrada de mujeres y hombres en los distintos órganos de representación y de toma de decisiones, así como en las candidaturas a las elecciones del Parlamento de Andalucía.

²⁴ Art. 11. Representación equilibrada de los órganos directivos y colegiados. Se garantizará la representación equilibrada de hombres y mujeres en el nombramiento de titulares de órganos directivos de la Administración de la Junta de Andalucía cuya designación corresponda al Consejo de Gobierno

²⁵ Art. 27. *Planes de igualdad y presencia equilibrada en el sector empresarial*

2. Las empresas procurarán la presencia equilibrada de mujeres y hombres en sus órganos de dirección.

²⁶ Art. 27. 3. Las organizaciones empresariales procurarán la presencia equilibrada de mujeres y hombres en sus órganos de dirección.

²⁷ Art. 34. *Actuaciones de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad.*

1. Sin perjuicio de la normas en materia de empleo recogidas en el presente título, las empresas podrán asumir, en virtud de acuerdos, con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, instituciones, organismos y asociaciones para la igualdad de género, actuaciones de responsabilidad social, a través de medidas económicas, comerciales, laborales, asistenciales o de otra índole, con la finalidad de mejorar la situación de igualdad entre mujeres y hombres en la empresa.

2. Los poderes públicos de Andalucía impulsarán medidas para fomentar el desarrollo de actuaciones de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad de género.

ART.35. *Marca de excelencia en igualdad*

g) la implementación de actuaciones de responsabilidad social en materia de igualdad de oportunidades.

empresas (Cajas de Ahorros) que asuman acciones (además de otras²⁸) de promoción de la composición paritaria de sus órganos de gobierno en los términos analizados, establecidos por el art. 75 de la LOI.

Además, la Ley andaluza de Igualdad asocia numerosas ventajas para las empresas a la concesión de dicha marca de excelencia en igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Por ejemplo en la contratación pública (art.12) existirá preferencia en la adjudicación de los contratos para aquellas proposiciones presentadas por empresas que en el momento de acreditar su solvencia técnica estén en posesión de la marca de excelencia andaluza en igualdad de oportunidades.

5. CRITERIOS GENERALES PARA LA ADAPTACIÓN DE LA LEY ANDALUZA DE CAJAS DE AHORROS

Los criterios para adaptar la Ley andaluza de Cajas de Ahorros a la recomendación de paridad recogida por la Ley Orgánica de igualdad (art. 75) vienen determinados:

En primer lugar, por los requisitos y límites señalados en los epígrafes precedentes para esta medida en la propia LOI, en el Derecho comunitario (incluida la Doctrina del TJCE) y en nuestra Constitución.

En segundo lugar, por la caracterización y composición dada a los Órganos Rectores por la normativa básica de la Cajas de Ahorros, principalmente la Ley 13/85, de 2 de agosto. La materialización del principio de composición paritaria habrá de realizarse en los términos siguientes. Se tomará en cuenta que la composición de los Órganos de Gobierno de las Cajas de Ahorros, está predeterminada por cuotas porcentuales asignadas (por Ley o Estatutos) a cada uno de los grupos o colectivos que los integran (Corporaciones Municipales, Impositores, Empleados, Entidades fundadoras, etc.), prevaleciendo en las designación de la mayoría de sus miembros reglas de proporcionalidad, y siendo bastante escaso el número de personas en que prima el criterio de la profesionalidad y experiencia en su designación. Por ser poco numeroso este grupo de consejeros que provienen del ámbito profesional parece razonable destacar respecto a ellos que el sexo no deba constituir un obstáculo como factor de elección.

Hechas estas salvedades, los criterios generales para la adaptación de la Ley andaluza de Cajas de Ahorros a la LOI serían los siguientes:

²⁸ Empresas que realicen plan de igualdad, promuevan la composición paritaria de los órganos de dirección, etc..

1. Reflejar en la exposición de motivos el objetivo general de composición paritaria y sus límites con carácter.
2. Reflejar en el articulado el objetivo general de composición paritaria de los Órganos de Gobierno²⁹.
3. Reflejar en el articulado el concepto de composición paritaria.
4. Establecer en la Ley criterios específicos comunes a todos los órganos de gobierno en la implantación del objetivo de paridad, tales como los siguientes:
 - a. Promover la paridad desde los grupos integrantes de los Órganos de Gobierno y en la proporción de presencia que a cada uno de estos grupos corresponda.
 - b. Excluir del cómputo a quienes ocupan cargos (Presidente, Vicepresidente, etc).
 - c. Dar primacía a la profesionalidad y experiencia frente al sexo para la designación de vocales del Consejo de Administración que no sean Consejeros Generales.
5. Señalar con carácter general un plazo razonable para su consecución.
6. Reflejar también el objetivo de composición paritaria individualizada para cada uno de los Órganos de Gobierno, conforme al alcance dado a dicho objetivo con carácter general.

6. RECOMENDACIONES

Con o sin modificación previa de la Ley andaluza de Cajas de Ahorros, las Cajas andaluzas procurarán, en el marco de la LOI vigente desde 24 de marzo de 2007, a partir de las próximas renovaciones parciales de sus Órganos de

²⁹ Se sugiere la inserción en el articulado de la Ley andaluza de Cajas de Ahorros un artículo 45 bis: “Composición paritaria de los Órganos de Gobierno.

Las Cajas de Ahorros andaluzas asumen el objetivo de procura en la medida de lo posible, la composición paritaria de sus Órganos de Gobierno en el plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor del presente artículo. Se entenderá por composición paritaria conseguir una presencia de mujeres y hombres en los Órganos de Gobierno tal que en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento. Tomándose en consideración con carácter general para alcanzar la mencionada paridad los siguientes criterios comunes para todos los Órganos de Gobierno:

a) Del cómputo se excluirán aquellas personas que formen parte de los Órganos de Gobierno en función del cargo específico que desempeñan.

b) Cada organización, institución, entidad, o grupo a la que corresponda la designación o propuesta, procurará facilitar la composición de género que permita la representación equilibrada.”

Gobierno la progresiva implantación del principio de composición paritaria. Los criterios para materializar la recomendación de paridad en cada una de las Cajas de Ahorros (Andaluzas) vendrán determinados, como se ha dicho:

En primer lugar, por los requisitos y límites señalados para esta medida en la propia LOI (art. 75), el Derecho comunitario (incluida la Doctrina del TJCE) y en nuestra Constitución analizados en el epígrafe 2 del presente trabajo.

En segundo lugar, por la caracterización y composición dada a los Órganos Rectores por la propia normativa básica de la Cajas de Ahorros, principalmente la Ley 13/85, de 2 de agosto, y también por la normativa andaluza de Cajas de Ahorros, Ley 15/1999, de 16 de diciembre, anteriormente señalados.

En tercer y último lugar, por las características y composición dadas a sus Órganos de Gobierno en los Estatutos de cada una de las Entidades en aplicación de la normativa estatal y autonómica.

Sería recomendable, por tato, una modificación estatutaria en cada una de las Entidades que vaya a asumir la implantación del principio de composición paritaria preferiblemente con carácter previo a las renovaciones parciales de consejeros generales pero, por supuesto, también podría a hacerse con posterioridad si dichas renovaciones se encuentran muy próximas en el tiempo. En dicha modificación estatutaria se incluirá expresamente y se articulará el nuevo criterio de composición paritaria en la designación y composición de sus Órganos de Gobierno.

A continuación se expondrán unas pautas generales a modo de recomendación a las Entidades para la modificación de sus Estatutos en el sentido aludido. Dichas recomendaciones son de carácter mínimo, al tratarse la asunción la composición paritaria en la elección de los Órganos de Gobierno de una medida de carácter voluntario. Sugerimos en nuestra propuesta de modificación estatutaria que se adopte un modelo de acción positiva a medio camino (podríamos decir mixto) entre la consecución de un objetivo de paridad y la consecución de un resultado o “cuota” de paridad en los términos enunciados y por las razones dadas en los apartados precedentes del presente estudio (la frontera entre ambos se encuentra reflejada en las precisiones hechas en los apartados 2 y 3). Hecha esta importante salvedad, los criterios generales para la implantación en la composición paritaria en los Estatutos de las Cajas de Ahorros andaluzas serían los siguientes:

1. Reflejar estatutariamente el objetivo general consistente en procurar la composición paritaria de los Órganos de Gobierno, y definir su alcance³⁰.

³⁰ Introducir en los Estatutos de las Entidades el objetivo general de composición paritaria de los Órganos de Gobierno, en términos como los que se reseñan a continuación: “*Composición paritaria de los Órganos de Gobierno. La Entidad asume el objetivo de procurar, en la medida*

2. Señalar con carácter general un plazo de ocho años para su consecución³¹.
3. Reflejar también el objetivo de composición paritaria individualizada para cada uno de los Órganos de Gobierno, conforme al alcance dado a dicho objetivo con carácter general.
4. Establecer criterios específicos para lograr su implantación, tales como los siguientes:
 - a. Promover la paridad desde los grupos integrantes de los Órganos de Gobierno y en la proporción que a cada uno de estos grupos corresponda.
 - b. Excluir del cómputo a quienes ocupan cargos (Presidente, Vicepresidente, etc).
 - c. Dar primacía a la profesionalidad y experiencia frente al sexo para la designación de vocales del Consejo de Administración que no sean Consejeros Generales.
 - d. Iniciar la implantación de la composición paritaria a partir de la primera renovación parcial de cada uno de los Órganos de Gobierno.

de lo posible, la composición paritaria de sus Órganos de Gobierno en el plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor del presente artículo. Se entenderá por composición paritaria conseguir una presencia de mujeres y hombres en los Órganos de Gobierno tal que en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento. Tomándose en consideración con carácter general para alcanzar la mencionada paridad los siguientes criterios comunes para todos los Órganos de Gobierno:

a) Del cómputo se excluirán aquellas personas que formen parte de los órganos de gobierno en función del cargo específico que desempeñan.

b) Cada organización, institución, entidad, o grupo a la que corresponda la designación o propuesta, procurará facilitar la composición de género que permita la representación equilibrada”.

³¹ El plazo dependerá del ritmo que quiera dar cada Entidad a la medida, no menos de ocho años, de los cuales ya han transcurrido uno y medio.

EL ESTATUTO DEL PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN: FINES Y MEDIOS*

JOSÉ MANUEL GÁMEZ JIMÉNEZ

Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

“El Derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca”

R. Von Ihering²

EXTRACTO

Palabras Clave: Personal Investigador

Toda norma jurídica nace con una determinada teleología y, en este sentido, el Estatuto del Personal Investigador en Formación persigue –en esencia– dos fines jurídico–laborales: en primer lugar, dispensar protección sociolaboral al colectivo de investigadores predoctorales en régimen de beca y, en segundo término, encuadrar bajo una relación laboral “común” a aquellos beneficiarios de una ayuda a la investigación que cumplan una serie de requisitos temporales y/o académicos.

Sin embargo, cuando el citado reglamento realiza una remisión normativa en bloque al Derecho del Trabajo “común”, los fines sociolaborales de la norma colisionan con los medios jurídicos preexistentes. En esta tesitura pueden hallarse pautas jurídicas a seguir como norte hermenéutico, si bien, resulta vital una futura intervención normativa que depure imperfecciones jurídicas, ya sea manteniendo la línea continuista de encaje en una relación laboral “común” o, en su defecto, a través de una regulación laboral especial.

ABSTRACT

Key Words: Research trainees

All judicial laws are born under a teleological aspect, and in this sense, the new statute adopted for research trainees has –in essence– two targets: judicial and labour. At first, to grant socio-labour protection to those pre-doctoral researchers with a scholarship; and secondly place under a “common” labour relation those beneficiaries that receive grants for research and that fulfil a series of requisites considering timing and their academic background or career. But when the law is revised in terms of “common” labour law rights those socio-labour aspects, such as regulation which interfere with the previous judicial measures. In this sense, some judicial rules are to be followed hermeneutically, and a future regulatory intervention correcting the judicial errors may take place either as being a continuation of common labour relations or through a special labour relation.

* El presente trabajo se enmarca dentro del grupo de investigación “*Políticas territoriales de empleo, mercado de trabajo y derecho a la inserción*”.

¹ *La lucha por el derecho*, Trad. A. Posada y Biesca, Prólogo de L. ALAS, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1881.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL SENTIDO DE LA NORMA
3. RELACIÓN BILATERAL Y RELACIÓN TRIANGULAR
 - 3.1. En régimen de beca
 - 3.2. En régimen de contrato de trabajo
4. EL OBJETO DE LA NORMA Y SU PROYECCIÓN PRÁCTICA
 - 4.1. Los programas de ayuda a la investigación
 - 4.2. La actividad docente del personal investigador en formación
 - 4.3. El registro general de programas de ayuda a la investigación
 - 4.4. Derechos del personal investigador en formación
 - 4.5. Deberes del personal investigador en formación
 - 4.6. Obligaciones del organismo de adscripción
5. LA RELACIÓN LABORAL DE LOS INVESTIGADORES PREDOCTORALES
 - 5.1. Consideraciones generales
 - 5.2. La obligación de formalizar un contrato de trabajo
 - 5.3. Duración del contrato
 - 5.4. Retribución salarial
 - 5.5. Extinción contractual
6. EL RÉGIMEN JURÍDICO-LABORAL DE LOS INVESTIGADORES POSTDOCTORALES
 - 6.1. Aproximación preliminar
 - 6.2. Contrato “común” de obra o servicio determinado
 - 6.3. Contrato para la realización de un proyecto específico de investigación
 - 6.4. Contrato para la incorporación de investigadores al sistema español de ciencia y tecnología
7. EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL DEL PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN
 - 7.1. Caracterización jurídico-positiva
 - 7.2. Investigador predoctoral en régimen de beca
 - 7.3. Bonificación en la cotización
8. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

De todos es sabido que el Derecho evoluciona, cambia y, en no pocas ocasiones, sufre giros de ciento ochenta grados en relación a la regulación jurídica precedente. Pues bien, el Estatuto del Personal Investigador en Formación constituye un ejemplo gráfico de cómo una tradición positiva y jurisprudencial, forjada a fuego durante décadas, puede quedar en agua de borrajas con la entrada en vigor de un reglamento administrativo inspirado en una pléyade de variables jurídicas y metajurídicas².

² RD 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador en Formación, BOE de 3 de febrero de 2006, (en adelante, EPIF). La jurisprudencia, tradicionalmente, había negado la existencia de vínculo laboral entre el investigador y el organismo de

En nuestro país, desde antaño, el Derecho positivo y la *praxis* jurisprudencial habían negado la existencia de relación laboral entre los denominados “becarios de investigación” y el organismo de adscripción. Sin embargo, con la entrada en vigor del EPIF se produce una ruptura de la tradición jurídica anterior en un momento histórico marcado por una corriente de pensamiento neoliberal y un debilitamiento progresivo y subversivo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social³.

En este contexto, el EPIF a través de dos simples operaciones jurídicas logra insertar sus fines sociolaborales en el ordenamiento jurídico preexistente, a saber: por un lado, obliga a las entidades convocantes y organismos de adscripción a entablar una relación laboral con aquéllos investigadores que cumplan una serie de requisitos temporales y/o académicos. Y, por otro lado, amplía el ámbito subjetivo de la Seguridad Social con la inclusión de este colectivo en el Régimen General de la Seguridad Social (en adelante, RGSS)⁴.

En definitiva, la entrada en vigor del EPIF ha supuesto, en primer lugar, un avance pionero en el reconocimiento de derechos sociolaborales básicos a este colectivo y, en segundo término, una aproximación de nuestro Ordenamiento Jurídico a la regulación jurídico-laboral existente en varios países europeos⁵.

adscripción (SSTS, sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de diciembre de 2001, 28 de junio de 2005 y 18 de noviembre de 2005). I. Alzaga Ruiz, “*El nuevo régimen jurídico del personal investigador en formación*”, *Actualidad Laboral*, nº 18, 2006, pp. 2168-2169.

³ Para una muestra de distintos supuestos sociolaborales dónde una norma de rango legal o administrativo rompe una consolidada línea jurisprudencial, A. Desdentado Bonete, *Problemas de la jurisprudencia en el orden social: vinculación, cambio, conflictos jurisprudenciales y relaciones con la ley*, dentro de la obra colectiva, *La fuerza vinculante de la Jurisprudencia*, Dir. J. Samper Juen, Estudios de Derecho Judicial, 34-2001, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 441 y ss.

⁴ Para obtener una visión de los criterios tradicionales utilizados para configurar una relación de beca frente a una relación laboral, S. González Ortega / J. M. Moreno Díaz, “*La beca como instrumento de inserción en el mercado laboral*”, *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, nº 4, 2001, pp. 177 y ss. En relación a la histórica ampliación del ámbito subjetivo de la Seguridad Social, A. Perpiñá Rodríguez, *Sociología de la Seguridad Social*, Confederación Española de Cajas de Ahorro, Madrid, 1972, pp. 151 y ss. El EPIF se enmarca dentro de la tendencia expansiva del sistema de Seguridad Social, caracterizada – entre otros factores – por otorgar protección sociolaboral a colectivos que originariamente se encontraban al margen del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, A. de la Puebla Pinilla, “*La nueva relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos individuales o colectivos*”, *Relaciones Laborales*, nº 4, 2006, pp. 59 y ss.

⁵ Con anterioridad a la entrada en vigor del EPIF existían opiniones que abogaban por la necesidad de instrumentalizar una relación laboral entre los becarios de investigación y los organismos de adscripción, J. Moreno Gené, “*El personal investigador en formación ¿becarios o trabajadores?*”, *Temas Laborales*, nº 78, 2005, pp. 95 y ss. J. Luján Alcaráz, “*A propósito del Estatuto del becario de investigación*”, *Aranzadi Social* 1/2004, pp. 9 y ss. En este sentido, nótese que la interpretación doctrinal puede ser entendida como una “*recomendación*” dirigida a los poderes públicos, R. Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, UNAM, México, Porrúa, 2002, pp. 19 y ss.

A lo largo de estas páginas se expondrá un análisis jurídico-crítico de este novedoso, polémico y, a la vez, ansiado Estatuto del Personal Investigador en Formación. No sin antes señalar que esta norma no es un fin en sí misma, sino que constituye el referente normativo de un movimiento reivindicativo que demanda la aplicación del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a este colectivo, como si de trabajadores por cuenta ajena se tratara, esto es, desde el primer día de incorporación al organismo de adscripción⁶.

2. EL SENTIDO DE LA NORMA

A lo largo de la historia las instituciones públicas y la iniciativa privada han desempeñado una labor esencial en el desarrollo de la ciencia. Con el transcurso del tiempo ha ido mejorando paulatinamente la infraestructura científico-tecnológica de nuestro país y, asimismo, de forma paralela a esta progresión técnica, han ido mejorando gradualmente las condiciones socioeconómicas y sociolaborales del personal investigador, en general, y el de formación, en particular⁷.

Hoy día, en los albores del siglo XXI, las implicaciones de la denominada “sociedad y economía del conocimiento”, las iniciativas comunitarias tendentes a construir un “espacio europeo de investigación” y el paradigma de los modelos nacionales de investigación adoptados en varios países europeos, se han erigido como factores determinantes para que el ejecutivo español elaborara el EPIF con un doble y decisivo propósito: en primer lugar, cumplir con los compromisos electorales suscritos años atrás y, en segundo término, apaciguar un hervidero de protestas y movilizaciones colectivas⁸.

⁶ J. Moreno Gené, “*El nuevo estatuto del personal investigador en formación: la combinación de beca de investigación y contratación laboral*”, RTSS, CEF, nº 277, 2006, p. 76. Sin embargo, hay que tener en cuenta que hoy por hoy nuestro ordenamiento jurídico está desprovisto de recursos contractuales para cumplir “íntegramente” un mandato programático de esta naturaleza. Sobre la ausencia de una regulación adecuada a las especificidades del personal investigador en formación, R. Morón Prieto, “*El Estatuto del Personal Investigador en Formación: otro tímido paso en la asimilación de las becas formativas al régimen laboral*”, Relaciones Laborales, nº 19, 2006, p. 48 *in fine*.

⁷ Sobre las dificultades socioeconómicas que tradicionalmente han sacudido a los titulados universitarios que optan por dedicarse a la investigación, M. Weber, *El político y el científico*, Alianza Editorial, 1ª Ed. – 14ª Reimp., Madrid, 1994, pp. 181 y ss. A modo de reseña histórica, nótese que en plena época franquista los poderes públicos únicamente debían dotar a los investigadores con “*medios decorosos de subsistencia*”, M. Lora Tamayo, separata de la segunda edición de la obra *El nuevo estado español*, que lleva por título *La investigación científica*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 11 y ss.

⁸ Informe elaborado por la Federación de Jóvenes Investigadores, “*La situación en España de los Investigadores en Fase inicial: un estudio comparativo con respecto a Europa*”, 2003,

El EPIF, como reglamento administrativo de carácter estatal, extiende el ámbito subjetivo del ordenamiento sociolaboral al colectivo de investigadores en formación. Esta extensión normativa está legitimada jurídicamente en todo momento, ya que no existe ninguna norma laboral o de seguridad social que excluya de su ámbito de aplicación al personal investigador en formación. Por tanto, puede afirmarse – sin temor a errar – que el EPIF respeta en todo momento el principio de reserva de ley⁹.

La naturaleza jurídica del EPIF es la de reglamento complementario de la Ley, lo que la doctrina alemana ha denominado “*gesetzergänzenden veordnungen*”, esto es, la norma emanada del poder ejecutivo que hace extensiva una ordenación jurídica de naturaleza legal a una determinada realidad social, que carece de un pronunciamiento normativo previo en la materia¹⁰.

A pesar de las especialidades jurídico–laborales que presenta la actividad del personal investigador en formación, el EPIF se remite en bloque al Derecho del Trabajo “común”. Y, a su vez, al Derecho de la Seguridad Social, si bien, como excepción en esta materia, el EPIF recoge expresamente unas reglas especiales directamente aplicables al personal investigador en formación con régimen de beca predoctoral (disp. adic. 1ª EPIF).

Como es sabido, en nuestro país, históricamente, no ha existido ninguna norma legal o reglamentaria que abordara en su conjunto el régimen jurídico del personal investigador en formación. Con esta rémora a las espaldas, el régimen jurídico aplicable se ceñía a la convocatoria de las correspondientes ayudas a la investigación y, en su caso, a las normas estatutarias del organismo de adscripción.

Esta casuística situación se perpetúa durante décadas hasta la entrada en vigor del Estatuto del Becario de Investigación (en adelante, EBI), una norma regla-

pudiendo accederse al mismo a través de la siguiente dirección (www.precarios.org/docs.php3). En relación a la influencia de los ordenamientos jurídicos extranjeros y supraestatales sobre el derecho nacional, B. Markesinis, *Il metodo della comparazione*, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 191 y ss. Véase, por último, el *Programa Electoral del PSOE para las elecciones generales de 2004*, p. 186.

⁹ R. García Macho, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, 1ª Ed., pp. 167 y ss.

¹⁰ J. Ma. Baño León, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1ª Ed., 1991, pp. 24 y ss. En general, sobre las normas jurídicas de carácter remitivo K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, (Trad. M. Rodríguez Molinero), Ariel Derecho, Barcelona, 1994, pp. 253 y ss. Las remisiones que se realizan en el EPIF hacia el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social son de carácter “externo” y “dinámico”, al remitirse a un conjunto normativo que se encuentra fuera de la norma remitente y se halla, además, en continuo movimiento o transformación, M. Carbonell / S. T. Pedroza de la Llave (Coords.), *Elementos de técnica legislativa*, UNAM, México, 2000, pp. 215 y ss.

mentaria que aspira a establecer por vez primera en nuestro Derecho una regulación general en la materia. Ahora bien, la eficacia real del EBI estuvo siempre en entredicho: su aplicación dependía de que el programa de ayudas a la investigación estuviera inscrito en un Registro *ad hoc* y, sin embargo, la inscripción tenía un carácter potestativo que propició la desprotección sociolaboral de los becarios integrados en programas de ayudas no inscritos en el citado Registro¹¹.

En medio de este clima oscilante la situación se agravó por momentos. De forma asimétrica y “voluntarista” diversas Comunidades Autónomas establecieron convocatorias públicas de ayudas a la investigación, dónde combinaban un período inicial de beca sin cotización a la seguridad social con un período final dónde se obligaba a instrumentalizar una relación laboral entre el becario y el organismo de adscripción¹².

Pues bien, con el propósito de ofrecer un marco jurídico de referencia y eliminar esta atmósfera de crispación e inseguridad jurídico-laboral, finalmente, logra elaborarse el EPIF, siguiendo el procedimiento establecido en el art. 24 de la Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre) y de acuerdo con la habilitación constitucional que tiene el Estado para regular cuestiones tales como el fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica (art. 149.1.15ª CE), propiedad intelectual e industrial (art. 149.1.9ª CE), legislación laboral (art. 149.1.7ª CE) y, por último, legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17ª CE)¹³.

3. RELACIÓN BILATERAL Y RELACIÓN TRIANGULAR

La relación jurídica del personal investigador en formación nace con la concesión y posterior aceptación de una ayuda a la investigación comprendida

¹¹ RD 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Becario de Investigación, BOE 3 de noviembre de 2003. Con anterioridad a la entrada en vigor del EPIF, J. Moreno Gené, “*El Estatuto del Becario de Investigación: la inclusión de los becarios de investigación en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena*”, RTSS, CEF, n° 250, 2004, pp. 3 y ss. O. Fernández Márquez, “*Nuevas normas sobre los becarios y el personal sanitario residente: otra ocasión para la reflexión sobre el trabajo formativo*”, Temas Laborales, n° 74, 2004, pp. 11 y ss. Para una crítica sagaz al respecto, I. García Ninet, “*Sobre el presunto estatuto del becario de investigación*”, Tribuna Social, n° 155, 2003, pp. 5 y ss.

¹² J. Moreno Gené, “*La contratación laboral del personal investigador en formación: contrato en prácticas versus contrato de obra o servicio determinado*”, RTSS, CEF, n° 262, 2005, pp. 91 y ss.

¹³ J. Moreno Gené, “*El nuevo Estatuto del Personal Investigador en Formación: la combinación de beca de investigación y contratación laboral*”, *op. y loc. cit.*, pp. 41 y ss. Asimismo, Dictamen del Consejo de Estado n° 2147/2005, aprobado el 12 de enero de 2006.

dentro del ámbito de aplicación del EPIF. A partir de ese momento surgirán multitud de derechos y deberes para los sujetos intervinientes y vinculados entre sí de acuerdo con un régimen jurídico interdisciplinar que varía básicamente en función de dos factores: el vínculo jurídico (beca o contrato de trabajo) y el número de sujetos intervinientes (relación bilateral o triangular)¹⁴.

Sobre este último factor, adviértase desde este preciso instante que la distinción entre relación bilateral y relación triangular lleva aparejada innumerables consecuencias jurídicas y económicas. En una relación bilateral el beneficiario de la ayuda desarrollará un trabajo de investigación y prestará sus servicios en la propia entidad convocante que es al mismo tiempo un organismo de investigación, existiendo por tanto únicamente dos sujetos en esta relación jurídica (entidad convocante – beneficiario de las ayudas). Y, por otro lado, en una relación triangular el beneficiario de la ayuda desarrollará su trabajo y prestará sus servicios en un organismo de adscripción distinto a la entidad convocante, existiendo por tanto tres sujetos en esta relación jurídica (entidad convocante – beneficiario de las ayudas – organismo de adscripción). En consecuencia, el carácter bilateral o triangular de la relación jurídica del personal investigador en formación dependerá de que la entidad convocante de las ayudas sea al mismo tiempo (o no) un organismo de investigación¹⁵.

La razón que sustenta este régimen jurídico bicéfalo (bilateral y triangular) es puramente económica. Los organismos de investigación por sí solos y con sus limitados presupuestos económicos son incapaces de financiar y gestionar íntegramente el colectivo de investigadores en formación, siendo necesaria la intervención adicional de terceros sujetos (públicos y privados) que financien las ayudas a la investigación en régimen triangular. Por tanto, las relaciones bilaterales y triangulares en el ámbito del personal investigador en formación son forzosamente compatibles, sin embargo, nótese que la intervención de los poderes públicos deriva de una exigencia constitucional (art. 44.2 CE), mientras que la intervención de los sujetos privados depende únicamente de su libre albedrío.

¹⁴ Sobre la correlación entre derecho y deber en una relación jurídica, L. Ferri, *La autonomía privada*, Comares, Granada, 2001, pp. 205 y ss. La regulación jurídica del personal investigador en formación es interdisciplinar porque, además del EPIF, sobre este supuesto de hecho incide la normativa laboral y de seguridad social, administrativa, fiscal, mercantil y, de forma más específica, la convocatoria de las ayudas y las normas estatutarias del organismo de adscripción.

¹⁵ Un ejemplo de relación bilateral puede encontrarse en el ámbito de las ayudas a la investigación convocadas por Universidades, que ostentarán al mismo tiempo la condición de entidad convocante y organismo de adscripción en relación al beneficiario de la ayuda, *vid.* Resolución de 10 de octubre de 2008 de la Universidad de Jaén por la que se publican las bases reguladoras y la convocatoria para la concesión de “Ayudas para la Formación de Personal Investigador”, con cargo al Plan de Apoyo a la Investigación, al Desarrollo Tecnológico y a la Innovación de la Universidad de Jaén para el bienio (2007/2008), BOJA nº 207, 17 de octubre de 2008. Por otro

3.1. En régimen de beca

En el ámbito del personal investigador en formación el régimen de beca combinado con una limitada protección sociolaboral únicamente acontece en las ayudas a la investigación predoctorales, dónde la entidad convocante abonará periódicamente al beneficiario de la ayuda una serie de estipendios económicos, desprovistos de naturaleza salarial al no existir relación laboral entre el beneficiario y la entidad convocante. Como contrapartida el beneficiario de la ayuda deberá elaborar un trabajo de investigación y realizar aquellas actividades relacionadas con su investigación o formación.

Con carácter general, en una relación triangular la entidad convocante y el organismo de adscripción tendrán un vínculo basado en la cooperación, fiscalización y gestión de este colectivo. Por otro lado, entre el organismo de adscripción y el sujeto beneficiario de las ayudas existirá una relación basada en la colaboración, ya que el organismo de adscripción albergará al beneficiario de la ayuda durante el desarrollo de su trabajo de investigación y se beneficiará, en su caso, de la prestación de otros servicios. Y, asimismo, entre el beneficiario de la ayuda y la entidad convocante existirá una relación regida por la convocatoria de las ayudas, dónde se recoge básicamente un derecho y una obligación recíprocos de percepción y abono de la ayuda económica, con independencia de que los organismos de adscripción asuman subsidiariamente la obligación de abono. Por último, en una relación bilateral en régimen de beca los derechos y obligaciones estarán condensados en los dos sujetos intervinientes: beneficiario de las ayudas y entidad convocante.

3.2. En régimen de contrato de trabajo

En el ámbito del personal investigador en formación hay que distinguir entre ayuda a la investigación predoctoral y postdoctoral para determinar el nacimiento de la relación laboral. Las ayudas a la investigación predoctorales están encauzadas a través de una inicial relación jurídica de beca que podrá mutar con el paso del tiempo hacia una relación laboral cuando el beneficiario de las ayudas cumpla una serie de requisitos temporales y académicos. Sin

lado, un ejemplo de relación triangular podría ser la Resolución de 12 de febrero de 2008, de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología, por la que se convocan incentivos en el 2008 para la formación de personal docente e investigador predoctoral en las Universidades Públicas de Andalucía, BOJA nº 50, de 12 de marzo de 2008; en este último supuesto existirían tres sujetos vinculados entre sí: beneficiario de la ayuda – entidad convocante (Junta de Andalucía) – organismo de adscripción (Universidad Pública andaluza).

embargo, las ayudas a la investigación postdoctorales están canalizadas directamente a través de una relación laboral desde el primer día de incorporación del beneficiario de la ayuda al organismo de investigación.

Como es sabido, el Derecho del Trabajo individual se cimenta a partir de una relación bilateral (empleador – trabajador). Con el paso del tiempo y progresivo aumento de la complejidad económica y laboral, al lado de las relaciones bilaterales clásicas han ido apareciendo relaciones laborales triangulares que cuentan con un supuesto de hecho dónde “*forzosamente*” intervienen tres sujetos distintos y vinculados entre sí: empresas de trabajo temporal, contratas, cesiones ilegales de trabajadores, relación laboral especial de abogados, cesiones temporales de deportistas profesionales, etc. Pues bien, como excepción a esta regla general, la relación jurídica del personal investigador en formación presenta un supuesto de hecho variable desde el punto de vista de los sujetos intervinientes, pudiendo albergar “*alternativamente*” una relación laboral bilateral o una relación laboral triangular en función de que la entidad convocante de las ayudas sea (o no) un organismo de investigación¹⁶.

En una relación bilateral en régimen de contrato de trabajo, el empleador “material” será la entidad convocante de las ayudas que a su vez es el organismo de investigación dónde el beneficiario desarrollará el trabajo de investigación y, en su caso, prestará otros servicios; por tanto, la relación laboral permanecerá dentro de la esfera patrimonial del empleador (entidad convocante), que será el sujeto jurídicamente responsable de abonar todos los gastos derivados de la relación laboral. Sin embargo, en una relación triangular el empleador “formal” es el organismo de adscripción dónde el beneficiario de la ayuda desarrollará su trabajo de investigación y, en su caso, prestará otros servicios; por tanto, la relación laboral permanecerá fuera de la esfera patrimonial del organismo de adscripción, ya que los costes laborales y de seguridad social serán asumidos en su totalidad por la entidad convocante¹⁷.

¹⁶ STSJ Cataluña de 8 de abril de 2005. STS, sala de lo Social, de 19 de octubre de 1999. Exposición de Motivos del R.D. 1331/2006, de 17 de noviembre. Sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid de 8 de julio de 2002. Asimismo, en el ámbito de la seguridad social se ha considerado que el recargo de prestaciones alberga una relación triangular entre la entidad gestora, empresa y trabajador (o derechohabientes), STS, sala de lo Social, de 26 de marzo de 2007.

¹⁷ Como excepción a esta regla general, en una relación triangular el organismo de adscripción en su condición de empleador “formal” será responsable jurídica y económicamente del recargo de prestaciones por incumplir la normativa de prevención de riesgos laborales que motivó el accidente de trabajo o enfermedad profesional y originó las correspondientes prestaciones del sistema de seguridad social, todo ello de acuerdo con los postulados de la “*tesis principalista*”, STSJ Aragón de 21 de junio de 1999 y STSJ Cataluña de 4 de septiembre de 2006.

4. EL OBJETO DE LA NORMA Y SU PROYECCIÓN PRÁCTICA

Las convocatorias públicas y privadas de ayudas a la investigación así como las normas estatutarias de los organismos de adscripción, funcionan como regulaciones supletorias respecto al EPIF, que constituye el marco jurídico de referencia para las relaciones bilaterales y triangulares.

4.1. Los programas de ayudas a la investigación

La aplicación del EPIF será preceptiva con independencia del carácter público o privado de la entidad convocante, siempre y cuando los programas de ayudas estén dirigidos al desarrollo de actividades de formación y especialización científico-técnica a través, como mínimo, de los correspondientes estudios oficiales de doctorado.

En este sentido, con una importante carga axiológica y una deficiente concreción material, se establece que los programas de ayuda a la investigación deberán, por un lado, respetar los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en la concesión de las correspondientes ayudas. Y, asimismo, para entrar dentro del ámbito de aplicación del EPIF, los programas de ayudas a la investigación deberán exigir del beneficiario una dedicación a las actividades de formación y especialización científico-técnica objeto de las ayudas¹⁸.

4.2. La actividad docente del personal investigador en formación

El personal investigador en formación “podrá” colaborar en tareas docentes dentro de los límites establecidos en la propia convocatoria y/o en las normas estatutarias del organismo de adscripción, siempre y cuando las tareas docentes no desvirtúen la finalidad investigadora y formativa de las becas. Y, justamente, para evitar una desnaturalización de las actividades de formación e investigación, el EPIF establece un límite máximo e infranqueable en esta materia: el personal investigador en formación no podrá asumir una carga docente superior a 60 horas anuales (6 créditos), sin indicación expresa del carácter teórico o práctico.

Por otro lado, adviértase que en algunas convocatorias de ayudas a la investigación así como en determinadas normas estatutarias de los organismos de adscripción, se establece un límite temporal a partir del cual los becarios de inves-

¹⁸ Cuando un programa de ayudas a la investigación no cumpla con los requisitos fijados en el EPIF, los derechos y deberes de los sujetos intervinientes estarán regulados a través de la convocatoria de las ayudas y las normas estatutarias del organismo de adscripción.

tigación podrán desempeñar tareas docentes (*vgr.* a partir del segundo año de beca). Ante la indeterminación del EPIF en este punto, deberá aplicarse con preferencia los límites temporales previstos en las convocatorias de las ayudas a la investigación y/o en las normas estatutarias de los organismos de adscripción¹⁹.

4.3. El Registro general de programas de ayudas a la investigación

El art. 3 EPIF regula lo referente al Registro general de programas de ayudas a la investigación, a través de una norma accesoria de naturaleza instrumental y esencial para la aplicación objetiva y subjetiva del EPIF. En este sentido, frente al carácter potestativo de la inscripción prevista en el art. 5 del antiguo EBI, el EPIF establece una inscripción obligatoria de los programas de ayudas a la investigación con un doble y decisivo propósito.

En primer lugar, realizar una actividad de control y calificación administrativa con el fin de delimitar los programas de ayudas a la investigación susceptibles de ser regulados por el EPIF. Y, en segundo término, llevar a cabo una actividad de almacenamiento y gestión centralizada de datos relacionados con los programas de ayudas a la investigación, con el fin de promover actividades de formación de recursos humanos para el sistema de investigación y desarrollo.

4.4. Derechos del personal investigador en formación

Siguiendo con la redacción literal del EPIF ahora debe hacerse hincapié en los múltiples y variados derechos que ostenta el personal investigador en formación (art. 5 EPIF) que, dicho sea desde este preciso instante, son compatibles con los demás derechos reconocidos en las convocatorias de ayudas y/o en las normas estatutarias de los organismos de adscripción, siempre y cuando no vulneren el marco jurídico de referencia establecido por el EPIF.

Derecho a obtener del organismo de adscripción, la colaboración y apoyo necesario para el desarrollo de su actividad (art. 5.1 a EPIF)

Este derecho supone como contrapartida que el organismo de adscripción esté obligado a facilitar al personal investigador en formación el apoyo necesario y la utilización de los medios, instrumentos o equipos que resulten precisos para el normal desarrollo de su actividad (art. 7 a EPIF).

¹⁹ En el supuesto de que no existiera regulación sobre este extremo ni en la convocatoria de las ayudas ni en las normas estatutarias del organismo de adscripción, en principio, nada impediría que el sujeto beneficiario de la ayuda desde el mismo momento de su incorporación pudiera desempeñar tareas docentes dentro del límite de 60 horas anuales (6 créditos).

Derecho de integración formal y participación institucional en el organismo de adscripción (art. 5.1 b y c EPIF)

El personal investigador en formación tiene derecho a estar integrado en los departamentos, institutos y organismos públicos o privados en los que se lleve a cabo la investigación. Además, como una proyección de este derecho en su vertiente institucional, el personal investigador en formación tiene derecho a participar dentro de los órganos de gobierno y representación del organismo de adscripción, en la forma prevista en los estatutos de las universidades y organismos públicos de investigación.

En consecuencia, el derecho de integración formal del personal investigador en formación tiene un ámbito objetivo mayor que el derecho de participación institucional. No en vano, el derecho a la participación institucional comprende únicamente a las universidades (públicas y privadas *ex art. 12 L.O.U.*) y a los organismos “*públicos*” de investigación. Por tanto, en un organismo privado de investigación el derecho a la participación institucional del personal investigador en formación, dependerá única y exclusivamente de lo que dispongan las normas estatutarias al respecto.

Derecho de contenido económico y complementario (art. 5.1 d EPIF)

El personal investigador en formación tendrá derecho a participar en las convocatorias de ayudas complementarias para asistencia a reuniones científicas o para estancias de formación y perfeccionamiento. Este derecho económico está condicionado por la existencia de convocatorias abiertas de ayudas complementarias, de ahí la articulación de ayudas subsidiarias por los organismos de adscripción para paliar las rigideces del marco temporal de vigencia de las ayudas complementarias.

Derechos de propiedad intelectual (art. 5.1 e EPIF)

De acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto 1/1996, de 12 de abril, el reconocimiento expreso de este derecho en el EPIF podría considerarse una reiteración que bien podría haberse evitado. No obstante lo anterior, hay que tener presente que los derechos de protección intelectual serán independientes, compatibles y acumulables con los demás derechos que pudieran derivarse de la investigación realizada. Y, a su vez, cuando el personal investigador en formación participe en un trabajo colectivo, los derechos de propiedad intelectual estarán condicionados por la naturaleza del trabajo, proyecto, etc.

Derechos de propiedad industrial (art. 5.1. f EPIF)

Por su parte, en lo que concierne a los derechos de propiedad industrial que ostenta el personal investigador en formación, el EPIF realiza una doble operación jurídica. En primer lugar, no regula nada nuevo al respecto y se remite a lo que disponga sobre tal extremo la convocatoria pública o privada de ayudas a la investigación. Y, en segundo término, se remite como marco jurídico de referencia a la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y, en su caso, al Real Decreto 55/2002, de 18 de enero, sobre explotación y cesión de invenciones realizadas en los entes públicos de investigación. Por último, como si de un aviso para navegantes se tratara, se establece expresamente que los derechos de propiedad industrial del personal investigador en formación, en ningún caso tendrán naturaleza salarial.

Cláusula de cierre (art. 5.1 g EPIF)

Para concluir con este intenso y heterogéneo cúmulo de Derechos, el EPIF establece que el personal investigador en formación tendrá derecho a disfrutar de los demás derechos reconocidos en las convocatorias públicas o privadas de ayudas a la investigación. Sin perjuicio, de los demás derechos reconocidos por las normas estatutarias de los organismos de adscripción.

Derechos de contenido sociolaboral (arts. 5.2. y 5.3. EPIF)

Cuando el beneficiario de una ayuda a la investigación predoctoral se incorpora por vez primera al organismo de adscripción, existirá una relación en régimen de beca que se perpetuará como mínimo dos años. Durante este período de tiempo, el personal investigador en formación con régimen de beca tiene derecho a percibir la ayuda económica que corresponda a la beca, en la forma establecida en cada convocatoria. Este derecho tiene como contrapartida natural la obligación de la entidad convocante y del organismo de adscripción de cumplir con el calendario de abono de la ayuda económica.

En relación a la naturaleza jurídica de la ayuda económica predoctoral abonada en régimen de beca, una corriente jurisprudencial opta por calificarla de donación modal (arts. 619 y 622 C.C.). Sin embargo, cuando una entidad pública convoca becas de investigación predoctorales cumple una exigencia jurídica (art. 44.2 C.E.) y, por tanto, estas ayudas económicas no son un “acto de liberalidad” encuadrable dentro del concepto civilista de donación (art. 618 C.C.). Y, por otro lado, cuando una entidad privada convoca becas de investigación predoctorales, las ayudas económicas – aunque sí son “actos de liberalidad” – no pueden enmarcarse dentro del concepto de donación modal ya que

el importe de las ayudas económicas devengadas sí constituyen “deudas exigibles” (art. 619 C.C.)²⁰.

Descartada la naturaleza jurídica de donación y trasladando el enfoque civilista hacia el laboralista, nótese que la ayuda económica predoctoral en régimen de beca tampoco es una retribución salarial porque, – entre otros motivos –, la entidad convocante de las ayudas no asume la posición jurídica de empleador mientras persiste el régimen de beca. En consecuencia, la ayuda económica predoctoral en régimen de beca tiene una naturaleza jurídica *sui generis*, al margen de las categorías, conceptos e instituciones existentes en nuestro ordenamiento jurídico²¹.

Pues bien, como verdadero hito en esta materia y al margen de los derechos estrictamente económicos, el EPIF reconoce derechos sociolaborales básicos al personal investigador en formación con régimen de beca. En primer lugar, este colectivo tendrá derecho a ser dado de alta en el RGSS como si de un trabajador por cuenta ajena se tratara, esto es, desde el primer día de incorporación al organismo de adscripción (disp. adic. 1ª EPIF y art. 97.2 I LGSS). Y, asimismo, el personal investigador en formación con régimen de beca ostentará los derechos equivalentes al régimen de vacaciones, permisos y licencias que disfrute el resto del personal investigador (laboral) del organismo de adscripción (arts. 37 y 38 LET).

Por otro lado, el personal investigador en formación con contrato de trabajo, disfrutará de los derechos laborales básicos (arts. 4, 17, 18, 19, 20, 21, 26, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 37 y 38 LET), así como los relativos a los de seguridad social que varían en función de la existencia de un régimen de beca o una relación laboral.

²⁰ Sobre la configuración jurisprudencial de donación y sus requisitos de liberalidad y prohibición de constituir deuda exigible, SSTS (sala de lo Civil) de 25 de noviembre de 2004 y 29 de julio de 2005. No obstante, existe la opinión doctrinal de que las ayudas económicas derivadas de una beca de investigación predoctoral tienen la naturaleza jurídica de donación modal, R. Aguilera Izquierdo, “*El Estatuto del Becario de Investigación*”, REDT, nº 121, 2004, p. 35. M^a. D. García Valverde, “*Naturaleza de la relación que une al “supuesto becario” con la Universidad*”, Aranzadi Social núm. 12/2005, paraf. 43, BIB 2005/2014. Sin embargo, adviértase que el régimen de beca no puede equipararse al de donación en el ámbito de la enseñanza, STS, sala de lo Social, de 7 de julio de 1998, seguida entre otras por la STSJ País Vasco de 21 de junio de 1993, STSJ Extremadura de 5 de noviembre de 1999, STSJ Andalucía de 19 de julio de 2004, SSTSJ Galicia de 5 y 30 de diciembre de 2006, etc. No en vano, “... aplicar a las becas el concepto de donación del Código Civil basado en la liberalidad es viajar en el túnel del tiempo...”, Sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid de 8 de abril de 2005.

²¹ Sobre la naturaleza jurídica de la beca y la ausencia de relación laboral entre el becario y la entidad convocante, SSTS, sala de lo Social, de 13 de junio de 1988 y 7 de julio de 1998.

4.5. Deberes del personal investigador en formación

En el diseño del art. 6 del EPIF se ha tenido en cuenta el *status* jurídico bicéfalo que tiene el personal investigador en formación con régimen de beca y/o con régimen de contrato de trabajo; pues no se olvide, la firma del contrato de trabajo supone para el beneficiario de la ayuda la asunción de unos deberes adicionales derivados del nacimiento de una relación laboral común. En consecuencia, para obtener una visión del abanico de obligaciones atribuidas al personal investigador en formación, deberán manejarse normas jurídicas de muy distinta naturaleza, a saber: convocatoria de las ayudas, normas estatutarias del organismo de adscripción, art. 6 del EPIF, normas laborales, normas de seguridad social, normas de prevención de riesgos laborales, etc.

Con carácter general, el EPIF establece cuatro obligaciones básicas para todos los beneficiarios de una ayuda a la investigación, con independencia de su régimen de beca o contrato de trabajo.

Obligaciones recogidas en la respectiva convocatoria

Como paradigma de estas obligaciones se observan las relativas a la colaboración en la gestión del personal investigador en formación (*vgr.* incorporación al organismo de adscripción, comunicación de datos ante una determinada contingencia, presentación de documentos en plazo, etc.). Asimismo, también existen determinadas convocatorias de ayudas a la investigación que imponen obligaciones específicas de muy distinta naturaleza (*vgr.* realización de cursos, seminarios específicos, etc.).

Realización de las actividades previstas en sus programas de formación

La actividad del personal investigador en formación debe estar recogida en la propia solicitud de la ayuda a la investigación, dónde el sujeto solicitante de la ayuda y el Director del trabajo, trazan conjuntamente las líneas fundamentales por las que debe discurrir la actividad de investigación. En este sentido, el EPIF establece la obligación de realizar las actividades previstas en los programas de formación y especialización; y, asimismo, recoge expresamente, en el siguiente apartado, la obligación de cumplir con aprovechamiento los objetivos previstos en el programa de formación y especialización.

Respeto al régimen interno o de funcionamiento del organismo de adscripción

El personal investigador en formación tiene el deber de atenerse al régimen interno o de funcionamiento del organismo de adscripción, especialmente en lo

relativo a las condiciones de trabajo y a las normas de prevención de riesgos laborales.

En lo que respecta a las condiciones de trabajo, constituye una obligación muy genérica que dependerá en todo caso de la tarea a desempeñar; sin embargo, hay que tener presente que la actividad de investigación se basa en resultados y, por tanto, en esta materia resulta discutible la obligación de cumplir normas de medios o normas que regulan las condiciones de trabajo (horarios de trabajo, lugar de trabajo, etc.). Por otro lado, más imprecisa si cabe es la obligación que pesa sobre el personal investigador en formación de cumplir lo dispuesto en la normativa de prevención de riesgos laborales. Ante tal indefinición, cabe afirmar que el personal investigador en formación deberá cumplir la normativa de prevención de riesgos laborales aplicable al organismo de adscripción, en general, y a su puesto de trabajo, en particular.

Cumplir con las obligaciones en materia de seguridad social

Por último, el art. 6 e EPIF recoge un precepto que a primera vista podría parecer una reiteración innecesaria. Sin embargo, la inclusión de este precepto en el EPIF tiene por finalidad determinar expresamente los sujetos obligados a asumir los gastos derivados de la inclusión y permanencia en el RGSS.

4.6. Obligaciones del organismo de adscripción

El art. 7 EPIF se encarga de establecer el elenco de obligaciones que, como “anfitrión”, tiene el organismo de adscripción en relación al personal investigador en formación. En este sentido, el conjunto de obligaciones pueden agruparse en dos grupos: obligaciones asumidas en la propia solicitud de ayudas a la investigación y, por tanto, antes de la concesión de la beca; y, en segundo lugar, obligaciones derivadas del propio desenvolvimiento del personal investigador en formación a partir de su incorporación al organismo de adscripción.

Proporcionar el apoyo necesario y los medios técnicos materiales para el normal desarrollo de la actividad del personal investigador en formación (art. 7 a EPIF)

Esta imprecisa obligación no es más que la instrumentalización efectiva de un compromiso asumido tiempo atrás, por un representante del organismo de adscripción y que consta en la propia solicitud de las ayudas a la investigación (art. 5.1 a EPIF). El compromiso en sí, lejos de constituir un mero trámite burocrático, supone una declaración institucional en toda regla que asegura la disponibilidad de medios técnicos al solicitante de la ayuda para realizar su trabajo de investigación.

Designar un tutor con título de doctor para la coordinación y orientación de su actividad (art. 7 b EPIF)

El tutor o Director del trabajo de investigación con la titulación académica requerida, figura en la propia solicitud de ayudas a la investigación, al margen por tanto del halo jurídico que despliega el EPIF. Ahora bien, debe apostillarse una cuestión de carácter terminológico que puede llevar a equívocos cuando se hace referencia al vocablo “*designar un tutor*”. Esta expresión no se ajusta fielmente a la realidad, pues de su mera lectura podría parecer que es el organismo de adscripción el que selecciona un tutor para la dirección del trabajo de investigación, cuando esto no sucede en la realidad cotidiana de las universidades y demás centros de investigación.

Control de la actividad del personal investigador en formación (art. 7 c EPIF)

El organismo de adscripción tiene dos obligaciones en relación al desenvolvimiento de la actividad del personal investigador en formación. Comenzando por la primera, el organismo de adscripción está obligado a velar por el desarrollo adecuado del programa de formación del personal investigador en formación, lo cual supone una labor de control y evaluación de la actividad desarrollada por el personal investigador en formación; esta obligación, que en muchas ocasiones supone una intervención conjunta con la labor de fiscalización propia de la entidad convocante, tiene por finalidad esencial comprobar que la actividad del personal investigador en formación cumple los parámetros fijados en su programa de formación.

Por su parte, la segunda obligación supone un control nuevamente de la actividad del personal investigador en formación, pero esta vez para evitar el desempeño de tareas que no estén relacionadas con el desarrollo de su investigación o de su formación específica (vgr. tareas docentes que excedan de 60 horas anuales).

Permitir la integración del personal investigador en formación dentro de los departamentos, institutos y organismos (art. 7 d EPIF)

El organismo de adscripción tiene la obligación de permitir la integración del personal investigador en formación dentro de los departamentos, institutos y organismos dónde desarrolla el trabajo de investigación. Una obligación que concuerda con el correlativo derecho que tiene sobre esta materia el personal investigador en formación, (art. 5.1.b EPIF). Como antes se ha apuntado, esta obligación deben acatarla las distintas universidades y demás centros de inves-

tigación, en general, sin distinción alguna en relación a su carácter público o privado²².

5. LA RELACIÓN LABORAL DE LOS INVESTIGADORES PREDOCTORALES

5.1. Consideraciones generales

El art. 8 EPIF es el encargado de diseñar el insólito camino que ha de recorrer el personal investigador en formación desde la concesión de la ayuda a la investigación hasta su extinción, anticipada o no. Pues bien, comenzando desde el principio, esto es, desde la concesión de la ayuda a la investigación predoctoral y coetánea incorporación del beneficiario al organismo de adscripción, cabe afirmar que el personal investigador en formación se encontrará inmerso en un *régimen de beca* dónde se le reconocen determinados derechos sociolaborales a pesar de no existir relación laboral alguna entre el becario de investigación y el organismo de adscripción (art. 5.2 EPIF).

El siguiente alto en el camino se encuentra con la obtención del DEA o documento administrativo que lo sustituya de acuerdo con la nueva estructura de enseñanza adaptada al Espacio Europeo de Educación Superior. Como se verá más adelante, la obtención del DEA marca un antes y un después en el régimen jurídico del personal investigador en formación, pues constituye el requisito básico para que los hasta entonces becarios pasen a ser considerados personal laboral. No obstante, adviértase que en determinados supuestos las entidades convocantes de las ayudas podrán establecer requisitos distintos al DEA o documento equivalente que lo sustituya, para acceder a la fase de contratación laboral *ex art. 8.1. EPIF in fine*²³.

²² Adviértase que el EPIF no reconoce expresamente la obligación que tienen las universidades y organismos públicos de investigación, de permitir que el personal investigador en formación participe en sus órganos de gobierno y representación (art. 5.1. c EPIF).

²³ Con anterioridad a la entrada en vigor del EPIF existían planteamientos doctrinales que consideraban a los becarios de investigación excluidos del Derecho del Trabajo, debido a que su actividad no generaba beneficio a una organización productiva con ánimo de lucro, S. González Ortega, *Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?*, dentro de la obra colectiva, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo*, Estudios en homenaje al Prof. J. Cabrera Bazán, Edición preparada por J. Cruz Villalón, CARL, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 124 y ss. En este sentido, llegó a afirmarse que cuando la relación de servicios del becario tiene como causa el perfeccionamiento o ampliación de sus estudios y conocimientos, la relación no puede calificarse de laboral, J. L. Goñi Sein, *“Las becas y el encubrimiento de contratos laborales”*, REDT, nº 14, 1983, p. 295. En conse-

Cimentada la estructura contractual del EPIF en la obtención del DEA, se observa sin embargo una fisura de hondo calado: el art. 4.1. EPIF *in fine* rompe con toda la fundamentación y el soporte jurídico de esta norma, al establecer que en los supuestos en que el beneficiario de una ayuda a la investigación hubiera obtenido el DEA con anterioridad a la finalización de los dos primeros años de beca, no accederá a la fase de contrato hasta que complete el período de dos años de beca. En consecuencia, con este precepto parece que el EPIF obliga a que todo beneficiario de una ayuda a la investigación tenga que pasar por el “trance” de estar como mínimo 2 años con un régimen jurídico de beca.

Esta polémica previsión normativa podría tener dos justificaciones: en primer lugar, la búsqueda del ahorro económico por parte de las entidades convocantes de las ayudas y, en segundo término, porque el contrato de trabajo en prácticas únicamente puede formalizarse por una duración máxima de dos años, lo que impide ofrecer por esta vía una cobertura contractual que exceda de ese límite temporal.

En consecuencia, el régimen jurídico–contractual establecido en el EPIF parte de una fundamentación jurídica que cuelga de un hilo: la obtención del DEA como título habilitante para formalizar contratos de trabajo en prácticas (art. 11.1. LET y art. 1 y ss. RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el art. 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos).

Sin embargo, y no contento con esto, el art. 8.2 EPIF da una vuelta más de tuerca a una situación ya de por sí un tanto retorcida. Con carácter excepcional y siempre que el sujeto beneficiario de la ayuda haya cumplido los dos años de beca, el organismo de adscripción del personal investigador en formación podrá celebrar un contrato de trabajo en prácticas sin que el sujeto afectado haya obtenido el DEA o documento equivalente, siempre que su actividad científica, tecnológica, humanística o artística sea evaluada positivamente por el órgano que determine la entidad convocante de las ayudas a la investigación²⁴.

cuencia, la finalidad formativa de la beca ha constituido un elemento esencial para discernir esta figura del contrato de trabajo. Por su parte, la Jurisprudencia ha considerado que únicamente cuando prevalezca el interés de la entidad en la obtención de la prestación del servicio y haga suyos los frutos del trabajo del becado, se tratará de un contrato de trabajo y no de una beca (STS, sala de lo Social, de 26 de junio de 1995 y STSJ Comunidad Valenciana de 3 de febrero de 2000). S. González Ortega / J. M. Moreno Díaz, “La beca como instrumento de inserción en el mercado laboral”, *op. y loc. cit.*, pp. 181 y ss. P. Rabanal Carbajo, *Los contratos de trabajo formativos*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 26 y ss. STJCE de 17 de julio de 2008, C-94/07, A. Raccanelli – Max Planck.

²⁴ Para las ayudas a la investigación convocadas por la Administración General del Estado, el órgano evaluador será la Comisión Nacional de Evaluación de la Actividad Investigadora, excepto en las convocatorias del Ministerio de Sanidad y Consumo, en las que lo serán las Comisiones Técnicas de Evaluación del Fondo Nacional de Investigaciones Sanitarias, *ex art.* 8.2. EPIF.

5.2. La obligación de formalizar un contrato de trabajo

Como regla general y a salvo las excepciones antes vistas (arts. 8.1. *in fine* y 8.2 EPIF), cuando el sujeto beneficiario de la ayuda a la investigación obtenga el DEA o documento administrativo que lo sustituya, el organismo de adscripción deberá formalizar un contrato de trabajo en prácticas que cubra como máximo, los años tercero y cuarto desde la concesión de la ayuda a la investigación predoctoral (art. 8.1. EPIF).

Ahora bien, como puede fácilmente intuirse el art. 8.1. EPIF puede llevar a equívocos, ya que el organismo de adscripción únicamente tiene la obligación de ofrecer al beneficiario de la ayuda la posibilidad de suscribir un contrato de trabajo en prácticas. En consecuencia, la última decisión al respecto la tendrá el beneficiario de la ayuda que podrá suscribir el citado contrato o, en su defecto, declinar la oferta contractual, produciéndose en este segundo caso una extensión temporal del régimen de beca hasta el término de la ayuda²⁵.

La obligación de entablar una relación laboral nace para el organismo de adscripción desde el preciso instante en que el sujeto beneficiario de la ayuda cumple con alguno de los tres requisitos básicos de acceso al contrato de trabajo establecidos en el art. 1 y 2 EPIF. Por tanto, el organismo de adscripción resultaría responsable de los perjuicios económicos y sociolaborales causados al personal investigador en formación por el retraso en la formalización del contrato de trabajo derivado de una deficiente gestión sociolaboral de este colectivo²⁶.

En este sentido, adviértase que la jurisdicción social resultaría competente para tratar, conocer y resolver los conflictos individuales de trabajo y los conflictos de seguridad social derivados de la relación laboral del personal investigador en formación (art. 2 letras a y b LPL)²⁷.

²⁵ Al dirigirse la oferta contractual a un colectivo determinado (personal investigador en formación), la consumación del contrato de trabajo se realizará por medio de la adhesión pura y simple al contenido de la oferta, B. Moreno Quesada, *La oferta de contrato. Génesis del contrato y responsabilidad antecontractual*, Nereo, Barcelona, 1963, p. 80.

²⁶ De acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria única EPIF, los programas públicos de ayudas deberán adecuar su régimen jurídico en el plazo máximo de 4 meses tras la entrada en vigor del EPIF. Sin embargo, los programas “privados” de ayudas no están vinculados por esa disposición transitoria, de ahí que el EPIF únicamente resulte aplicable a los programas de ayuda privados nacidos con posterioridad a su entrada en vigor.

²⁷ Cuando en una relación triangular tenga lugar un litigio sociolaboral dónde se dilucida una pretensión económica principal o accesoria, el trabajador/beneficiario de la ayuda a la investigación deberá demandar al empleador “formal” y a la entidad convocante de las ayudas a la investigación, con la finalidad de integrar en el proceso a cuantos sean titulares de la relación jurídico-material controvertida (art. 12.2 LEC 1/2000). El empleador es el responsable contractual, sin embargo, la entidad convocante es la responsable económica de sufragar los gastos derivados

Como una cuestión conexas a la obligación de formalizar contratos de trabajo en prácticas, hay que llamar la atención sobre tres cuestiones de gestión sociolaboral que en ningún caso deben caer en el olvido. En primer lugar, aunque el art. 11 LET no lo prevea de forma expresa, el contrato de trabajo en prácticas deberá realizarse por escrito en el modelo oficial correspondiente (art. 8.2. LET). En segundo término, a la hora de formalizar el contrato de trabajo la persona beneficiaria de la ayuda deberá comparecer ante el organismo de adscripción con una fotocopia compulsada del DEA o documento administrativo que lo sustituya (art. 1.4. RD 488/1998, de 27 de marzo). Y en tercer extremo, a la terminación temporal del contrato de trabajo en prácticas, el organismo de adscripción deberá entregar al sujeto beneficiario de la ayuda un certificado que contenga como mínimo la duración de las prácticas, el puesto o puestos de trabajo desempeñados y las principales tareas realizadas (art. 4 RD 488/1998, de 27 de marzo). Todo ello sin olvidar, asimismo, que los organismos de investigación en su condición de empleadores asumirán una serie de obligaciones de naturaleza fiscal y de seguridad social (práctica de retenciones, expedición de certificados, recibos salariales, etc.)²⁸.

Por último, indicar que el personal investigador en formación con contrato de trabajo suscrito con un empleador tendrá un régimen jurídico-laboral “similar” *mutatis mutandi* al establecido para los demás trabajadores con una categoría equiparable. En cualquier caso, la duración, retribución, prórrogas y extinción serán reguladas por el art. 11.1 LET y su normativa de desarrollo (art.

del contrato de trabajo (*vgr.* salarios devengados y no percibidos, indemnizaciones por extinción contractual, etc.), de ahí que en este tipo de litigios sociolaborales resulte necesario que tanto el empleador como la entidad convocante sean demandados en el proceso con la finalidad de que la cosa juzgada material despliegue sus efectos. Por otro lado, el Juzgado de lo Social competente, antes de admitir a trámite la demanda, deberá apreciar de oficio si concurren los requisitos para que opere la figura del litisconsorcio pasivo necesario (relación triangular y pretensión económica), *ex arts.* 81 y 80.1 b) LPL, STC 335/1994 de 19 de diciembre y STS, sala de lo Social, de 16 de julio de 2004. F. Valdés Dal-Ré, Comentario al art. 81 LPL, AA.VV, *Comentario a la Ley de procedimiento laboral*, Tomo I, Comares, Granada, 2001, pp. 531 y ss. Cuando este litisconsorcio pasivo necesario sea apreciado con posterioridad a la presentación de la demanda, deberán anularse las actuaciones procesales y advertir al demandante que subsane el defecto ampliando su demanda frente a la entidad convocante, STS, sala de lo Social, de 11 de diciembre de 1989.

²⁸ Una vez que el becario de investigación suscribe un contrato de trabajo en prácticas, desaparece la clásica prohibición-incompatibilidad de percibir cualesquiera otros emolumentos derivados de otros conceptos (*vgr.* rendimientos de trabajo, actividades profesionales, etc.). Asimismo, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7 j) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio (BOE de 28 de noviembre de 2006), las rentas derivadas de una ayuda a la investigación en régimen de beca están exentas de tributar.

8.4 EPIF). Por tanto, una vez identificado el colectivo de trabajadores a los que se asimila el personal investigador en formación, es cuando puede determinarse con mayor nitidez el régimen jurídico–laboral aplicable a este colectivo²⁹.

5.3. Duración del contrato

Como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico el contrato de trabajo en prácticas no podrá tener una duración inferior a seis meses ni exceder de dos años, dentro de cuyos límites los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán determinar – en su caso – la duración específica del contrato atendiendo a las características del sector y a las prácticas a realizar (art. 11.1. b LET). Este precepto resulta aplicable a la relación laboral del personal investigador en formación, si bien, para determinar la duración del contrato habrá que tener en cuenta la conjunción de dos variables: la duración de las ayudas a la investigación y, por otro lado, la consecución del DEA o documento administrativo que lo sustituya³⁰.

Así las cosas, desde la óptica de la gestión sociolaboral de este colectivo, la solución más adecuada pasaría por celebrar un contrato de trabajo en prácticas con una duración temporal coincidente con el período de tiempo restante para la terminación de la ayuda a la investigación, necesariamente igual o inferior a dos años (art. 8.1. EPIF).

Visto lo anterior, hay que reparar en una cuestión anudada a la duración y extinción del contrato de trabajo, como es la problemática que plantea la terminación anticipada de la tesis doctoral. Sobre este particular, la opción defendida en este trabajo pasa por considerar que una vez ha nacido la relación laboral entre el beneficiario de la ayuda y el organismo de adscripción, resultará preferente la aplicación de las normas laborales que regulan el contrato de trabajo en prácticas y que, como es lógico, no contemplan como causa de extinción contractual la elaboración y defensa de la tesis doctoral. En consecuencia, una vez terminada y defendida la tesis doctoral, el beneficiario de la ayuda a la investigación continuará vinculado laboralmente al empleador hasta la extin-

²⁹ En las universidades andaluzas se ha optado por equiparar al personal investigador en formación con la figura de los profesores ayudantes no doctores (art. 49 LOU).

³⁰ El contrato de trabajo en prácticas goza de una duración oscilante debido a dos factores: la incertidumbre temporal en la obtención del DEA o documento que lo sustituya y, por otro lado, la correlativa imprecisión para determinar *a priori* el período que restará para la finalización de la ayuda. Por tanto, en esta materia resulta del todo inaplicable la concreción temporal del contrato de trabajo en prácticas que pudiera realizarse a través del correspondiente convenio colectivo de naturaleza sectorial, *ex art.* 11.1.b) LET.

ción de su contrato de trabajo, gozando en este período de los mismos derechos y obligaciones (a excepción de la elaboración de la tesis doctoral)³¹.

Asimismo, hay que hacer mención al tema de una “hipotética” incorporación posterior del personal investigador en formación al organismo de adscripción. En este sentido, es de recibo acudir al art. 11.1.f LET, en cuya virtud cuando el personal investigador en formación al término de su contrato de trabajo en prácticas, se incorporase laboralmente al organismo de adscripción, además de no poder concertarse nuevamente un período de prueba, deberá computarse la duración de las prácticas a efectos de antigüedad en el organismo de adscripción³².

Por último, indicar que el EPIF establece la obligación de utilizar el contrato de trabajo en prácticas para dar cobertura contractual y protección sociolaboral a los investigadores predoctorales. Sin embargo, el actual modelo 2+2 con contrato de trabajo en prácticas es un modelo cerrado a cal y canto, que no puede responder a los requerimientos de un modelo 1+3 (1 año de beca y tres años de contrato de trabajo) o un modelo 0+4 (4 años de contrato de trabajo).

5.4. Retribución salarial

En relación a la retribución salarial del personal investigador en formación con contrato de trabajo en prácticas, cabe afirmar que el art. 11.1 e) LET es una norma inadaptada al supuesto de hecho que regula el EPIF. A diferencia de lo establecido en la norma estatutaria, la retribución salarial del personal investigador en formación depende directamente de una financiación externa (relación triangular) o interna (relación bilateral), establecida de antemano por la entidad convocante de las ayudas. Sin embargo, conviene reparar en dos cuestiones jurídico-laborales:

³¹ De acuerdo con el espíritu del EPIF, cuando el beneficiario de la ayuda opte por no firmar el contrato de trabajo en prácticas, la relación de beca se prorrogará hasta su extinción o, en su caso, hasta la elaboración y defensa de la tesis doctoral siempre y cuando se produzca dentro de los dos últimos años de disfrute de las ayudas.

³² Como expresamente recoge el art. 11.1 c) LET, ningún trabajador podrá estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años en virtud de la misma titulación. Por tanto, los beneficiarios de una ayuda a la investigación de naturaleza predoctoral que hayan obtenido posteriormente una ayuda postdoctoral en el mismo centro de adscripción, podrán formalizar un nuevo contrato de trabajo en prácticas siempre y cuando se tome como título habilitante el título de Doctor (disp. adic. 6º EPIF en conexión con el art. 17.1.b de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica).

En primer lugar, la remisión que realiza el art. 11.1 e) LET a la normativa autónoma, debe entenderse en relación al convenio colectivo aplicable al empleador (organismo de investigación). Y, en segundo término, cuando no existiese una norma convencional específica para los trabajadores en prácticas, la retribución salarial del personal investigador en formación no podrá ser inferior al 60 o al 75 por 100, durante el primer o segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo (asimismo, art. 2.1. RD 488/1998, de 27 de marzo)³³.

Ahora bien, el problema en esta materia radica en conciliar, por un lado, el cumplimiento de las anteriores reglas salariales y, por otro lado, equiparar al personal investigador en formación con una categoría de trabajador equivalente que preste sus servicios en el organismo de adscripción. Como no podía ser de otra manera la imprecisión del EPIF en este punto, motiva que las entidades convocantes deban tomar una decisión al respecto de acuerdo con las reglas y variables antes vistas. Así las cosas, en el ámbito universitario se barajan fundamentalmente dos planteamientos.

Una primera solución pasa por equiparar salarialmente al personal investigador en formación con el régimen retributivo fijado en convenio para la figura del profesor ayudante doctor (art. 50 LOU), siempre y cuando, eso sí, el primer año de contrato la retribución sea igual o superior del 60% fijada para esta categoría docente y, a su vez, el segundo año de contrato la retribución sea igual o superior al 75% de la retribución fijada para los profesores ayudantes doctores que se encuentren prestando sus servicios en el mismo organismo de adscripción³⁴.

Y, por otro lado, la segunda solución, adoptada en las Universidades andaluzas, destaca por su extremada sencillez y eficacia, adecuándose de hecho mucho mejor a la realidad de este colectivo. Esta solución pasa por equipar “en bloque” al personal investigador en formación con la figura del profesor ayudante no doctor (art. 49 LOU), aplicando de forma extensiva el régimen salarial de naturaleza convencional establecido para esta categoría docente³⁵.

³³ P. Rabanal Carbajo, *Los contratos de trabajo formativos, op. cit.*, pp. 124 y ss.

³⁴ Un ejemplo de este régimen salarial puede observarse en la Orden de 17 de diciembre de 2008, de la Consejería de Ciencia, Tecnología y Universidad del Gobierno de Aragón, por la que se convocan subvenciones destinadas a la formación y contratación de personal investigador en formación (BOJA nº 214 de 19 de diciembre de 2008).

³⁵ Resolución de 12 de febrero de 2008, de la Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología por la que se convocan incentivos en el 2008 para la formación de personal docente e investigador predoctoral en las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA nº 50 de 12 de marzo de 2008).

Por tanto, cuando el EPIF realiza una remisión a otro ámbito normativo para fijar el régimen salarial del personal investigador en formación, no hace sino abrir la puerta para que sea la entidad convocante la que establezca de forma unilateral el régimen salarial en la correspondiente convocatoria.

5.5. Extinción contractual

El régimen de extinción contractual del personal investigador en formación, constituye un buen ejemplo para apreciar cómo el instrumental jurídico del Derecho del Trabajo “común” resulta inadecuado para regular “directamente” la relación laboral del personal investigador en formación (art. 8.4 EPIF en relación con el art. 11.1. LET y con los arts. 49 y ss. LET).

Siguiendo la senda marcada por la norma estatutaria cabe analizar brevemente *la extinción contractual por mutuo acuerdo (o disenso) de las partes*, ex art. 49.1.a) LET. En este sentido, cabe afirmar que la relación laboral existente entre el sujeto beneficiario de la ayuda y el organismo de adscripción puede extinguirse por mutuo acuerdo de las partes, en cuyo caso, deberá redactarse un finiquito dónde se incluya la liquidación de los salarios devengados hasta el día en que se produzca la extinción contractual, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias y la parte proporcional de vacaciones devengadas y no disfrutadas³⁶.

Continuando con la lectura del precepto estatutario, procedería analizar ahora *la extinción del contrato de trabajo por las causas consignadas válidamente en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario* (art. 49.1.b LET). Si se traslada esta norma a la relación laboral del personal investigador en formación, cabe afirmar que resulta improbable su aplicación, ya que el contrato de trabajo en prácticas funciona como un medio para conseguir un fin de protección sociolaboral. Por tanto, no tiene sentido que el organismo de adscripción fije unas cláusulas específicas de extinción contractual para este colectivo, más allá de la cláusula genérica de naturaleza temporal objeto de comentario a continuación.

El art. 49.1.c) LET establece la causa de extinción contractual más importante que afecta al personal investigador en formación (predoctoral y postdoctoral): *la expiración del tiempo convenido en el contrato de trabajo*, que la mayoría de las veces coincidirá con la expiración temporal de la ayuda a la investigación.

³⁶ K. M. Santiago Redondo, *La extinción consensual de la relación laboral. Un estudio sobre la limitación de los tipos, su causalidad y calificación*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 106 y ss.

Al hilo de esta causa de extinción contractual, merece la pena destacar la posibilidad de prórroga automática en los contratos de trabajo que vinculan al personal investigador en formación con el organismo de adscripción. El factor determinante para que opere la prórroga automática de un contrato de trabajo concluido temporalmente, reside en una mala operativa o deficiente gestión sociolaboral del personal investigador en formación, apreciable cuando concurren varios supuestos a la vez: a) que el contrato de trabajo tenga una duración inferior a 2 años; b) que una vez expirado el tiempo convenido en el contrato no medie denuncia a instancia de parte o prórroga expresa; y, por último, c) que a pesar de haber superado el término contractual y no haberse producido denuncia a instancia de parte o prórroga expresa, el trabajador continúe prestando sus servicios³⁷.

De acuerdo con el art. 11.1. c) LET el período de tiempo disfrutado bajo el umbral del contrato de trabajo en prácticas y, a su vez, el período de tiempo correspondiente a la prórroga automática nunca podrá exceder de dos años. No obstante, cuando hubiere expirado la duración máxima del contrato (incluida en su caso la prórroga automática) y no se hubiere formulado denuncia por parte del organismo de adscripción y, además, el sujeto beneficiario de la ayuda continuara prestando allí sus servicios, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario sobre la naturaleza temporal de los servicios (art. 49.1. c LET).

En siguiente lugar, y de acuerdo con lo previsto en el art. 49.1.d) LET, aparece *la extinción contractual por voluntad del trabajador*. En este sentido, son dos las obligaciones que deberá cumplir el personal investigador en formación con contrato de trabajo: en primer lugar, notificar la dimisión en forma tal que sea conocida por el empleador y, en segundo término, respetar el plazo de preaviso que marque el convenio colectivo aplicable al organismo de adscripción o, en su defecto, la costumbre del lugar³⁸.

³⁷ Cuando el contrato de trabajo en prácticas suscrito entre el beneficiario de la ayuda y el organismo de adscripción sea superior a un año, la parte que formule la denuncia estará obligada a notificar la terminación del contrato de trabajo a la otra parte, con una antelación mínima de quince días, *ex art. 49.1 c) in fine* LET.

³⁸ El preaviso no es condición *sine quom* para la extinción contractual. Como explícitamente señala la jurisprudencia, el preaviso tiene por finalidad otorgar al empresario un tiempo suficiente para sustituir adecuadamente al trabajador y evitar cualesquiera quebrantos en la reorganización del sistema productivo, (STS, sala de lo Social, de 28 de octubre de 1987). M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer / M^a Fernanda Fernández López, *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, La Ley-actualidad, Madrid, 1998, pp. 88 y ss. En consecuencia, como regla general, no deberá prosperar una reclamación de daños y perjuicios (arts. 1101 y concordantes C.C.) frente al beneficiario de la ayuda a la investigación que hubiere omitido el trámite de preaviso en su dimisión.

A continuación, el art. 49.1. e) LET establece como causa de extinción contractual *la muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador*. Este precepto deberá considerarse directamente aplicable a la relación jurídico–laboral de este colectivo³⁹.

Siguiendo el camino trazado en la norma estatutaria el lector se topará de bruces con *la extinción contractual por jubilación del trabajador* (art. 49.1. f) LET). En una primera y apresurada lectura, todo parecería indicar el rechazo a la posibilidad de aplicar esta causa extintiva en base a dos razones: en primer lugar, porque el colectivo de investigadores en formación oscila en un arco de edad lejano a la edad de jubilación y, en segundo término, porque la relación laboral es de naturaleza temporal⁴⁰.

No obstante, en algunos supuestos – quizás de laboratorio – podría producirse una extinción contractual por jubilación del investigador en formación. En este sentido, nótese que las ayudas a la investigación tienen por finalidad la realización de una tesis doctoral o un trabajo de investigación postdoctoral, con independencia de la edad del beneficiario. Por tanto, no hay que descartar la jubilación como causa de extinción contractual en el ámbito del personal investigador en formación, si bien, hay que reconocer la dificultad que entraña la aplicación real de esta causa extintiva a este colectivo⁴¹.

Por su parte, el art. 49.1.g) LET establece como causa de extinción contractual, *la muerte, jubilación e incapacidad del empresario*, siempre y cuando claro está el empleador sea una persona física. Como regla general, estas causas

³⁹ Nótese, asimismo, que el régimen jurídico de suspensión del contrato de trabajo previsto en los arts. 45 y ss. LET, resultará directamente aplicable a la relación laboral del personal investigador en formación. Por tanto, una suspensión contractual rompería la relación temporal coincidente entre el contrato de trabajo y la duración de las ayudas, perpetuándose la relación laboral más allá de la duración de las ayudas a la investigación.

⁴⁰ En el ámbito del personal investigador en formación únicamente cabría hablar de jubilación voluntaria ordinaria, L. Mella Méndez, *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 1ª Ed., 2002, pp. 77 y ss.

⁴¹ P. Gete Castillo, *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 75 y ss. Las convocatorias públicas de ayudas a la investigación que recogieran un límite de edad máximo para los solicitantes de las ayudas, incurrirían en un vicio de inconstitucionalidad por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 C.E.), al privar a un grupo de personas de unas ayudas económicas para realizar trabajos de investigación, sobre la única y criticable base de la edad del solicitante. Por otro lado, sobre la configuración jurídico–constitucional del principio de igualdad como derecho subjetivo de los ciudadanos, *vid.* SSTC de 10 de julio de 1981, 14 de julio de 1982 y 10 de noviembre de 1982. En lo que respecta a la discriminación por razones de edad en una convocatoria pública, véase el voto particular disidente a la cuestión de inconstitucionalidad número 44/1982, que trae origen en un más que polémico pronunciamiento del Tribunal Constitucional, STC 75/1983 (Pleno) de 3 de agosto.

de extinción contractual no resultarían aplicables al personal investigador en formación, ya que las mismas parten de un presupuesto fáctico de difícil aplicación a la relación laboral del personal investigador en formación, esto es, que la titularidad del organismo de adscripción corresponda a una persona física.

Significar, asimismo, que la expiración de la personalidad jurídica del organismo de adscripción constituye una causa de extinción contractual, si bien, en este hipotético caso el personal investigador en formación únicamente tendrá derecho a la indemnización del art. 51.8 LET (veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades).

Continuando la marcha por el abrupto camino de la extinción contractual, conviene detenerse ahora en el art. 49.1. h) LET, que en el ámbito del personal investigador en formación supondría la *extinción del contrato de trabajo por la concurrencia de una causa de fuerza mayor* que imposibilitare definitivamente la prestación del trabajo, de acuerdo con lo previsto además en el art. 51.12 LET. Esta causa de extinción contractual está pensada para las relaciones de producción capitalistas, sin embargo, en el ámbito del EPIF, cuando la autoridad laboral así lo determine, podrá constituir una causa de extinción contractual para el personal investigador en formación⁴².

Otra causa clásica de extinción contractual prevista en el art. 49.1. i) LET es el *despido colectivo fundado en causas económicas*, siempre que aquél haya sido debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en el art. 51 LET.

En una relación triangular el despido colectivo no puede afectar al personal investigador en formación, que se encuentra fuera de la realidad económico-patrimonial del organismo de adscripción. Sin embargo, en una relación bilateral el organismo de adscripción es a la vez la entidad convocante de las ayudas y el sujeto que sufraga los gastos salariales y de seguridad social. Por tanto, únicamente en una relación bilateral el personal investigador en formación podría verse afectado por un despido colectivo cuando el mismo se hubiere fundado en causas económicas (art. 51.8 LET)⁴³.

⁴² J. J. Fernández Domínguez, *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1ª Ed., 1993, pp. 161 y ss. En una relación bilateral, la fuerza mayor supondría la extinción automática del contrato de trabajo que vincula al personal investigador en formación con el organismo de adscripción. Sin embargo, de acuerdo con el espíritu y finalidad de las ayudas a la investigación, en una relación triangular los sujetos beneficiarios deberían tener opción a reubicarse en otro organismo de adscripción, en cuyo caso deberá extinguirse el contrato de trabajo con el organismo de adscripción originario y, a continuación, celebrar un nuevo contrato de trabajo en prácticas por el tiempo restante con el nuevo organismo de adscripción.

⁴³ "...En un despido colectivo el sacrificio de los puestos de trabajo se justifica en el interés a la eficiencia económica y a la supervivencia de la empresa...", J. L. Monereo Pérez / J. A. Fernández Avilés, *El despido colectivo en el Derecho español*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 144.

Otra causa de extinción contractual que resultaría aplicable a la relación sociolaboral del personal investigador en formación, es la extinción por voluntad del “trabajador” fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario, de acuerdo con lo previsto en el art. 49.1. j) LET.

Teniendo en cuenta las causas legales previstas en el art. 50 LET, en una relación bilateral la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado sería, sin duda, la causa dónde podría ampararse el beneficiario de la ayuda para extinguir la relación laboral que le vincula con el organismo de adscripción. Sin embargo, asaltan muchas más dudas en una relación triangular dónde el responsable del pago es la entidad convocante que deberá abonar al empleador la cantidad total de la ayuda económica para cubrir los costes laborales y de seguridad social.

Llegados a este punto, ni qué decir tiene que el contrato de trabajo suscrito por el personal investigador en formación puede extinguirse de acuerdo con lo previsto en el art. 49.1. k) y arts. 54 y ss. LET, esto es, cuando concurren alguna de las causas motivantes de un despido disciplinario⁴⁴.

Con mayor detenimiento habrá que ponderar la posibilidad de que un despido por causas objetivas pueda extinguir la relación laboral del personal investigador en formación (art. 49.1.1, art. 52 y art. 53 LET). Una lectura de conjunto de esos preceptos lleva a considerar que únicamente cuando exista una relación bilateral podría extinguirse la relación laboral del personal investigador en formación por causas económicas (art. 52 c LET), pues en este caso el organismo de adscripción coincide con la entidad convocante y es, en última instancia, el que abona los gastos salariales y de seguridad social devengados por la actividad del personal investigador en formación. Sin embargo, en una relación triangular nunca podría extinguirse la relación laboral del personal investigador en formación por causas económicas, ya que en este supuesto el personal investigador en formación se halla fuera de la esfera patrimonial del organismo de adscripción. En relación a las demás causas objetivas plasmadas en el art. 52 LET, cabe afirmar que la relación laboral del personal investigador en formación tan sólo podría extinguirse por ineptitud del trabajador y, en su caso, por faltas de asistencia al trabajo, a saber:

⁴⁴ La extinción del contrato de trabajo fundada en faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo, es una causa de despido disciplinario clásica en una relación de producción capitalista, no en vano, la falta de asistencia o los retrasos temporales suponen que el trabajo debido no se está realizando, J. I. Bidón y Vigil de Quiñones, *El despido disciplinario y sus causas*, Comares, Granada, 2001, p. 294. Sin embargo, la actividad del personal investigador en formación es una actividad de resultado y, por tanto, los medios (horario de trabajo, lugar de trabajo, etc.) están en un segundo plano.

En primer lugar, la ineptitud (física y/o psíquica) originaria o sobrevenida del personal investigador en formación es plenamente susceptible de operar como causa de extinción de la relación laboral, cuando el trabajador padezca una inhabilidad o carencia de facultades profesionales por el deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo (rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.). Por último, téngase en cuenta que al no existir período de prueba en la relación laboral del personal investigador en formación, no entraría en juego la precisión final contenida en el art. 52 a) LET, a saber: una ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento del período de prueba, no podrá alegarla el empleador con posterioridad a la finalización del período de prueba⁴⁵.

En segundo término, sobre la posibilidad de que acontezca un despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo del personal investigador en formación (art. 52 b) LET), hay que tomar en consideración tres cuestiones: A) La “actividad principal” realizada por el personal investigador en formación es la elaboración de un trabajo de investigación, una actividad de resultado donde no existe obligación jurídica de acudir al “centro de trabajo” en un horario preestablecido, de ahí que no pueda admitirse esta causa de despido objetivo en relación a la “actividad principal” del personal investigador en formación. B) Respecto a las demás actividades accesorias el personal investigador en formación “únicamente” estará obligado a realizar aquellas actividades relacionadas con el desarrollo de su investigación o de la formación específica requerida por ésta durante su transcurso; por tanto, únicamente la falta de asistencia a estas actividades podría dar lugar a la extinción del contrato de trabajo en base a un despido objetivo (art. 7 c) EPIF). C) Las demás actividades accesorias e incluso las tareas docentes en el ámbito universitario, no constituyen obligaciones laborales para el personal investigación en formación, su realización es voluntaria y por ende la falta de asistencia no puede motivar un despido objetivo.

Por otro lado, y como cláusula aplicable en general al régimen de extinción contractual, en el supuesto de que sea una mujer la beneficiaria de una ayuda a la investigación canalizada a través de un contrato de trabajo, ostentará en todo

⁴⁵ La falta de preparación o actualización de conocimientos del personal investigador en formación no puede alegarse por el empleador como causa constitutiva de ineptitud del trabajador, pues la falta de preparación o actualización de conocimientos es consustancial al personal investigador en formación, de ahí que las ayudas a la investigación tengan por finalidad esencial la adquisición y actualización de conocimientos (STS, sala de lo Social, de 2 de mayo de 1990). Sobre el tratamiento jurídico de la ineptitud originaria y sobrevenida, A. Arias Domínguez, *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador, ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 91 y ss. F. Fita Ortega, *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 49 y ss.

momento la facultad de extinguir el contrato de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género (art. 49.1. m LET, añadido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

Como colofón final, nótese que el empleador al comunicar la denuncia o en su caso el preaviso de la extinción contractual, deberá acompañar una propuesta de documento de liquidación con las cantidades adeudadas (salarios devengados y no abonados, parte proporcional de pagas extraordinarias, vacaciones, etc.). Por su parte, antes de proceder a la rúbrica del finiquito, el investigador podrá solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores con la finalidad de obtener un asesoramiento inmediato sobre la procedencia o no del finiquito, exactitud de las cantidades allí consignadas, etc. (art. 49.2 LET).

6. EL RÉGIMEN JURÍDICO-LABORAL DE LOS INVESTIGADORES POSTDOCTORALES

6.1. Aproximación preliminar

Aunque equiparar a los investigadores postdoctorales con los investigadores predoctorales entraña grandes dudas e inconvenientes de partida, lo cierto es que la relación jurídica de ambos colectivos puede ser bilateral o triangular y, además, desde un punto de vista estructural el régimen jurídico-laboral de los investigadores postdoctorales aparece regulado en el EPIF a través de una norma remisiva (disp. adic. 6^a).⁴⁶

A diferencia de los investigadores predoctorales, el sujeto beneficiario de la ayuda a la investigación postdoctoral disfrutará “*automáticamente*” de un contrato de trabajo desde el primer día de incorporación al organismo de adscripción. Por tanto, los investigadores postdoctorales están verdaderamente asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, desde el punto de vista laboral y de seguridad social; sin embargo, al remitirse el EPIF en bloque al Derecho del Trabajo común, se producen determinadas deficiencias jurídicas en el engranaje contractual de este colectivo.

Para sortear estos problemas, lo primero que hay que hacer es delimitar el radio de acción contractual que puede barajarse a la hora de gestionar sociola-

⁴⁶ Como una muestra más de la semejanza entre ambas categorías de investigadores en formación, nótese que el régimen de extinción contractual aplicable a la relación laboral de los investigadores predoctorales resulta extrapolable a la relación laboral de los investigadores postdoctorales.

boralmente al colectivo de investigadores postdoctorales. En este sentido, y de acuerdo con la disp. adic. 6ª EPIF, como regla general, habrá que remitirse en bloque al ordenamiento jurídico-laboral “común” (art. 15.1.a LET), con la única excepción de los organismos de investigación de la Administración General del Estado, que podrán acudir a las vías contractuales establecidas en el art. 17 de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica.

Ahora bien, adviértase que de acuerdo con la disp. adic. 10ª de la Ley 13/1986, de 14 de abril, las Universidades y demás organismos públicos de investigación también podrán utilizar las modalidades contractuales previstas en el art. 17 de la citada norma, a pesar de la redacción literal del EPIF que parece excluir esta posibilidad. Por tanto, para contratar a investigadores beneficiarios de ayudas a la investigación postdoctorales, los organismos públicos de investigación y las universidades (públicas y privadas) pueden y “deben” acudir a las modalidades contractuales establecidas en el art. 17 de la Ley 13/1986, de 14 de abril.

6.2. Contrato “común” de obra o servicio determinado

Los organismos privados de investigación con ánimo de lucro se encuentran a la deriva en un mar de incertidumbres jurídicas ya que, de acuerdo con la disp. adic. 6ª EPIF, únicamente pueden acudir al contrato de trabajo por obra o servicio determinado (art. 15.1.a LET). Sin embargo, esta modalidad contractual resulta inadecuada para dar cobertura jurídica a la actividad desarrollada por los investigadores postdoctorales dentro de los contornos de una ayuda a la investigación, con una duración cierta y limitada en el tiempo.

Como ha puesto de manifiesto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, para que pueda formalizarse válida y eficazmente un contrato “común” de trabajo por obra o servicio determinado, deben concurrir al unísono una serie de requisitos básicos: a) que la obra o servicio que constituya su objeto presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su duración aunque determinada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato con precisión y claridad la obra o el servicio que constituye su objeto; y, por último, d) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de la obra o en el cumplimiento del servicio determinado y no en tareas distintas⁴⁷.

⁴⁷ SSTS, sala de lo Social, de 10 de octubre de 2005 y 24 de abril de 2006.

En consecuencia, el contrato de trabajo por obra o servicio determinado no puede utilizarse “directamente” por los organismos privados de investigación para contratar a investigadores postdoctorales, ya que la prestación de servicios aparece determinada temporalmente por la duración de la ayuda a la investigación y, por tanto, presenta una duración cierta en el tiempo. Pero es más, la utilización de esta modalidad contractual por un organismo privado de investigación podría originar problemas si el trabajo de investigación no hubiera concluido al término de la ayuda a la investigación; en cuyo caso, el contrato de trabajo podría convertirse en indefinido y la extinción contractual podría desembocar en un despido improcedente, con los efectos jurídicos y patrimoniales que le son inherentes⁴⁸.

En definitiva, la problemática jurídico–contractual que acecha a los organismos privados con ánimo de lucro, no aparece en los demás organismos de investigación, ya que de acuerdo con la disp. adic. 10^a y el art. 17.2. de la Ley 13/1986, de 14 de abril, las universidades, los organismos públicos de investigación y las entidades privadas sin ánimo de lucro, pueden utilizar las vías de contratación previstas en el art. 17.1 de la Ley 13/1986, de 14 de abril. Este último precepto constituye el paradigma de una regulación jurídico–laboral especial, diseñada para adecuar el ordenamiento jurídico vigente a los nuevos supuestos de hecho que nacen en la sociedad y no encuentran un perfecto acomodo en el Derecho del Trabajo “común”.

6.3. Contrato para la realización de un proyecto específico de investigación

El art. 17.1.a) de la Ley 13/1986, de 14 de abril, recoge el contrato para la realización de un proyecto específico de investigación. Esta modalidad contractual estará regida supletoriamente por lo dispuesto en el art. 15.1.a) LET. Como especialidad más relevante recoge expresamente un régimen de evaluación anual en virtud del cual el contrato de trabajo podrá extinguirse cuando no se superen los objetivos previstos⁴⁹.

Ahora bien, en el ámbito específico del EPIF no cabe utilizar este contrato de trabajo especial, pues la duración del contrato viene determinada por la duración de la ayuda postdoctoral, de ahí que se incumpla uno de los requisitos básicos del contrato de trabajo por obra y servicio determinado, esto es, que la duración del trabajo sea incierta.

⁴⁸ Art. 15.3 LET en conexión con el art. 56 LET y con la STS, sala de lo Social, de 30 de noviembre de 2004.

⁴⁹ Con carácter general, J. Moreno Gené, “*El contrato para la realización de un proyecto específico de investigación*”, Aranzadi Social, nº 21/2004, 2005, BIB 2005/608, pp. 79 y ss.

6.4. Contrato para la incorporación de investigadores al sistema español de ciencia y tecnología

Las universidades, los organismos públicos de investigación y las entidades privadas sin ánimo de lucro, pueden acudir al art. 17.1. b) de la Ley 13/1986, de 14 de abril, y utilizar el contrato para la incorporación de investigadores al sistema español de ciencia y tecnología. Esta modalidad contractual constituye una adaptación especial del contrato de trabajo en prácticas que puede ser utilizado para contratar a aquellas personas que tengan el título de Doctor, suprimiéndose la limitación temporal de su obtención dentro de los 4 años anteriores a la formalización del contrato de trabajo⁵⁰.

El trabajo objeto del contrato para la incorporación de investigadores al sistema español de ciencia y tecnología, consistirá en la realización de actividades, programas o proyectos de investigación que permitan ampliar, perfeccionar o completar la experiencia científica del interesado. De forma accesoria, se establece un régimen de evaluación bianual, en virtud del cual podrá extinguirse el contrato de trabajo al no superarse favorablemente la evaluación. Y, por otro lado, se amplía el abanico temporal del contrato de trabajo en prácticas (art. 11.1. LET), ya que la duración de este contrato de trabajo especial no podrá ser inferior a 1 año ni superior a 5.

Desde el punto de vista económico, la retribución laboral del sujeto beneficiario de la ayuda a la investigación postdoctoral no podrá ser inferior a la que corresponda al personal investigador que realice idénticas o análogas actividades en el organismo de adscripción. Este mandato extrapolado al ámbito de las universidades, supondría que los investigadores postdoctorales adscritos a una universidad debieran tener el mismo régimen salarial que la figura del profesor ayudante doctor (art. 50 LOU).

Una vez visto lo anterior, nótese que de acuerdo con el inciso final del art. 17 de la Ley 13/1986, de 14 de abril, las Universidades Públicas únicamente podrán recurrir a este régimen de contratación especial cuando exista una relación triangular entre el sujeto beneficiario de la ayuda, la entidad convocante y la universidad como organismo de adscripción. En consecuencia, las entidades privadas sin ánimo de lucro, los organismos públicos de investigación y las Universidades (en una relación triangular) cuentan con una regulación especial que les permite contratar a investigadores postdoctorales beneficiarios de una ayuda a la investigación, a través del contrato para la incorporación de investigadores al sistema español de ciencia y tecnología. Mientras tanto, los orga-

⁵⁰ J. Moreno Gené, "El contrato de incorporación de investigadores al sistema de ciencia y tecnología", Revista de Derecho Social, nº 29, Enero-Marzo, 2005, pp. 119 y ss.

nismos privados de investigación con ánimo de lucro así como las universidades en una relación bilateral (art. 17.2. *in fine* Ley 13/1986, de 14 de abril), se hallan en la difícil tesitura de tener que batallar con un ordenamiento jurídico–laboral “común” inadaptado para regular jurídicamente la relación laboral de los investigadores postdoctorales.

Por último, indicar que los programas de ayuda a la investigación postdoctoral financiados con fondos públicos, existentes y vigentes a la entrada en vigor del EPIF deberán adecuarse al régimen jurídico–laboral establecido en su disp. adic. 6ª. A tal fin, los beneficiarios de las ayudas de estos programas deberán ser contratados laboralmente en el plazo máximo de 4 meses a partir de la entrada en vigor del EPIF. En caso de que el organismo de adscripción no cumpliera con esta obligación (disp. trans. única EPIF), los sujetos beneficiarios de las ayudas postdoctorales podrían iniciar sendos procedimientos (extra–judiciales y jurisdiccionales) tendentes a reconocer sus derechos y hacer efectiva la mencionada obligación jurídica.

7. EL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL DEL PERSONAL INVESTIGADOR EN FORMACIÓN

7.1. Caracterización jurídico–positiva

En nuestro país, el régimen de protección social dispensado a los beneficiarios de una ayuda a la investigación puede encuadrarse en tres etapas sucesivas en el tiempo. La primera etapa coincide con el nacimiento y desarrollo de las primeras iniciativas (públicas y privadas) de fomento de la actividad científico–tecnológica, se extiende hasta las últimas décadas del S. XX y está caracterizada por una absoluta desprotección social de este colectivo derivada de la falta de conciencia “social” de las entidades convocantes, organismos de adscripción y del propio colectivo de investigadores en formación. Durante esta primera etapa, como si de una relación causa–efecto se tratara, el ordenamiento jurídico–laboral ofrece la llamada por respuesta y, en consecuencia, las entidades convocantes de las ayudas, – lejos de articular alguna medida de protección social –, se limitan únicamente a abonar una renta económica de subsistencia. Por tanto, en esta etapa los beneficiarios de las ayudas únicamente pudieron disfrutar del seguro escolar como mecanismo de protección social vinculado a la matriculación en el correspondiente programa de doctorado.

La segunda etapa, más cercana en el tiempo, arranca en las últimas décadas del S. XX y finaliza en los primeros años del siglo XXI. Durante esta etapa no existe ninguna norma heterónoma que obligara a las entidades convocantes a establecer medidas de protección social y, menos aún, que fuera el sistema público de seguridad social el encargado de ofrecer cobertura a este colectivo.

En este período, las entidades convocantes comienzan a tomar conciencia de la escasa protección social dispensada al colectivo de investigadores en formación y, como no podía ser de otro modo, centran su atención en la contingencia más apremiante: la salud.

En esta segunda etapa comenzó a forjarse de forma asimétrica un movimiento voluntarista que desembocó en una práctica consuetudinaria. Numerosas entidades convocantes asumieron la “obligación moral” de acudir al sector de la medicina privada, a través de la concertación de pólizas colectivas de salud. Igualmente, las entidades convocantes asumieron como si de una costumbre se tratara, el abono de los gastos del seguro escolar y los precios públicos correspondientes a la matriculación en los programas de doctorado. Por último, significar que los gastos derivados de las pólizas de salud, seguro escolar y precios públicos, constituían partidas económicas complementarias a la ayuda económica principal de subsistencia que percibía el becario durante la realización del trabajo de investigación⁵¹.

Pues bien, con la llegada del nuevo siglo (y milenio) se sube un escalón más en este tortuoso camino y se llega a la tercera etapa marcada por el tránsito del voluntarismo consuetudinario hacia la obligación jurídica reconocida en una norma heterónoma⁵².

Continuando con esta evolución temporal se promulga a bombo y platillo el EBI, si bien, pronto se vislumbró que esta norma establecía un régimen de protección parcial y condicionado que motivó su escasa vigencia temporal. Uno de los aspectos más sobresalientes de esta norma es que por vez primera en la historia, se incluye al personal investigador en formación dentro del RGSS, como si de trabajadores por cuenta ajena se tratara. Sin embargo, para que el becario de investigación se beneficiara de este régimen de protección sociolaboral, debía estar en posesión del título de suficiencia investigadora o del título

⁵¹ “... Al punto que en el seno del pueblo surge y se hace sentir una necesidad jurídica (cuando aún no se han determinado por ley ni por costumbre la calidad y la proporción de los medios con que esa necesidad ha de satisfacerse), pónense en acción las energías plásticas que se hallaban como en tensión y ocultas en las entrañas de la sociedad, y elaboran y exteriorizan en el mudo lenguaje de los hechos una regla positiva, congruente con los principios eternos de justicia ...”, J. Costa, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Comares, Granada, 1999, p. 269. Significar, asimismo, que la norma consuetudinaria se desarrolla espontáneamente y se impone como un criterio de conducta por efecto de un uso prolongado, V. Ferrari, *Lineamenti di sociologia del diritto*, I. *Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 185.

⁵² “... Una clase que no contrae ningún seguro es, siempre, una carga para la sociedad; una clase que se asegura, no solamente no es un carga social, sino que constituye desde el punto de vista de su previsoría administración, actualmente, una fuente de utilidad en beneficio de la sociedad en general...”, H. J. Laski, *La gramática de la política: el Estado moderno*, Granada. Comares. 2002. p. 528.

de Doctor, sin perjuicio, además de la necesidad perentoria de que el programa de ayudas estuviera inscrito en el Registro de becas de investigación. Por tanto, con el EBI la cobertura de seguridad social dependía de la voluntad arbitraria de las entidades convocantes de inscribir o no sus programas de ayudas en el Registro de becas de investigación.

Con ánimo de superar las deficiencias del EBI, entra en vigor el EPIF, que establece un sistema integral de protección social para los beneficiarios de ayudas a la investigación encuadrados dentro de su ámbito de aplicación. La incorporación del becario de investigación al organismo de adscripción conlleva el alta en el RGSS, gozando de la protección del sistema de Seguridad Social mientras dure la ayuda a la investigación, si bien, esta cobertura varía en función de que el sujeto se halle en régimen de beca predoctoral o en régimen laboral.

Téngase en cuenta además que en una relación bilateral las obligaciones y costes de seguridad social recaerán de forma directa sobre la entidad convocante que, en este caso, además de actuar como empleador deberá “abonar de su propio bolsillo” las cuotas patronales de seguridad social y, asimismo, tendrá la obligación de interactuar con las distintas entidades gestoras de la Seguridad Social.

Sin embargo, en una relación triangular los sujetos que asumen las obligaciones empresariales en materia de seguridad social, varían en función de que exista una relación de beca o una relación laboral. Por un lado, en una relación de beca será la entidad convocante la que asuma las obligaciones empresariales en materia de seguridad social e interactúe con las distintas entidades gestoras. Y, por otro lado, en una relación laboral será el organismo de adscripción como empleador “formal” el que asuma las obligaciones empresariales en materia de seguridad social e interactúe con las distintas entidades gestoras, y ello a pesar de que la entidad convocante de las ayudas sea la encargada “real” de sufragar los costes de seguridad social.

Por último, señalar que tal y como establece la disp. adic. 4ª EPIF, al personal investigador en formación no le será de aplicación el Real Decreto 270/1990, de 16 de febrero, por el que se incluyen en el régimen del seguro escolar a los alumnos que cursen el tercer ciclo de estudios universitarios conducentes al título de Doctor, y ello para evitar una superposición de mecanismos de protección como son el seguro escolar y la protección más amplia derivada de la inclusión de este colectivo en el RGSS.

7.2. Investigador predoctoral en régimen de beca

a) Ámbito subjetivo

El régimen jurídico-laboral del personal investigador en formación depende en buena medida del carácter predoctoral o postdoctoral de la ayuda a

la investigación. Sin embargo, en el ámbito de la seguridad social el punto de inflexión reside en la celebración o no de un contrato de trabajo por parte del beneficiario de la ayuda y el organismo de adscripción.

En el supuesto de que el investigador (predoctoral o postdoctoral) haya suscrito un contrato de trabajo se le aplicarán las normas comunes de Seguridad Social. Ahora bien, cuando el investigador predoctoral carezca de un contrato de trabajo y se encuentre por ende en régimen de beca, se aplicarán las reglas específicas contenidas en la disp. adic. 1ª EPIF (art. 97.2 I LGSS) y con carácter supletorio las demás normas comunes de seguridad social que no entren en colisión con el régimen específico de seguridad social previsto en el EPIF⁵³.

Antes de entrar a analizar las reglas de este régimen específico de seguridad social, conviene precisar qué investigadores en formación se hallan incluidos dentro de su ámbito de aplicación. A saber:

- 1) Investigadores predoctorales que no estén en posesión del DEA o documento administrativo que lo sustituya.
- 2) Investigadores predoctorales que a pesar de estar en posesión del DEA o documento administrativo que lo sustituya, se encuentran disfrutando de la ayuda a la investigación dentro de los dos primeros años.
- 3) Investigadores predoctorales que no cumplan con cualesquiera otros requisitos específicos establecidos por las entidades convocantes, distintos al DEA o documento equivalente.
- 4) Investigadores predoctorales que habiendo cumplido los dos primeros años de beca, no hubieren recibido una evaluación positiva sobre su actividad científica, tecnológica, humanística o artística, por el órgano determinado en la convocatoria de las ayudas.
- 5) Y, por último, investigadores predoctorales que pese a cumplir los requisitos temporales y académicos exigidos, hubieren rechazado la oferta contractual y continúen en régimen de beca.

⁵³ Recuérdese que a través del art. 97.2 I) LGSS se han asimilado como trabajadores por cuenta ajena a varios colectivos de cara a su inclusión en el RGSS: reclusos que realizan trabajos penitenciarios retribuidos (D 573/1967 de 16 de marzo y RD 782/2001, de 6 de julio), clérigos de la iglesia católica (R.D. 2398/1977, de 27 de agosto), etc. J. L. Tortuero Plaza, dentro de la obra colectiva, *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, (Dir. J. L. Monereo Pérez y M^a. N. Moreno Vida), Tomo I, Comares, Granada, 1999, pp. 987 y ss. El art. 97.2. I) LGSS, constituye el único resquicio legal para poder incluir dentro del sistema de seguridad social a un colectivo que no es sujeto de una relación laboral y que, por tanto, carece de un contrato de trabajo.

b) Ámbito objetivo de protección

Una vez analizado el ámbito subjetivo de aplicación de la disp. adic. 1ª del EPIF, conviene reparar en la acción protectora de este colectivo, que aparece configurada en la citada norma a través de una regla general positiva y una regla especial negativa. En este sentido, la acción protectora será la correspondiente al Régimen General de la Seguridad Social en toda su extensión, con la única exclusión de la protección por desempleo para el investigador predoctoral sin contrato de trabajo.

Desde un punto de vista jurídico-positivo hay que considerar acertada la opción mantenida en el EPIF de excluir de la protección por desempleo a los investigadores predoctorales sin contrato de trabajo, y ello por la sencilla razón de que este colectivo está al margen del mercado laboral y, por tanto, no puede ni debe cotizar por una contingencia (desempleo) que no les puede afectar en el futuro mientras persista la relación de beca y, consecuentemente, la situación de desempleo originaria⁵⁴.

c) Normas aclaratorias: accidente de trabajo y enfermedad profesional

Dentro del régimen especial de Seguridad Social contenido en la disp. adic. 1ª EPIF, hay que destacar la existencia de unas normas aclaratorias que vienen a concretar y a perfilar los conceptos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, de cara a su aplicación en la atípica relación de seguridad social de los investigadores predoctorales sin contrato de trabajo.

En primer lugar, se considera accidente de trabajo el que sufran los beneficiarios de las ayudas a la investigación como consecuencia del desempeño de las tareas y funciones inherentes a su actividad. Y, en segundo término, se considera enfermedad profesional la contraída a consecuencia de las tareas y funciones efectuadas por el personal investigador en las actividades especificadas por la normativa reguladora de las enfermedades profesionales.

⁵⁴ En esta misma dirección, R. Aguilera Izquierdo, “*El Estatuto del Becario de Investigación*”, *op. y loc. cit.*, p. 41. La exclusión de la protección por desempleo está avalada por la STS, sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de junio de 2005; no obstante, adviértase que varios países europeos reconocen la protección por desempleo a los investigadores en formación. En esta materia existen posicionamientos doctrinales que defienden la cobertura de protección por desempleo a todos los investigadores en formación, con independencia de su régimen de beca o contrato de trabajo, J. Moreno Gené, *El personal becario e investigador: evolución, situación actual y problemas cruciales*, dentro de la obra colectiva, *El personal docente investigador (PDI) laboral de centros universitarios*, A. V. Sempere Navarro (Dir.), Seminario de Jaca, AEDTSS, Laborum, 2006, p. 53.

d) Normas de cotización

Una vez que se ha pasado de puntillas sobre el ámbito subjetivo, la protección social y las normas aclaratorias que contiene este régimen específico de seguridad social, cabe analizar las normas específicas sobre cotización a la Seguridad Social.

La primera norma se refiere al cálculo de la base de cotización por contingencias comunes y profesionales para los investigadores predoctorales sin contrato de trabajo; una norma esencial pues de su aplicación dependerá el montante económico de las prestaciones. En este sentido, y de acuerdo con la disp. adic. 1ª EPIF, la base de cotización por contingencias comunes y profesionales estará constituida por la cuantía del tope mínimo absoluto de cotización vigente en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social.

Esta base de cotización resultará aplicable a todas las convocatorias de ayudas vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del EPIF y, asimismo, a las ayudas a la investigación convocadas después de la entrada en vigor de esta norma y antes del 31 de diciembre de 2006. A partir de esa fecha, las convocatorias de ayudas a la investigación que surtan efectos para el año 2007, tendrán una base de cotización constituida por la base mínima de cotización vigente en cada momento para el grupo de cotización 1⁵⁵.

Con estas reglas de cálculo de la base de cotización se desliga “intencionadamente” dos conceptos anudados entre sí como son la retribución real y la base de cotización, con la finalidad de atenuar los efectos económico-patrimoniales que habrán de soportar las entidades convocantes tras la entrada en vigor del EPIF y el nuevo escenario de derechos y obligaciones existentes en materia de seguridad social⁵⁶.

En relación a los conceptos sobre los que deberá cotizar el colectivo de investigadores predoctorales sin contrato de trabajo, cabe señalar que por su propia idiosincrasia no deberán cotizar por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial ni por Formación Profesional.

En lo que respecta a la gestión sociolaboral, las liquidaciones de cuotas estarán siempre referidas a mensualidades naturales y su comunicación y pago se efectuarán por meses naturales vencidos. Señalar, por último, que la incorporación de los investigadores al RGSS, con la consiguiente afiliación y/o alta, así

⁵⁵ Con este cálculo de la base de cotización además de suponer un ahorro en cuotas de seguridad social considerable para las entidades convocantes, se recorta asimismo el montante económico de las prestaciones de seguridad social.

⁵⁶ Los investigadores en formación con contrato de trabajo tendrán una base de cotización calculada en función de sus retribuciones salariales reales (disp. adic. 1ª, segundo apartado, EPIF).

como su baja, se hará efectiva a partir de la fecha concreta en la que se acredite el inicio o cese de la actividad del beneficiario de la ayuda a la investigación.

7.3. Bonificación en la cotización

La disp. adic. 2ª del EPIF establece una bonificación del 30 por ciento de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes en la cotización relativa al personal investigador en formación predoctoral y postdoctoral. Esta bonificación opera sobre la cuota empresarial que habrán de sufragar “materialmente” las entidades convocantes, en base a dos fórmulas aplicables según los casos (art. 8.3 y disp. adic. 1ª c EPIF), a saber:

A través de la primera fórmula se bonificará en un 30 por ciento las cuotas devengadas durante el período de un año, contado desde el primer día del mes siguiente al del alta en el RGSS. Esta fórmula de bonificación se aplicará con carácter general a los programas de ayudas a la investigación convocados con posterioridad a la entrada en vigor del EPIF y, asimismo, a los programas de ayudas a la investigación convocados con anterioridad a la entrada en vigor del EPIF, en los que existan beneficiarios de ayudas a la investigación sin haber sido dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

Por su parte, la segunda fórmula de bonificación se aplicará cuando existan investigadores en formación (predoctorales o postdoctorales) que estuvieren dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social por obra y gracia del EBI, con anterioridad a la entrada en vigor del EPIF. En tal caso, el 30 por ciento de la bonificación anual se computará a partir del día primero del mes siguiente al de la entrada en vigor del EPIF (4 de febrero de 2006).

Como puede observarse la bonificación en las cuotas “patronales” de seguridad social por el personal investigador en formación, constituye una novedad respecto al EBI que no las contempló. La finalidad de esta bonificación dista mucho del propósito que persiguen la amplia mayoría de bonificaciones en materia de seguridad social (creación de empleo, mejora de las condiciones laborales, búsqueda de un empleo de calidad, impulso para la contratación indefinida, etc.). Esta bonificación, por el contrario, persigue reducir los gastos de seguridad social a los que habrán de hacer frente las entidades convocantes, procurando que la entrada en vigor del EPIF no produzca una desaceleración en el fomento de la actividad científico–tecnológica de nuestro país.

8. CONCLUSIONES

El EPIF, desde su origen, ha estado mediatizado por una serie de variables jurídicas (Derecho comunitario, Derecho comparado, etc.) y metajurídicas

(sociológicas, políticas, económicas, etc.), que han sido las responsables de moldear a fuego lento la voluntad del poder ejecutivo español hasta conseguir la elaboración de un reglamento administrativo, que tiene por finalidad principal otorgar protección sociolaboral al colectivo de investigadores en formación (predoctorales y postdoctorales).

Ahora bien, el Derecho no sólo vive de fines, también resultan cruciales los medios jurídicos instaurados para alcanzar esos fines. Y es aquí donde comienzan los problemas. El proceso de elaboración del EPIF ha estado marcado esencialmente por la “precipitación” para dar cumplimiento, por un lado, a los compromisos electorales suscritos años atrás y, por otro lado, para acallar un movimiento de protesta y movilización colectiva⁵⁷.

Estas prisas en la elaboración del EPIF son las responsables de forjar su carácter remisivo hacia el Derecho del Trabajo “común”, lo que origina problemas de engranaje jurídico–contractual debido a las diferencias existentes entre la relación laboral común y la relación laboral del personal investigador en formación⁵⁸.

El art. 11.1 LET establece que no podrán celebrarse contratos de trabajo en prácticas con aquellas personas (beneficiarios de las ayudas) que hubieren obtenido los títulos habilitantes (DEA o documento administrativo que lo sustituya) con una antigüedad superior a 4 años, tomando como referencia temporal el momento de la formalización del contrato de trabajo. Con esta regulación laboral “común” los beneficiarios de las ayudas a la investigación que hubieran obtenido el DEA con una antigüedad superior a 4 años, deberán continuar con

⁵⁷ El EPIF participa de los problemas a que se enfrenta a diario el Derecho Administrativo a la hora de conjugar los fines políticos, económicos, sociales, etc., de una actuación administrativa con las normas del Ordenamiento Jurídico vigente, G. Jèze, *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, (Trad. C. García Oviedo), Reus, Madrid, 1928, pp. 31 y ss.

⁵⁸ Cuando una norma está orientada a unos fines concretos puede apropiarse de los medios existentes, asimilándolos a su finalidad, para que salgan de su potencialidad y cumplan realidades concretas, J. Costa, *Teoría del Hecho Jurídico Individual y Social*, op. cit., pp. 45 y ss. Con la entrada en vigor del EPIF, se han homologado jurídicamente las diferencias existentes entre los trabajadores por cuenta ajena y el personal investigador en formación; en este sentido, y en relación al método de homologación jurídica para equipar situaciones jurídicas diferentes, L. Ferrajoli / M. Carbonell, *Igualdad y diferencia de género*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Colección Miradas 2, México, 2005, pp. 9 y ss. La incoherencia normativa sale a la luz cuando no existe una cohesión armónica entre la finalidad de la norma y los medios jurídicos para alcanzarla, M. Aínis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma–Bari, 2002, pp. 153 y ss. Como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional, el principio de igualdad “no prohíbe dar un tratamiento distinto a situaciones razonablemente desiguales”, por tanto, no debe exigirse una igualdad de tratamiento jurídico para todas las relaciones de trabajo (SSTC de 1 de junio de 1983 y 24 de febrero de 1984, citadas ambas por A. Montoya Melgar, en su artículo “Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador”, REDT, nº 109, 2002, p. 5).

el régimen de beca predoctoral hasta la terminación de las ayudas, quedando desprovistos de la protección sociolaboral que dispensa el contrato de trabajo en prácticas⁵⁹.

Otro supuesto dónde se percibe la inadecuación de los instrumentos contractuales del Derecho del Trabajo “común”, sería el relativo a los investigadores postdoctorales adscritos a un organismo privado de investigación con ánimo de lucro (disp. adic. 6ª EPIF). El régimen jurídico-laboral de estos investigadores zozobra en un mar de confusiones porque la ayuda a la investigación tiene una duración temporal cierta establecida en la convocatoria, que rompe los requisitos establecidos por la jurisprudencia para poder contratar por obra y servicio determinado so pena de aplicar el art. 15.3 LET.

Y, por último, los investigadores postdoctorales inmersos en una relación bilateral y adscritos a una universidad pública únicamente pueden acudir al contrato de trabajo “común” por obra y servicio determinado (art. 17.2 *in fine* Ley 13/1986, de 14 de abril), planteándose los mismos problemas jurídico-contractuales que los existentes para los investigadores postdoctorales adscritos a organismos privados de investigación con ánimo de lucro.

Estos ejemplos evidencian los efectos perniciosos que acontecen cuando pretende regularse a través del Derecho del Trabajo “común” la relación sociolaboral del personal investigador en formación. Por tanto, deberán arbitrase soluciones jurídicas que impidan la desprotección sociolaboral derivada de la no formalización de un contrato de trabajo.

En consonancia con esto último, una primera posibilidad consistiría en adoptar un futuro modelo de regulación jurídico-laboral que, a diferencia del actual, establezca una regulación jurídico-laboral “especial” para el colectivo de investigadores en formación (predoctorales y postdoctorales).⁶⁰

Por otro lado, una segunda posibilidad consistiría en elaborar una norma con rango de ley que, manteniendo la remisión normativa hacia el Derecho del Trabajo “común”, recogiera al menos tres especificaciones para evitar los defectos de engranaje jurídico-contractual antes vistos:

- A) En el ámbito de las ayudas predoctorales deberá desaparecer la limitación temporal existente en relación a la obtención del DEA o docu-

⁵⁹ El art. 11.1. LET está pensado para ser aplicado en el proceso de producción capitalista y para evitar fraudes de ley y abusos de Derecho. En el ámbito del personal investigador en formación, no deben existir resquicios contractuales que puedan privar de protección sociolaboral al beneficiario de una ayuda a la investigación.

⁶⁰ Como paradigma de una regulación laboral especial en el ámbito del trabajo formativo, RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, (BOE de 7 de octubre de 2006).

mento administrativo que lo sustituya con una antigüedad inferior a cuatro años.

- B) Los investigadores postdoctorales adscritos a organismos privados de investigación con ánimo de lucro, podrán acceder al régimen de contratación laboral previsto en el art. 17.1 b) de la Ley 17/1986, de 14 de abril.
- C) Y, por último, los investigadores postdoctorales adscritos a una universidad e inmersos en una relación bilateral, podrán acceder al régimen de contratación laboral previsto en el art. 17.1 b) de la Ley 17/1986, de 14 de abril.

Como es sabido, el Derecho depende de la voluntad y, por tanto, sólo con el paso del tiempo podrá vislumbrarse cuál es la voluntad real de los poderes públicos en esta materia. Mientras tanto, y con el EPIF en la mano, resulta cuanto menos criticable que existan investigadores en formación desprotegidos sociolaboralmente por un defecto de engranaje jurídico–contractual⁶¹.

⁶¹ “...El ámbito del Derecho es en general lo espiritual y su lugar más exacto y su punto de partida la voluntad, que es libre de tal modo que la libertad constituye su sustancia y determinación...”, G. W. F. Hegel, *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, (Trad. C. Díaz), Libertarias / Prodhufi S.A., 1ª Ed., Madrid, 1993, p. 96.

Mercado de Trabajo

EL MERCADO LABORAL ACELERA SU CAÍDA

INFORME DE COYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (PRIMER TRIMESTRE DE 2009)*

SANTOS M. RUESGA BENITO
Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
Catedrático E.U. de Economía Aplicada
Universidad de Sevilla

CARLOS RESA NESTARES
Investigador del Colegio de México

EXTRACTO

Palabras Clave: Crisis económica

La crisis económica está afectando de forma significativa y acelerada al mercado de trabajo tanto en España como en Andalucía. Según los datos proporcionados por la EPA, el primer trimestre de 2009 muestra una caída de la ocupación y un aumento del desempleo que alcanza los cuatro millones de personas. En el artículo se pasa revista a la evolución de los últimos trimestres de las principales variables laborales a nivel español y andaluz.

ABSTRACT

Key Words: Crisis

The economic crisis is beating Spanish economy with special strength and intensity. As a result, labour markets variables show a very bad evolution both in Spain and in Andalusia. According to the data afford by National Statistics Institute for the first term of 2009, employment is falling very quickly while labour supply still grows very softly. As a result, unemployment has grown in the last year reaching the figure of 4 millions. The paper show the evolution of the main labour variables in Spain and Andalusia during the last years.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 1 de mayo de 2009.

ÍNDICE

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. EL DESEMPLEO
5. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA
 - 5.1. La oferta de trabajo
 - 5.2. La demanda de trabajo
 - 5.3. El desempleo

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA

La economía española se despeña por un precipicio del que aún no se percibe el final y con ella se lleva las esperanzas laborales de una parte notable de los españoles en una inflexión no difícil de predecir en el mundo real: cuanto más alto subes, más dura será la caída. Si se crea mucho empleo en la bonanza, se perderá en cantidades igualmente abruptas en la recesión. Las proporciones pueden ser variables. Esta es una de las principales cuestiones a la que nos enfrentamos en la situación actual: es inevitable estos extremos en el comportamiento del mercado de trabajo en España cuando en los países de nuestro entorno el impacto de la crisis económica no se ha traducido en una destrucción de empleo tan masiva como la que ocurre en nuestro país.

Las causas de la caída intensa en el crecimiento y en el empleo están contenidas y explicadas en los orígenes del aceleramiento. La Alta Velocidad Española alcanzó su punto de aceleración sostenido sobre la base de un combustible volátil que se pensó que duraría para siempre como si se tratase de una gasolina venida del cielo. Se trataba del crédito fácil a familias y empresas, en gran medida procedente de la extraordinaria liquidez internacional, que se trasladaba dos engranajes: un consumo interno masivo y altísimas expectativas de futuro en las inversiones. La primera se sostiene por sí misma: las familias se endeudan para gastar. La segunda se apoya en aforismos convertidos en ley por la fuerza, no de su cumplimiento en condiciones naturales, sino por la repetición insustancial: “los precios de la vivienda nunca bajaran y la mejor inversión es el *ladrillo*”.

Como demuestra (y demuestra) la experiencia internacional, los precios de los bienes inmuebles sí son susceptibles de crecimientos negativos, bonito eufemismo para el descenso sin paracaídas. En España, este descenso, que es efecto, uno más, que no la causa, de la crisis tiene su origen en la restricción del crédito de parte de las entidades financieras. Como son una minoría los que pueden adquirir una vivienda tirando sólo de sus ahorros, la inmensa mayoría de la demanda se ha volatilizado. Los que quieran vender, y se puede aguantar mucho, pero no todo el mundo puede retrasarse eternamente, tendrán que

hacerlo con descuento. Como en la Bolsa, se trata de una inversión fallida, que resulta que para muchas familias es la más importante de sus vidas.

El elemento realmente importante de la crisis es financiero, ya no llega el dinero a espaldas de los mercados internacionales para financiar el consumo interno: de viviendas y de otras muchas cosas. Y las rentas internas, los salarios y los beneficios, no dan para mantener el nivel de vida que se acostumbraba. Además, los que sí tienen rentas, que los hay, prefieren dedicarlas al ahorro para solidificar su situación en el futuro o porque el descenso de precios, también llamado deflación, hace más aconsejable consumir mañana que hoy: mañana estará más barato. De la combinación de los tres factores y sus causas, pero sobre todo del primero, se llega a la conclusión: la demanda interna de las familias, verdadero motor económico español durante la última década y media, se ha frenado. De crecimiento a tasas del cuatro por ciento hace poco más de un año se ha pasado a un descenso del consumo final de los hogares del 2,3 por ciento en el último trimestre de 2008. El consumo público actúa como paliativo de emergencia de esta caída, pero resulta de escasa significación en el conjunto. Entre el primer y el último trimestre de 2008, el gasto público no inversor pasó de una tasa de crecimiento del 3,7 por ciento al 6,3 por ciento en un avance gradual pero constante que es seguro que aumentará en el futuro.

Pero el desplome de las expectativas sobre la economía española no sólo afecta al consumo de las familias. Se ceba en la inversión, que es la base de la productividad futura de una economía. La inversión bruta en bienes de equipo pasó de estar crecimiento a tasas bastante por encima del diez por ciento interanual en 2007 a una recesión del 9,7 por ciento en el último trimestre de 2008. La inversión en construcción registra un retroceso aún mayor, por encima del diez por ciento. El resultado final es que la demanda nacional, que a principios de 2007 crecía a tasas por encima del 5,1 por ciento, al que luego había que restar la negativa influencia del sector exterior para obtener las cifras de crecimiento económico, se ha situado en una disminución del tres por ciento en el último trimestre de 2008, una sustancial caída con respecto al anterior trimestre, donde su retroceso era de apenas el 0,2 por ciento.

La dinámica del sector exterior es de desplome, también. La crisis es internacional, no hay mejor prueba. Pero, como resultado del descenso en los precios de las materias primas, en particular de las energéticas, la disminución del valor de las importaciones españolas es muy superior al descenso de las exportaciones. Las importaciones han caído desde crecimientos por encima del siete por ciento a mediados de 2007 hasta un descenso del trece por ciento en el último trimestre. El resultado de dinámicas recesivas en ambas variables pero de distinta intensidad es que, aún cayendo las exportaciones a ritmos cercanos al ocho por ciento en el último trimestre de 2008, la contribución positiva del sector exterior a la economía española durante el último año es del 2,3 por ciento.

Tasas de variación interanual de los componentes de la demanda de la economía española, 2007-2008



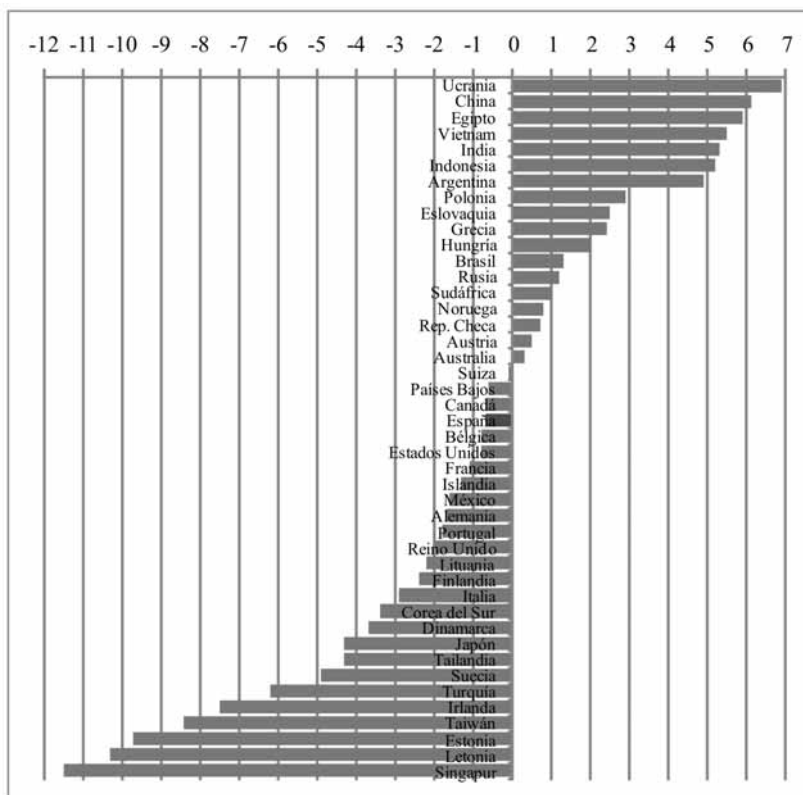
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Contabilidad Nacional, Instituto Nacional de Estadísticas.

Una demanda interna en caída libre y una demanda externa en proceso de atonía pero más refractaria a las importaciones tienen como resultado una disminución global del Producto Interior Bruto en el último trimestre de 2008 del 0,7. Es un agudo contraste con niveles de crecimiento por encima del cuatro por ciento que se registraban hace poco más de un año. Y la caída se ha ido acelerando con el tiempo. La pérdida de ritmo del crecimiento en el último trimestre fue de 1,7 puntos porcentuales, muy por encima del descenso de 0,9 puntos registrado en los dos trimestres anteriores. El nivel de caída no es excepcional en la economía española por su rapidez. Si en este ciclo económico han bastado dos años para redimir cinco puntos porcentuales de variación del Producto Interior Bruto, en el penúltimo ciclo recesivo se pasó de niveles de crecimiento del 3,8 por ciento en el último trimestre de 1990 a variaciones negativas del 1,8 por ciento en el primer trimestre de 1993.

La caída de la producción española afecta a todos los sectores menos a los servicios, que son precisamente los que soportan dos terceras partes de la economía. Pero incluso en los servicios, la tendencia bajista es notable, mucho más si se tienen en cuenta sólo los de mercado, es decir, descontando aquellos que ofrecen el sector público u otras instituciones sin ánimo de lucro. Mientras en estos últimos, a diferencia de lo que ocurre en el resto de la economía, se ha registrado un repunte hasta tasas de crecimiento del 5,5 por ciento, en los servicios de mercado se ha pasado de variaciones en el entorno del cinco por ciento a un pírrico 0,7 por ciento de aumento en el último trimestre de 2008. Mucho peores son los resultados para el resto de los sectores productivos. La construcción cae en un ocho por ciento interanual y la industria manufacturera disminuye sus niveles de producción en un notable 5,5 por ciento. Menos intensa es la caída en el sector primario, sometido a otro tipo de circunstancias productivas y de elasticidades en su demanda, que es del 2,7 por ciento.

La crisis económica, aunque internacional, afecta con distinta intensidad según las regiones del mundo. Asia está soportando con mejor tono el embate de la crisis, en buena medida por su menor exposición a los juegos financieros internacionales. Pero no totalmente: mientras los gigantes (en población) China e India mantienen tasas de crecimiento por encima del cinco por ciento, los países que formaron la primera ola de industrialización asiática, como Japón, Singapur, Taiwán o Corea del Sur, están todos en tasas muy negativas de crecimiento, las peores del planeta. En Europa también la situación es bien distinta según desde donde se contemple. Los antiguos países de la órbita comunista, con la excepción de las repúblicas bálticas, están en mejores circunstancias económicas que los del bloque occidental, de entre quienes sólo se mantienen en números negros el heterogéneo grupo de países formado por Austria, Grecia y Noruega. Igual de híbrido es el conjunto de países donde el crecimiento negativo adquiere más intensidad: Irlanda, Suecia, Dinamarca e Italia.

Crecimiento económico en el mundo, último dato disponible



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Eurostat y *The Economist*.

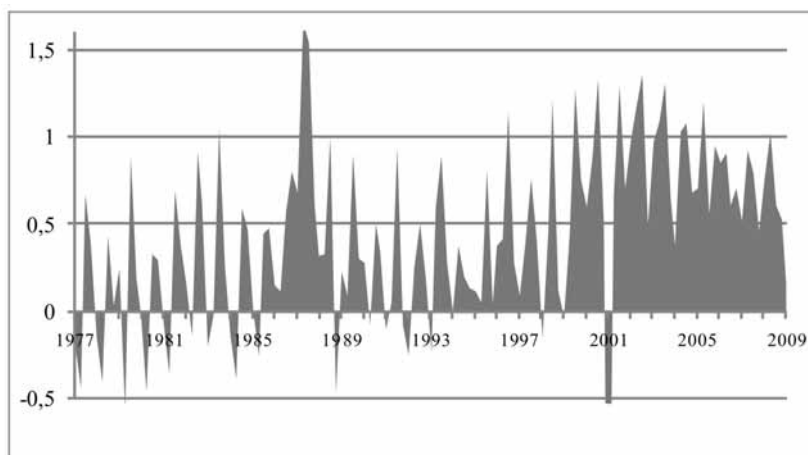
2. LA OFERTA DE TRABAJO

En una coyuntura tan crítica como la registrada durante el último año, podría esperarse cierta reticencia de las cohortes más jóvenes a incorporarse al mercado de trabajo, de personas de mayor edad a permanecer en otras obligaciones distintas del empleo remunerado, una reducción de la inmigración o un abandono definitivo de la búsqueda de empleo ante las escasas perspectivas de lograrlo, de tal modo que el estado agónico de la demanda de trabajo frenase la participación en el mercado de trabajo. Nada de eso se ha dado por el momento,

al menos no a niveles que alcancen tasas negativas. En el primer trimestre de 2009, el número de activos en el mercado de trabajo español creció en treinta y siete mil personas o, en términos relativos, un 0,2 por ciento. En el conjunto del año, las nuevas incorporaciones al mercado de trabajo alcanza el medio millón para un total de veintitrés millones de activos. La tasa de actividad alcanza el 74,2 por ciento de la población en edad de trabajar, es decir, entre dieciséis y sesenta y cuatro años.

El minúsculo crecimiento de la población activa es toda una novedad en la historia reciente del mercado de trabajo español. En la última década el aumento trimestral en el número de activos nunca había bajado del medio punto y, en promedio, alcanzaba casi un punto porcentual de variación, lo cual daba como resultado crecimientos anuales de la actividad en el entorno del cuatro por ciento. La actual evolución retrotrae a periodos de movimientos en la población activa del tipo de los que ocurrían cuando no se registraban flujos de inmigrantes y, aún más, a los periodos de crisis más aguda, cuando el crecimiento de la población activa oscilaba entre tasas positivas y negativas a lo largo del año para un resultado final siempre por debajo del uno por ciento interanual. En concreto, un crecimiento anual del 2,3 por ciento en la población activa es una circunstancia que no se observaba en el mercado de trabajo español desde hace justo una década, desde 1999.

Población activa en España, 1977-2009 (porcentaje sobre el trimestre anterior)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Este crecimiento de la población activa en el último trimestre de 2009 tiene un único origen: la incorporación de inmigrantes al mercado de trabajo español, en particular de las mujeres. Mientras que se retiraron del mercado de trabajo más de veinte mil españoles, el número de activos extranjeros creció en un 1,6 por ciento, lo cual compensó más que de sobra la reducción de los españoles. Tal incremento de la actividad entre los extranjeros se debe a dos factores concatenados. Por una parte, el aumento de la población extranjera en España según las estimaciones del Instituto Nacional de Estadística, aunque se reduce su ritmo de crecimiento. Por otra, los inmigrantes no abandonan el mercado de trabajo ante las ostensibles dificultades para encontrar un empleo sino al contrario, en buena medida porque su estatus migratorio está en riesgo. La tasa de actividad de los inmigrantes, ya de por sí bastante más alta que la de los españoles por motivos de su estructura de edades, ha crecido a lo largo del último año desde el 75,3 por ciento hasta el setenta y ocho por ciento.

Para los españoles, la actividad disminuyó en el primer trimestre de 2009 para hombres y para mujeres, aunque con más intensidad para los primeros, con un total de veintiún mil activos españoles menos. A la inversa, la actividad sufrió un ligero incremento tanto para hombres como para mujeres entre los extranjeros. En el conjunto del año, el incremento de la actividad ha sido un trasunto fundamentalmente femenino: cuatro de cada cinco nuevas incorporaciones al mercado de trabajo fueron mujeres. Y también fue un motivo de reparto entre españoles y extranjeros: cada contingente aportó un cuarto de millón de nuevos activos al mercado de trabajo español, para un crecimiento global del 2,3 por ciento en el conjunto del año.

El descenso en la actividad no ha sido equitativo a lo largo del tejido social, afectando con mayor profusión a los jóvenes, entre los que cunde el desánimo ante la falta de perspectivas laborales, así como que las necesidades económicas pueden no ser tan perentorias como entre los adultos. No es sólo que entre los menores de veinticinco años, el número de activos en el mercado de trabajo descendiese en un 3,5 por ciento a lo largo del último año, una circunstancia que no se repite en ningún otro grupo de edad, aunque entre la cohorte siguiente el crecimiento es casi plano. Es que la tasa de actividad de los menores de veinticuatro años ha descendido en un punto porcentual a lo largo del año, una circunstancia que no se repite en ningún otro tramo de edad, hasta alcanzar el cincuenta por ciento. Para las demás cohortes, se registra en todas un crecimiento de la tasa de actividad que es más agudo cuanto más se aproxima a la edad legal de jubilación.

Si las características personales de los activos en el mercado de trabajo español van variando a lo largo del tiempo, durante el último trimestre se ha producido un movimiento que no se ha registrado en el pasado y que contradice la idea de que una actividad económica muy recesiva ahuyenta potenciales

incorporaciones al mercado de trabajo. El crecimiento de los desempleados que buscan su primer empleo, es decir, que no habían trabajado en el pasado, es de la misma intensidad que el total del aumento de la actividad: más de cincuenta mil personas. Y aunque este colectivo de quienes traspasan de la inactividad al desempleo se nutre fundamentalmente con extranjeros, un veinte por ciento de ellos son españoles que buscan un empleo pese a las adversas circunstancias económicas.

3. LA DEMANDA DE TRABAJO

La crisis se ceba en el empleo en España. La velocidad de su destrucción es vertiginosa. Pese a que no hubo crecimiento de la población activa, durante el primer trimestre de 2009 se registró una destrucción nunca antes vista en la historia económica, al menos la medible con estadísticas fiables. En tan sólo tres meses se perdieron setecientos sesenta y seis mil empleos, lo que es lo mismo, se redujo la ocupación en un 3,9 por ciento para un total de diecinueve millones de ocupados. Hace menos de un año, la economía española soportaba niveles de ocupación holgadamente por encima de los veinte millones, pero en el último año se han perdido un millón trescientos mil empleos.

En la anterior crisis económica, que comenzó en 1993, el punto máximo de destrucción trimestral de empleo se alcanzó ligeramente por encima del dos por ciento, y año y medio después de haber comenzado con reducciones de empleo por debajo del uno por ciento. En la actualidad, con tres trimestres consecutivos en los que se ha reducido el número de ocupados, el porcentaje de variación trimestral del empleo se ha disparado hasta casi el cuatro por ciento. Siguiendo en la misma perspectiva comparativa, la crisis del empleo hace una década se solventó en diez trimestres consecutivos, en los que no se registró crecimiento neto del empleo. De sucederse el mismo patrón, aún quedarían casi dos años de destrucción de empleo, aunque podría no ser de la misma intensidad de la registrada hasta la actualidad.

A diferencia de lo que ocurría en crisis anteriores, la destrucción de empleo es más intensa entre los hombres. Más de dos tercios de quienes perdieron el empleo durante el primer trimestre de 2009 son hombres, un porcentaje que aumenta hasta el tres de cada cuatro si se amplía la perspectiva al conjunto del año. En total, un millón de hombres se quedaron sin empleo a lo largo del año, de los que quinientos mil salieron en el último trimestre, mientras que sólo un cuarto de millón de mujeres abandonó las filas del empleo remunerado durante ese mismo periodo. Es ésta una diferencia crítica con respecto a las anteriores crisis de empleo, donde eran las mujeres las que más rápidamente perdieron su trabajo. No obstante, esta tendencia puede ser exclusivamente

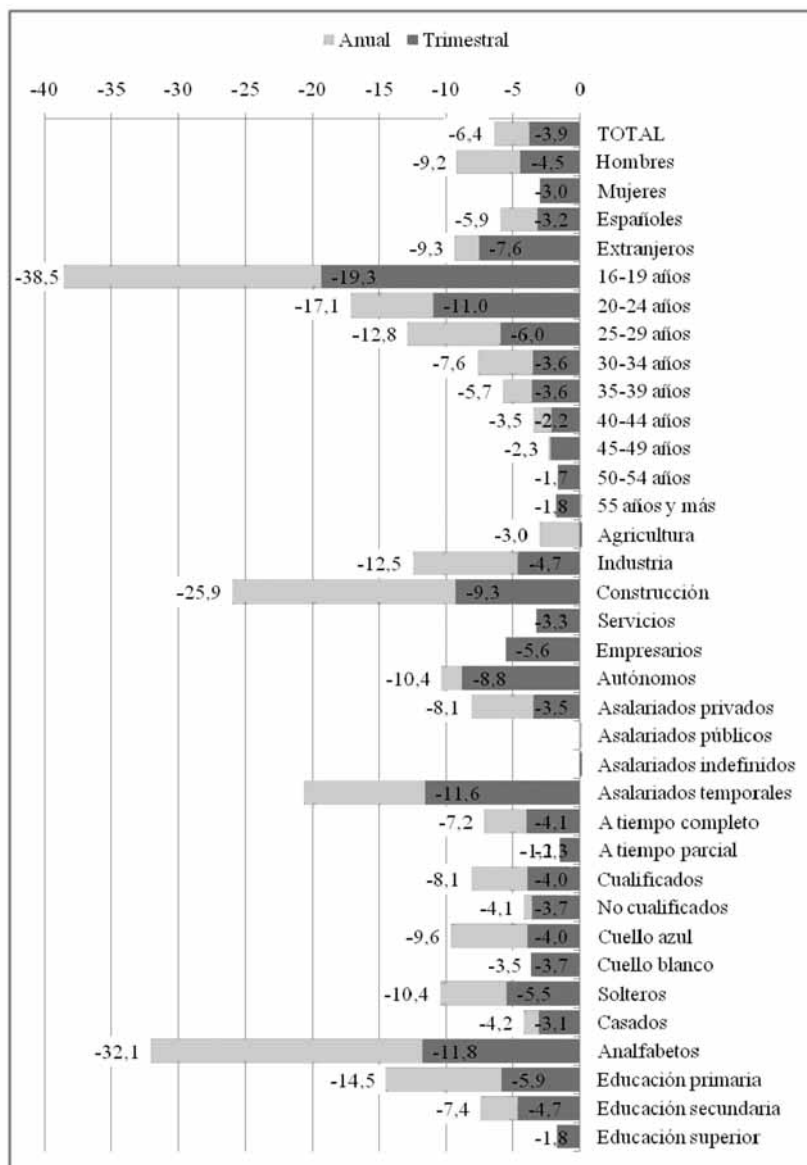
coyuntural. La destrucción de empleo ha sido más intensa en el último año en sectores muy masculinizados, sobre todo la construcción y la industria. Pero a medida que el sector servicios vayan aglutinando la mayor parte de la destrucción de empleo, como ya se intuyó en el primer trimestre de 2008 y como es la lógica si se observa que este sector ocupa a dos de cada tres trabajadores, el número de mujeres afectadas por el desempleo puede aumentar considerablemente.

Una menor diferencia se observa en el comportamiento de la ocupación dependiendo de la nacionalidad del trabajador. El empleo cae con más intensidad entre los inmigrantes, hasta casi un diez por ciento anual. Pero lo hace también con intensidad entre los españoles, casi en un seis por ciento anual. En conjunto, de los casi ochocientos mil empleos netos que se perdieron en el último trimestre, doscientos veinte mil corresponden a los extranjeros. Este comportamiento es particularmente reseñable si se analiza el reparto sectorial de la destrucción de empleo. Pese a que la crisis afecta con mayor virulencia e intensidad a uno de los sectores donde se concentra mayor cantidad de empleo inmigrante, los extranjeros no muestran tasas de deserción de la ocupación muy superiores a las de los españoles.

En principio, este diferencial en el comportamiento laboral de inmigrantes y nativos también estaría sesgado en contra de los inmigrantes el hecho de que la sangría de empleo se ha concentrado entre los tramos de edad más jóvenes. La distribución poblacional de los inmigrantes es sensiblemente menos envejecida que la de los nativos, con lo cual estaría más predispuesta a soportar con mayor intensidad los embates de la crisis. La ocupación entre los menores de veinte años cayó en el último año casi en un cuarenta por ciento a lo largo del último año. En el siguiente quinquenio, el que va de los veinte a los veinticinco, la ocupación se cayó en un diecisiete por ciento, cinco puntos menos que la reducción del empleo entre quienes no alcanzan los treinta años. En total, entre los menores de treinta años se perdieron trescientos cincuenta mil empleos en el trimestre y setecientos cincuenta mil en el conjunto del año, lo cual viene a representar la mitad de las pérdidas.

Más razonable ha sido el comportamiento a edades más adultas en cuanto a la ocupación y siempre de manera escalonada: a medida que avanza la edad del individuo, más improbable es que haya perdido su empleo en el pasado año. De hecho, en el último año se incrementó el número de ocupados con más de cincuenta y cinco años, aunque fuese por la pírrica medida de cinco décimas. Para ambos sexos se produce esta pirámide de la pérdida de empleo, pero es mucho más destacada para las mujeres. El comportamiento del empleo entre las mujeres es para todos los tramos de edad menor que entre los hombres. Entre ellos disminuye la ocupación en todos los tramos de edad, mientras que aumentan el número de empleos entre las mujeres de cuarenta años.

Variación trimestral y anual de la ocupación por distintas características socio-demográficas, primer trimestre de 2009



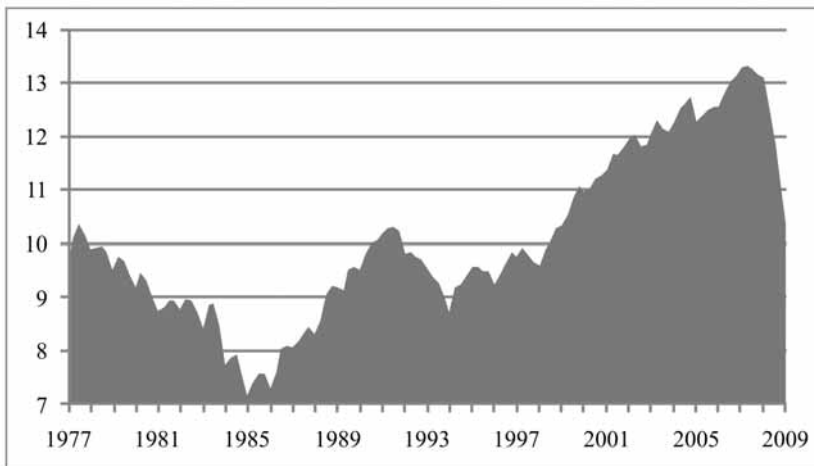
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Por sectores de actividad, el gran desplome de la ocupación se produce en el sector de la construcción, que aglutina más de la mitad de la pérdida de empleos a lo largo del último año: casi setecientos mil del total de un millón trescientos mil empleos que se perdieron tuvieron su origen en la construcción. Uno de cada cuatro empleos en el sector se evaporó a lo largo del último año, en una tendencia que ya se prolonga durante casi un bienio y que es de esperar que continúe en el futuro.

No obstante, la concentración de la sangría de empleo en el sector de la construcción ni es unívoca, afectando a todas sus ramas de actividad con igual intensidad, ni tampoco es irrefrenable. A lo largo del último año dos de cada tres empleos se han perdido en el área de construcción de edificios, donde el desplome del empleo ha alcanzado el treinta y tres por ciento. El resto del empleo se pierde en las actividades de construcción especializada. Aún con este frenazo a la construcción de edificios, esta rama supone aún la mitad de la actividad de construcción y casi un millón de empleos. La otra parte la compone casi exclusivamente la construcción especializada, mientras que la ingeniería civil no llega a generar el diez por ciento de la ocupación.

Este descenso drástico de la ocupación en la construcción ha supuesto un notable retroceso de su aportación al empleo total. Si hace tan sólo un año la construcción generaba el trece por ciento de todos los empleos en la economía española, en el primer trimestre de 2009 su contribución cayó a unas décimas por encima del diez por ciento. Esta reducción lleva a un punto mínimo que no se observaba desde 1999, cuando comenzó el *boom* inmobiliario, las noticias de las alzas en los precios de la vivienda comenzaron a acaparar las portadas de los medios de comunicación y el sector financiero abrió la mano del crédito a las empresas inmobiliarias. Si bien, en conjunto, la construcción es un sector muy volátil con respecto al ciclo económico, nunca en el pasado había tenido una contribución tan intensa a la generación de empleo con la que se registró en los últimos años. Superar el diez por ciento del empleo en la construcción había sido en el pasado sólo el resultado de coyunturas económicas muy bienaventuradas e incluso a mediados de los años ochenta la construcción aportaba apenas el siete por ciento del empleo en España.

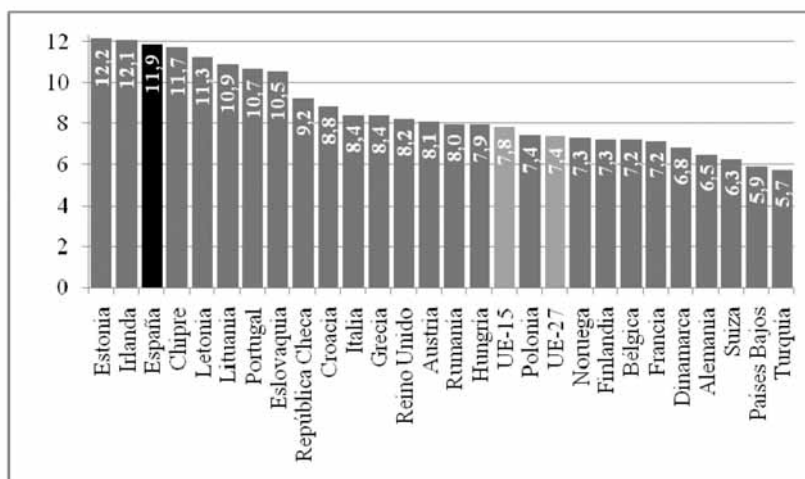
Empleo en la construcción en España, 1977-2009
(en porcentaje del empleo total)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Que la construcción genere, aún con la caída registrada en los últimos dos años, más del diez por ciento de la ocupación total en España es una situación anómala en la perspectiva europea. En la Unión Europea, el porcentaje de empleo en la construcción sobre el total no llegaba en 2008 al 7,8 por ciento, un porcentaje que en España se elevaba hasta casi el doce por ciento. Los países más desarrollados, que con la excepción del Reino Unido fueron aquellos donde la burbuja inmobiliaria de los últimos años apenas hizo mella, tienen aún una menor dependencia de la construcción en su empleo. En Francia, Bélgica y los países nórdicos este sector genera alrededor del siete por ciento del empleo. En Alemania apenas llega al 6,5 por ciento del empleo total y en los Países Bajos ni tan siquiera alcanza el seis por ciento.

Porcentaje de empleo en la construcción en la Unión Europea, 2008
(porcentaje sobre el empleo total)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas.

Incluso más preocupante desde un punto de vista estructural que la destrucción de empleo en el sector de la construcción, es la situación por la que está atravesando la industria manufacturera. Se acelera definitivamente la desindustrialización de España sin muchas alternativas aparentes. A lo largo del último año la industria perdió el 12,5 del empleo y sólo en el último trimestre la variación negativa fue de casi el cinco por ciento. De casi tres millones y medio de empleos en el sector a mediados de la década se ha pasado a estar por debajo del umbral de los tres millones, una circunstancia que no se había contemplado en España desde los años noventa. La pérdida de empleo es común a todas las ramas industriales de actividad, aunque supera el treinta por ciento anual en la producción de bebidas y el calzado. Drenajes de ocupación por encima del veinte por ciento acontecen entre la metalurgia, la industria farmacéutica, la fabricación de muebles y la confección.

Por el contrario, el sector servicios es mucho más heterogéneo en su comportamiento pese a que comparte una pérdida de empleo de casi quinientas mil personas sólo en el primer trimestre de 2009, lo que presenta una caída del 3,3 por ciento sobre el total. De entre las grandes ramas de ocupación, el

comercio, el transporte y el servicio doméstico, perdieron cada uno el cinco por ciento de la ocupación. El descenso de la ocupación en la hostelería fue más moderado, del dos por ciento. Más acusada, por el contrario, la caída del empleo en el sector financiero, donde llegó casi al diez por ciento en el último año, y en las actividades inmobiliarias, donde superó holgadamente el umbral del quince por ciento. Frente a estos descensos, se registró un crecimiento en la ocupación en el apartado de informática y en todas las actividades relacionadas con el sector público: desde la administración pública hasta la sanidad, pasando por la sanidad y los servicios sociales y las actividades sociales y recreativas.

Un elemento adicional es crucial a la hora de explicar las circunstancias en las que se produce el descenso en el empleo en el último año. El número de asalariados con contrato indefinido creció en un 0,6 por ciento durante el último año, de lo cual se deduce que la pérdida de empleo en el apartado del trabajo dependiente, e incluso del total, se debe exclusivamente a la salida neta de trabajadores temporales. Un millón de empleos temporales se han quedado en el camino y de los cinco millones de contratados con duración determinada que llegó a haber en las épocas de mayor apogeo se ha pasado a guarismos rozando los cuatro millones. El resultado es que de tasas de temporalidad por encima del treinta por ciento hace tan sólo un año se ha pasado a niveles cercanos al veinticinco por ciento. Aparte de la componente propia de los costes del despido, que hace más económico no renovar un contrato temporal, los efectos estructurales de la crisis juegan un papel importante en esta reducción de la temporalidad: la construcción, que es un sector plagado por contratos temporales, ha jugado un papel capital en la última sangría del empleo.

Más preocupante es el hecho de que la contratación de asalariados tenga sólo un vector: el público. En el último año, el número de asalariados en el sector público se elevó en un cinco por ciento, un comportamiento diametralmente opuesto al que se observó en el sector privado, donde la caída del empleo asalariado fue del ocho por ciento. El número de autónomos registró una caída aún más notable, alcanzando el diez por ciento del total existente, quebrándose el suelo de dos millones de autónomos. El número de empresarios, por su parte, se mantiene dentro de normas de estabilidad, de lo cual se deduce que se podrá reducir la cuantía de la facturación en las empresas, pero la crisis no está teniendo efectos notables sobre el número de empresas, con la excepción de aquellas en las que el empresario es también su único trabajador.

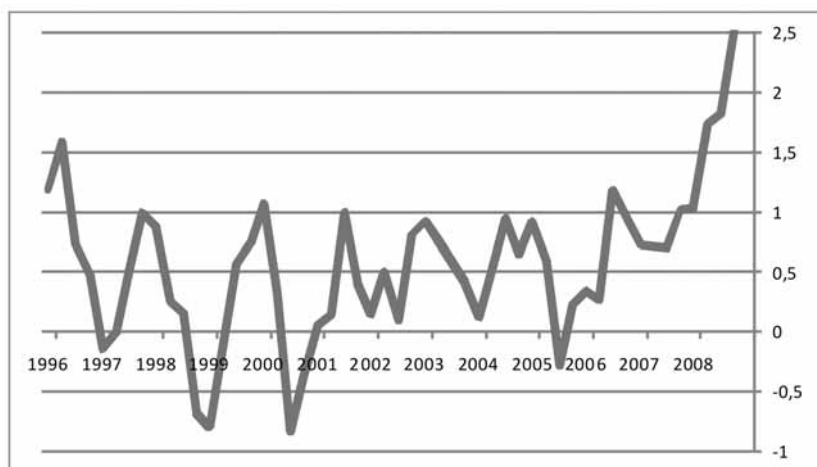
Fuera de la edad, existe otra circunstancia personal del trabajador que parece estar ganando influencia en el mercado de trabajo: la educación. No es que la educación se premie con un mayor volumen de empleo, que eso ya ocurría en la bonanza y sigue existiendo. Es que los primeros en salir del ámbito del empleo remunerado hacia el paro o la inactividad son aquellos que cuentan con menores niveles de educación formal. Durante el último año la ocupación

descendió en casi un tercio entre los analfabetos. Aunque este podría ser un efecto exclusivamente del envejecimiento poblacional, la pérdida del empleo también afecta con particular virulencia a quienes cuentan con estudios primarios, de modo que hasta el quince por ciento de estos perdieron su empleo en el último año. Por el contrario, la estabilidad en el empleo de quienes cuentan con estudios superiores es bastante más notable, dado que la reducción de la ocupación fue de tan sólo el uno por ciento entre este colectivo.

Pero que quienes cuentan con mayor educación capeen mejor la crisis dentro del mercado de trabajo, no quiere decir que encima mejoren su posición relativa. De hecho, se da la paradoja que contando con una oferta de trabajo mucho más educada, la pérdida de empleo se ceba en el empleo cualificado. La destrucción de empleo en este ámbito se acercó peligrosamente al diez por ciento en el último año, el doble de la que se registró entre el empleo no cualificado. Y, en todo caso, los trabajadores de cuello blanco han ganado terreno en ese mismo periodo como efecto colateral de una crisis que ha sido más intensa en la construcción y la industria, donde abundan los trabajadores de cuello azul. Entre estos últimos la demanda de empleo cayó en casi un diez por ciento, mientras que entre los trabajadores de cuello blanco, aglutinados en el sector servicios y en muchas ocasiones en su vertiente pública, la ocupación descendió en apenas un tres por ciento.

Entre el marasmo de datos negativos, hay un elemento positivo, que no por menos previsible se hace menor. La productividad laboral se elevó significativamente durante el último trimestre de 2008. En apenas un año se ha pasado de una década de crecimientos de la productividad por debajo del uno por ciento anual a registrarse un aumento puntual del 2,5 por ciento con respecto al mismo trimestre del año anterior y del 1,7 por ciento en el conjunto del año. Es el resultado lógico, en términos matemáticos, de la erosión del empleo en áreas de baja productividad y bajos salarios, que elevan la media general aunque no se produzca ninguna variación apreciable de la productividad laboral en cada uno de los empleos producto de una mejora estructural de la competitividad de la economía española.

Variación de la productividad laboral (con respecto a igual trimestre del año anterior), 1996-2008



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Contabilidad Nacional, Instituto Nacional de Estadística.

4. EL DESEMPLEO

En el primer trimestre de 2007 había en España un millón ochocientos cincuenta mil desempleados. Un año después había aumentado hasta casi los dos millones cuatrocientos mil parados. Y en el primer trimestre de 2009 se había casi duplicado la cifra hasta los cuatro millones de individuos que buscaban un empleo. Nunca desde que existen estadísticas se había llegado a tales cimas de personas sin empleo. Y, lo que vislumbra un futuro peor, el ritmo de aumento del desempleo es crecientemente acelerado: del millón trescientos mil parados más que se generaron en el último año, setecientos sesenta mil tuvieron su origen en el primer trimestre de 2009. La tasa de desempleo alcanzó niveles por encima del 17,5 por ciento, un vértice que no se registraba desde mediados de los años noventa y que pueden presumirse, que, aunque en cotas superiores en términos absolutos, la tasa de desempleo se aproximará o superará el veinte por ciento dentro de este año. La comparación con hace tan sólo dos años, donde la tasa de desempleo era del ocho por ciento es abrumadora.

Dos de cada tres nuevos parados netos en el primer trimestre de 2009 eran hombres. Y es que el número de desempleados se ha duplicado en el último

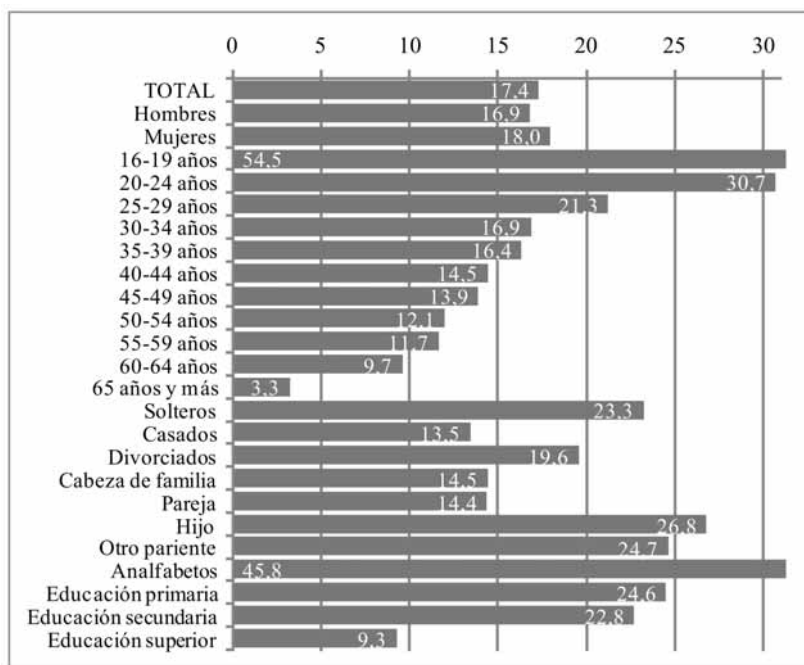
año, pasando de ser menos de un millón a superar holgadamente los dos millones. Su tasa de paro ha crecido en nueve puntos porcentuales hasta el diecisiete por ciento, escasamente unas décimas por debajo de la media. Entre las mujeres el crecimiento del paro ha sido más moderado, del sesenta por ciento con respecto al último año hasta alcanzar la cota del dieciocho por ciento. Nunca antes las tasas de desempleo masculino y femenino habían estado tan cerca en España. Y es que, al menos en esta primera fase, la crisis ni desanima a las mujeres en la búsqueda de empleo ni les castiga con mayor potencia a un abandono forzado en forma de desempleo.

Sí afecta el desempleo con intensidad diferenciada dependiendo de la edad y la nacionalidad del individuo. El problema del desempleo juvenil vuelve a ser un *my grave* y para el grupo de menores de veinte años supera ya la tasa del cincuenta por ciento. En la siguiente cohorte quinquenal se reduce al treinta por ciento y para quienes están entre los veinticinco y los treinta años ya supera el veinte por ciento. No obstante, la actual ola de paro, a diferencia de otras anteriores, que tendían a concentrarse en las mujeres y en los jóvenes como participantes en un mercado de trabajo secundario y complementario que circundaba al núcleo central de trabajadores de adultos varones, está afectando con particular intensidad a los hombres con edades intermedias.

El número de desempleados varones de entre veinticinco y cincuenta y cuatro años se multiplicó por 2,34 en el último año y comprende dos tercios del total de los nuevos desempleados. Las mujeres de la edad correspondiente son menos numerosas y, además, su cantidad ha crecido muy por debajo en el último año, en un sesenta por ciento. Más bajo es aún el crecimiento del desempleo entre las mujeres más jóvenes, aunque en este caso parte de la explicación es que su destino es la inactividad, por estudios o desánimo, que la ocupación. El paro a edades cercanas a la jubilación es cada vez menos infrecuente y aumentó en un setenta y cinco por ciento a lo largo del último año, aunque su tasa de desempleo esté notablemente por debajo de la media.

Esta afectación del desempleo al núcleo esencial del mercado de trabajo se observa igualmente cuando se considera la situación familiar del desempleado. La tasa de paro se ha duplicado entre los cabezas de familia hasta acercarse peligrosamente a la media. Y por primera vez en la historia, las parejas del cabeza de familia, que por lo general son mujeres, registran una tasa de desempleo por debajo de la de sus cónyuges. Más intenso, sin embargo, es la tasa de paro entre los hijos y otros parientes que viven en la unidad familiar, llegado a cotas en el entorno del veinticinco por ciento.

Tasas de desempleo según factores socio-demográficos,
primer trimestre de 2009



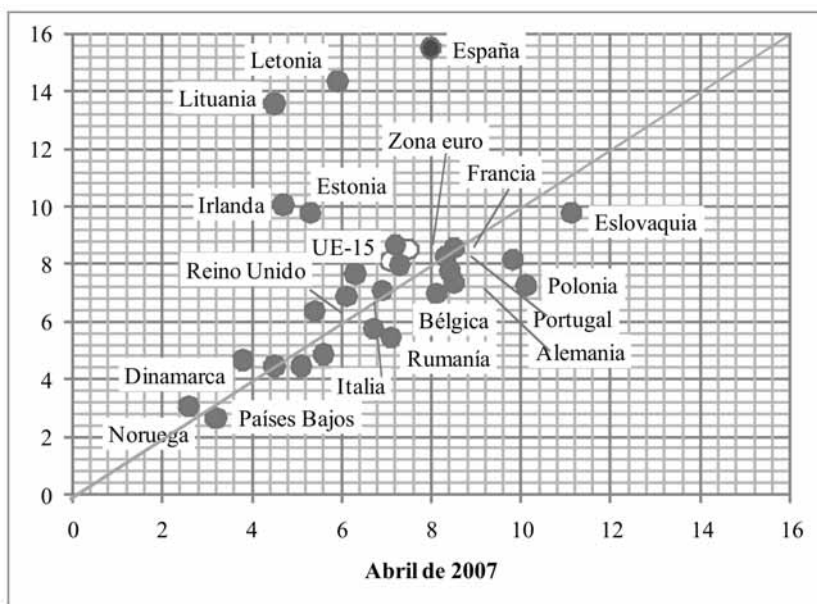
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas.

Que la drástica subida de la tasa de desempleo tiene factores internos y no es un efecto exclusivo de la crisis internacional es indudable. Puede que la economía en su conjunto esté sometida, como no podría ser de otra manera dado su grado de apertura exterior, a los vaivenes de coyuntura internacional. Pero el modo en que las oscilaciones en la tasa de crecimiento económico se trasladan al empleo es una particularidad casi exclusivamente española. España ha pasado de estar a menos de un punto de la tasa media de desempleo en la zona euro hace tan sólo dos años a duplicarla. Y es que la tasa de paro en la Unión Europea apenas se ha movido para el conjunto, pasando del 7,3 al 8,1 por ciento en ese periodo. Sólo un pequeño grupo de países comparten con España esa tendencia extremadamente alcista del desempleo: los países bálticos

e Irlanda. Este último país, que compartió con España la catalogación de crecimiento milagroso durante la última década y los efectos de una enorme burbuja inmobiliaria, ha pasado de estar al borde del pleno empleo a tasas superiores al diez por ciento en tan sólo un año.

Sin embargo, el Reino Unido, que también ha tenido un crecimiento económico pasado muy apoyado en la construcción y los servicios financieros, apenas ha sufrido los efectos del desempleo en su economía: ha pasado del cinco al seis por ciento desde el inicio de la crisis. Y, entre todos, existe un notable grupo de países donde la crisis ha supuesto hasta ahora, una reducción del desempleo. En Polonia, la tasa de paro se ha reducido del diez al siete por ciento en tan sólo dos años, una reducción que puede observarse en menor cuantía en Bélgica, Rumania, Bulgaria, Bélgica, Portugal y Alemania. En este último país, que ha transitado por una longeva atonía económica acompañada de notables crecimientos de la competitividad internacional y de la productividad laboral, la crisis ha ido acompañada de crecimiento del empleo.

Tasas de desempleo en la Unión Europea, abril de 2007 y febrero de 2009 (ciclo-tendencia)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas.

¿Hasta dónde llegará la ola del desempleo? Es posible hacer algunas estimaciones a partir de la evolución pasada. A lo largo del último año, el crecimiento del desempleo tiene dos orígenes esenciales: en primer lugar, el crecimiento de la población activa, que en un momento de destrucción neta de empleo, se traslada en términos netos al desempleo. Quinientos veinticinco mil personas se incorporaron al mercado de trabajo, lo cual constituye un cuarenta por ciento del incremento neto del desempleo. Del sesenta por ciento restante, casi setecientos mil derivan del retroceso en el sector de la construcción. Es decir, el cincuenta y tres por ciento de la destrucción de empleo se produce en la construcción, lo cual es coherente con la idea de que por cada empleo perdido en el sector de la construcción, se pierde otro en otros sectores que son muy dependientes del tirón de la demanda que provoca su expansión y por la pérdida de consumo consecuencia de la falta de ingresos de quienes caen en paro.

A partir de estos datos se pueden hacer tres hipótesis de trabajo: la primera es que la población activa dejará de crecer, lo cual es razonable vista la evolución del último trimestre, donde la variación en el número de activos fue mínima. La segunda es que el sector de la construcción, tras los años del *boom* inmobiliario, se ajustará a unos parámetros de empleo coherentes con los existentes en la Unión Europea. Así, pues del 10,3 por ciento del empleo que generó la construcción en España en el primer trimestre de 2009, que era el 11,8 por ciento en 2008, se pasaría al 7,4 por ciento promedio de la Unión Europea. Esta última cifra es la que se registró a mediados de los años ochenta, cuando la construcción pasó por el mismo nivel de atonía al que podría llegar en la actualidad tras la saturación constructora de los años setenta. La última hipótesis de trabajo es que por cada empleo que se pierda en la construcción hasta alcanzar los niveles europeos, se destruirá otro en el resto de la economía. Si se aplican todos esos elementos, al final del periodo recesivo habría un millón trescientos mil ocupados en la construcción para un total de diecisiete millones y tres cuartos en el conjunto de la economía. Con el nivel de actividad actual, esa cifra representaría 5,35 millones de desempleados en el conjunto de la economía o, lo que es lo mismo, una tasa de paro del veintitres por ciento. Al nivel actual de destrucción de empleo en la construcción, esa cifra se alcanzaría para finales del presente año.

5. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

El análisis descriptivo que hemos realizado de la evolución reciente del mercado de trabajo español referido al primer trimestre de 2009 plantea una situación grave, que se ha deteriorado muy aceleradamente en los últimos seis trimestres y que ha alcanzado unas cifras muy negativas en lo que se refiere a

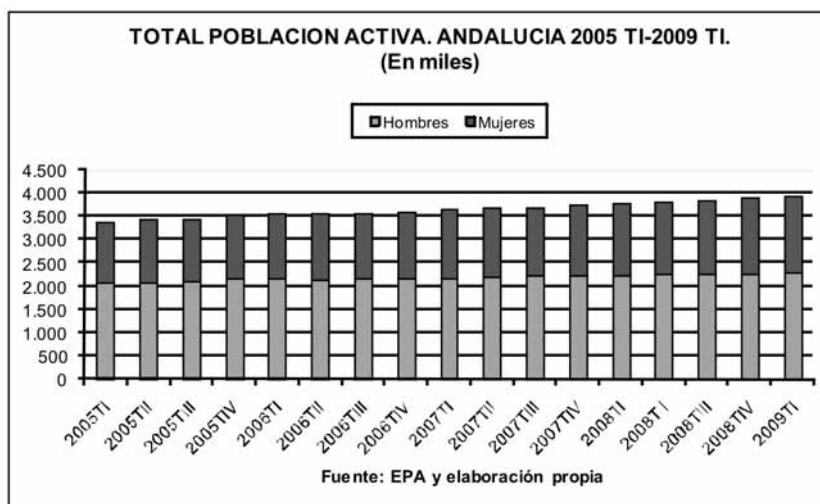
la ocupación y sobre todo al desempleo. En lo relativo al comportamiento del mercado de trabajo en Andalucía, lo ocurrido a nivel regional es semejante a lo acontecido en el conjunto de España aunque hay una serie de características específicas. En primer lugar, el dato más significativo es que, según la Encuesta de Población Activa, el total de desempleados en Andalucía se ha situado en casi un millón de personas (en concreto 944.100), lo que significa que la tasa de paro alcanza la cota del 24,04%. Además, la ocupación se ha reducido drásticamente, 240.500 personas menos en relación al mismo trimestre del año 2008, situándose en niveles de mitad de 2005, por debajo de los tres millones de ocupados (en concreto 2.983.500 personas). En este sentido, la crisis económica está golpeando duramente a la economía y al mercado de trabajo en Andalucía de forma más aguda que lo que se recogen las cifras a nivel nacional. Esto es debido, fundamentalmente a que las pautas de producción y consumo que hemos señalado anteriormente como características del modelo de crecimiento económico español y que se encuentran más acentuadas en Andalucía. En este sentido, podemos señalar, a modo de ejemplo, que el peso del sector de la construcción en el empleo andaluz ha sido mayor que la media nacional. Por ello, y con objeto de conocer con mayor profundidad lo ocurrido en la comunidad autónoma andaluza merece la pena considerar con detenimiento el comportamiento reciente de las principales variables laborales para tener elementos de juicio sobre lo que está ocurriendo y lo que es previsible que ocurra en los próximos trimestres.

5.1. La oferta de trabajo

Como ya se ha señalado anteriormente, en un contexto de desaceleración de la actividad económica y de profunda crisis económica, explicar el comportamiento de la oferta de trabajo exige una visión detallada. La oferta de trabajo tiene una serie de determinantes a largo plazo (estructura demográfica, estructura familiar, cultura del trabajo, estructura educativa, sociología de la incorporación al mercado laboral por la población femenina...) y otras de carácter coyuntural (periodos de formación, llegada de población emigrante, crecimiento de las oportunidades de empleo, etc.). La evolución observada en la oferta de trabajo resulta de la suma de todos estos factores. En principio y desde el punto de vista estrictamente teórico, podría pensarse que la caída de la actividad económica provocará una reducción en la oferta de trabajo, ya que la dificultad creciente para encontrar trabajo actuará como desincentivo y hará que no se produzca, por ejemplo, la incorporación masiva de trabajadores extranjeros. Sin embargo, puede ocurrir un efecto contrario en lo relativo a la incorporación al mercado laboral de miembros de unidades familiares en las que la pérdida de empleo de los principales perceptores de rentas de la familia o el mero riesgo

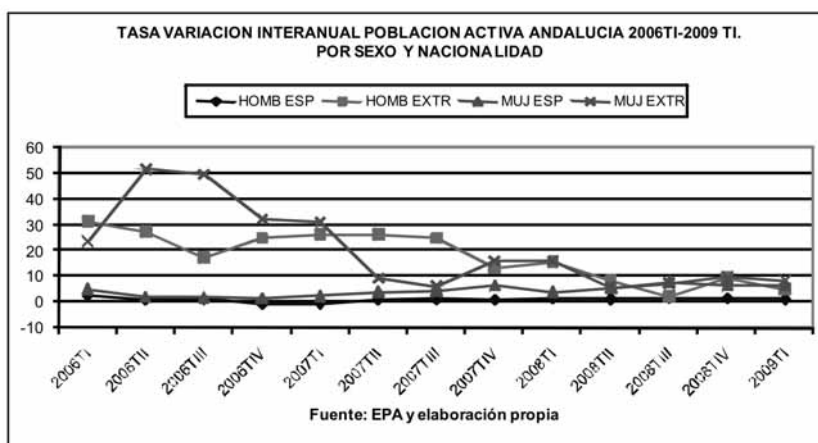
de que éste hecho ocurra, puede inducir al mercado laboral a personas que anteriormente eran inactivas. En este caso, la crisis económica provocaría un aumento de la tasa de actividad. La conjunción de los factores tendenciales y coyunturales están provocando hasta ahora un aumento de la oferta de trabajo en Andalucía.

Según los datos de la EPA referidos al primer trimestre de 2009, el total de personas activas se situó en una cifra total de 3.927.700 personas, lo que significa un aumento de 22.900 respecto al trimestre anterior y 142.100 más que el mismo trimestre del año 2008. Por tanto, podemos señalar que la población activa en Andalucía sigue todavía creciendo al igual de lo acontecido en el conjunto del mercado de trabajo nacional.



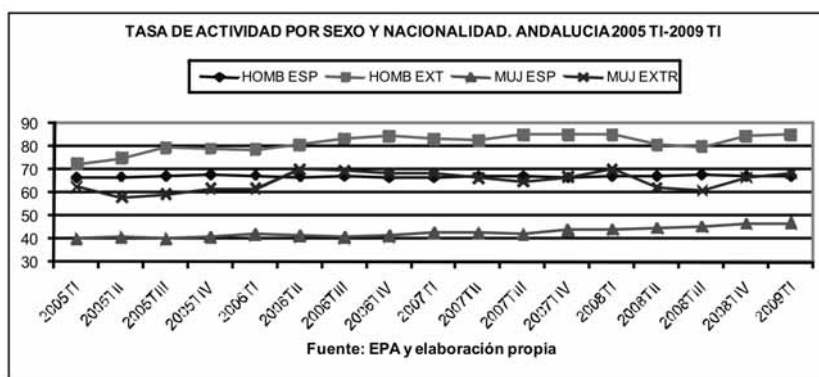
El crecimiento de la población activa andaluza en este primer trimestre de 2009 respecto al trimestre anterior ha sido fundamentalmente femenina (19.700 mujeres frente a 3.300 hombres). Si se considera el crecimiento respecto al mismo trimestre de 2008 el aumento de la población activa también ha sido fundamentalmente femenina ya que se registra un aumento de 104.300 mujeres frente a 37,800 hombres. En términos porcentuales el crecimiento de la población activa femenina ha sido del 6,70% frente al 1,69% entre los hombres. Se mantiene como hasta ahora que el crecimiento de la oferta de trabajo andaluza ha sido fundamentalmente debido a la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo.

El otro factor que ha contribuido al aumento de la oferta de trabajo en Andalucía ha sido el de la población inmigrante. En el primer trimestre de 2009, el aumento de la población activa de nacionalidad extranjera se situó en 11.500 personas una cifra casi idéntica al aumento registrado entre la población de nacionalidad española 11.400. Si realizamos una comparación en términos interanuales, la población activa de nacionalidad extranjera ha crecido en 27.500 (11.700 hombres y 15.700 mujeres). En lo relativo a la población activa de nacionalidad española el aumento ha sido de 114.600 personas (26.000 varones y 88.600 mujeres). La incorporación de la población de nacionalidad extranjera al mercado de trabajo andaluz se ha mantenido en términos positivos a lo largo de la primera década del nuevo siglo, si bien, las tasas de variación interanual se han ido reduciendo moderando los crecimientos y alcanzando unos valores más estables. Sí es de destacar que desde 2006 el grupo de población activa andaluza que ha crecido en menor porcentaje ha sido el de los varones de nacionalidad española, por otra parte, el colectivo más abundante en términos absolutos. Por el contrario, las tasas de crecimiento interanual han ido creciendo paulatinamente para el grupo de mujeres de nacionalidad española.



Como consecuencia de todo ello, la tasa de actividad media en Andalucía se ha situado en el 58,59% frente al 60,15% de la media nacional. Esta tasa esconde realidades diferentes para colectivos específicos que merecen señalarse. La tasa de actividad de las mujeres en Andalucía se situó en el 48,75% (51,51 % de media nacional de este colectivo) frente al 68,75% de los hombres andaluces (69,11% de media en toda España). En relación a la nacionalidad, la

tasa de actividad de la población de nacionalidad española en Andalucía es del 56,89% mientras que la de nacionalidad extranjera es del 76,47%. El colectivo con tasa de actividad más elevada en Andalucía en el periodo de referencia es el de los varones de nacionalidad extranjera (84,92%) y el colectivo con una tasa de actividad más reducida es el de las mujeres de nacionalidad española (46,81%)

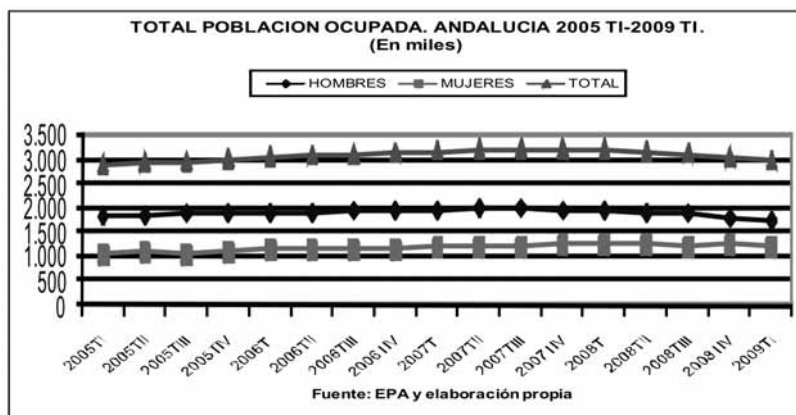


Como conclusión de lo que hemos señalado respecto a la evolución de la oferta de trabajo en Andalucía en los últimos trimestres podemos indicar que la llegada de la crisis económica no ha tenido grandes efectos sobre la tendencia de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo que todavía tiene un amplio recorrido como demuestra la diferencia entre las tasas de actividad femenina en Andalucía y el conjunto de España. La población extranjera en Andalucía ha moderado su crecimiento con respecto a lo que se tenía registrado hasta 2007, sin embargo, las tasas de crecimiento de la población activa sigue siendo más alta para las personas de nacionalidad extranjera que para los nacionales.

5.2. La demanda de trabajo

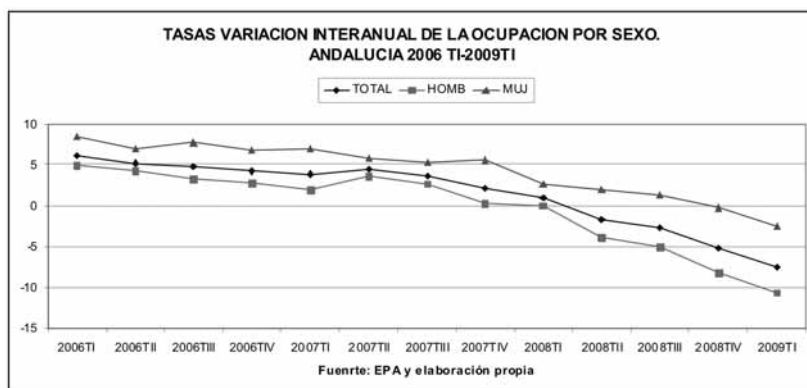
Hemos visto que la evolución de la oferta de trabajo en Andalucía ha mantenido una tendencia al crecimiento basado fundamentalmente en dos colectivos, las mujeres y la población extranjera. Sin embargo, la evolución de la demanda de trabajo ha reflejado de forma significativa el impacto de la crisis económica. En términos genéricos, el total de personas ocupadas en el primer trimestre de 2009 en Andalucía se ha situado en 2.983.500, lo que significa una reducción de 79.800 personas menos que en el trimestre anterior (una reducción

del 2,32%) y 240.500 ocupados menos que el trimestre del año 2008 (una porcentaje de reducción del -7,46%). Nos encontramos en el cuarto trimestre consecutivo que presenta una caída de la ocupación. El máximo de personas ocupadas se situó en 3.235.600, alcanzado en el segundo trimestre de 2007. El número de personas ocupadas de este primer trimestre de 2009 se encuentra al nivel del alcanzado en el tercer trimestre de 2005.



La profundidad de la profundidad del impacto de la crisis actual en evolución de la ocupación en Andalucía puede dar idea la evolución de las tasas de variación interanual de la ocupación que han pasado en sólo tres años de un valor medio del 6,19% del primer trimestre de 2006 hasta el -7,46% correspondiente al primer trimestre de 2009. Como elemento de referencia podemos hacer referencia a la crisis de gravedad acaecida en la primera mitad de los años noventa. A este respecto podemos señalar que las tasas de caída de la ocupación en los trimestres correspondientes a 1993 (el peor año de la crisis) se situaron en valores inferiores al 7% (la tasa interanual de variación de la ocupación alcanzó el valor mínimo del -6,82% en el primer trimestre de 1993). En la crisis de los noventa se sucedieron doce trimestres seguidos con tasas interanuales de ocupación con valores negativos que ocuparon desde el tercer trimestre de 1991 hasta el segundo trimestre de 1994. En la actualidad llevamos cuatro trimestres consecutivos que muestran tasas de variación interanual negativas.

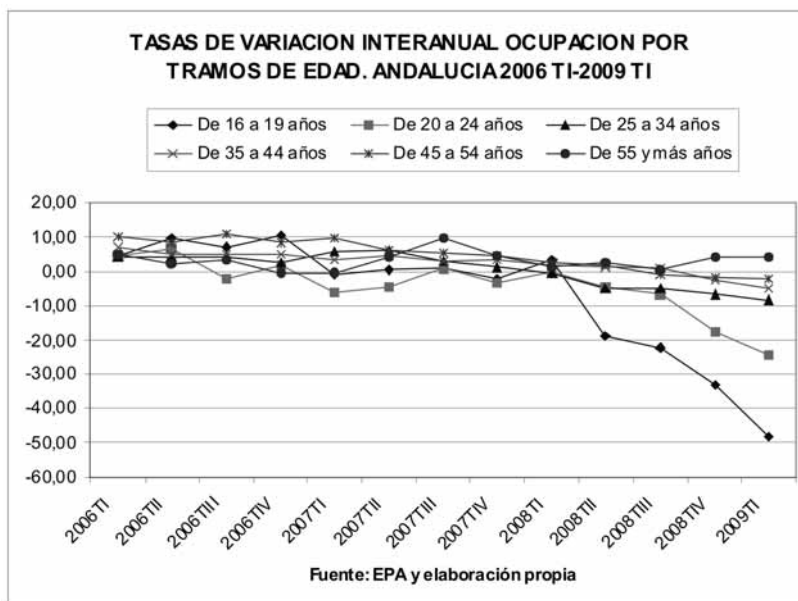
El deterioro de la ocupación está afectando en términos porcentuales en mayor medida a los hombres que a las mujeres en Andalucía. Es de destacar el relativamente mejor comportamiento de la ocupación femenina al menos en términos relativos, ya que en términos absolutos el número de hombres ocupados en Andalucía es mayor.



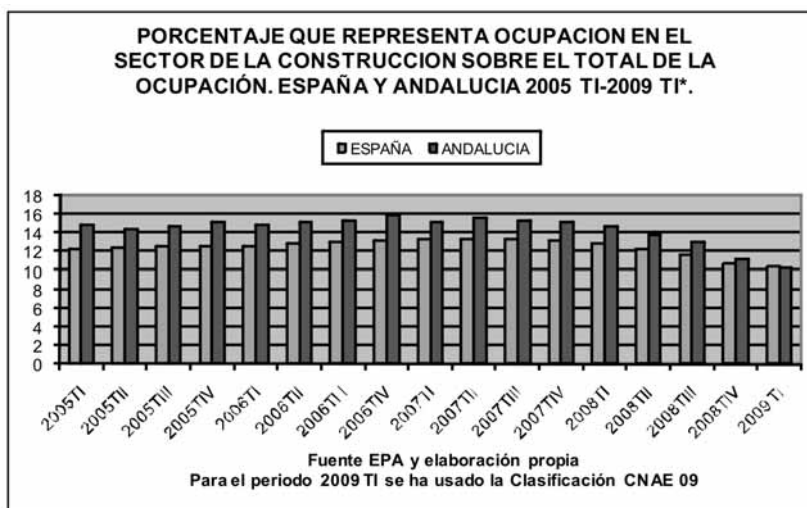
El deterioro de la ocupación está afectando en términos porcentuales en mayor medida a los hombres que a las mujeres en Andalucía lo que constituye una característica específica de la crisis actual pues en crisis anteriores era el empleo femenino el más afectado por el deterioro del empleo. Este relativamente mejor comportamiento de la ocupación femenina se debe recoger al menos en términos relativos, ya que en términos absolutos el número de hombres ocupados en Andalucía es mayor.

En lo que respecta a la nacionalidad de los ocupados se muestra una clara tendencia a la caída en la ocupación de personas de nacionalidad extranjera y española si se compara con el mismo trimestre de año anterior (209.100 ocupados menos de nacionalidad española y 31.300 de nacionalidad extranjera lo que significa una caída del $-7,27\%$ y del $9,05\%$ respectivamente). También en lo referente a la nacionalidad se observa que el deterioro de la ocupación afecta en mayor medida a los hombres que a las mujeres.

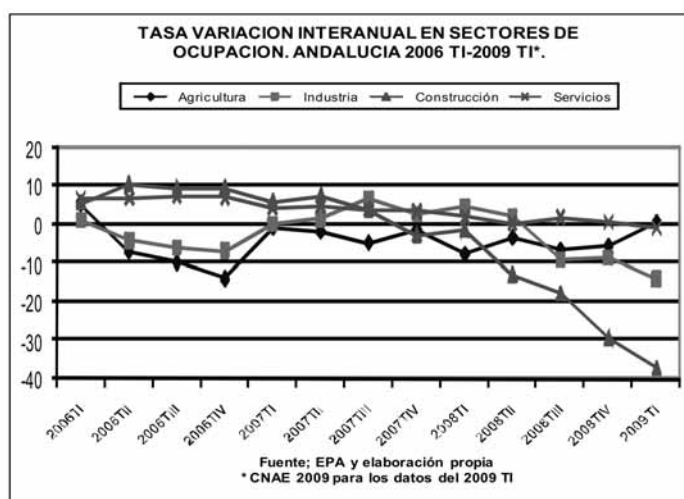
Esta incidencia en la evolución de la caída de la ocupación en Andalucía puede explicarse también en función de los tramos de edad de los ocupados. Como se observa, la pérdida de empleo más acusada se da en los tramos de edad más jóvenes. A partir del primer trimestre de 2008, las tasas de variación interanual de la ocupación para los menores de 34 años es significativa y especialmente entre los más jóvenes (de 16 a 19 años). Por el contrario, en los últimos trimestres considerados, la ocupación entre los mayores de 55 años está mostrando tasas de variación interanuales positivas.



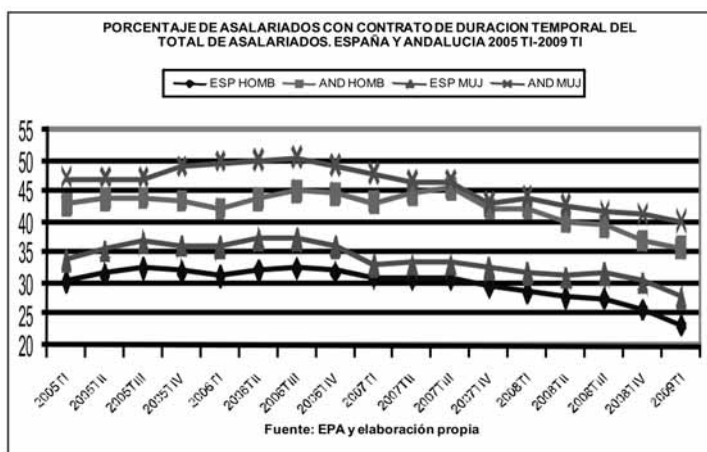
En lo que respecta a la evolución de la ocupación por sectores productivos es la construcción el sector de actividad más relacionado con la burbuja inmobiliaria que ha estallado con la crisis económica. En el segundo trimestre de 2007 la ocupación en la construcción significaba el 15,54% del total del empleo en Andalucía y el 13,32% del total nacional. A partir de entonces, el porcentaje de ocupados en este sector se ha ido reduciendo de forma significativa hasta el 10,19% en Andalucía y el 10,36% en España. Correspondiente al primer trimestre de 2009. En el último año se ha reducido la ocupación en este sector en Andalucía en 18.400 personas según la nueva clasificación CNAE 09. Es de destacar que el peso de la construcción en el total del empleo ha sido mayor en Andalucía que en el conjunto nacional, siendo este primer trimestre de 2009 el primero en el que la situación cambia en términos relativos entre España y Andalucía. Otro factor a tener en cuenta en lo referente a la evolución futura del empleo en este sector es que estos valores son muy superiores a la media de la ocupación en países de nuestro entorno europeo (7,4%). Si se hace el mismo ejercicio para Andalucía que hemos realizado a nivel nacional, la ocupación hipotética en este sector estaría en torno a 220.000 personas, por lo que todavía habría otros 80.000 ocupados en este sector que podrían perder el empleo si se produce esta convergencia con la media europea.



En lo que respecta a la evolución de la ocupación en los demás sectores productivos, el empleo está cayendo en los últimos trimestres en la industria, un sector que en términos porcentuales representa a aproximadamente el 9,5% del total del empleo en Andalucía mientras que el conjunto nacional ocupa al rededor del 15% del total del empleo. Los servicios hasta el cuarto trimestre de 2008 mantenían tasas de variación interanual positivas aunque cercanas a cero. En cambio, en este primer trimestre de 2009 presentan una tasa del $-0,79\%$ de variación interanual.



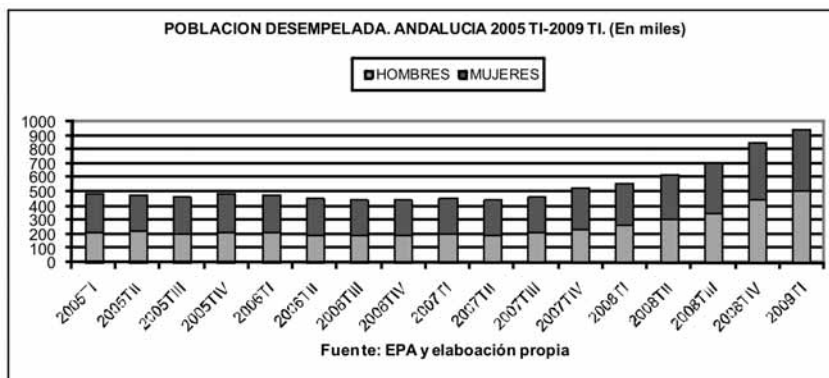
Una de las características más significativas del mercado de trabajo español y andaluz es la alto porcentaje que han significado los asalariados con contratos de duración temporal sobre el total de los asalariados. Durante años se ha hablado de la dualización del mercado de trabajo en España y de las perversas consecuencias de esta segmentación. La tasa de temporalidad ha mostrado en los últimos trimestres una caída significativa que ha afectado por igual a hombres y mujeres tanto en España y en Andalucía. A partir de finales de 2006 se observa una caída paulatina de la temporalidad para todos los colectivos considerados lo que pone de manifiesto que el ajuste del empleo está afectando de forma más grave a las mujeres.



5.3. El desempleo

La evolución de la oferta de trabajo, que mantiene su crecimiento de los últimos años aunque más moderado, y de la demanda de trabajo, en claro retroceso, han provocado un crecimiento significativo de la cifra de desempleados en Andalucía. En el primer trimestre de 2009 la población parada en Andalucía según la Encuesta de Población Activa se acerca al millón de efectivos ya que ha alcanzado la cifra de 944.100 personas, lo que significa un aumento de 93.800 respecto al trimestre anterior y 382.500 personas respecto al mismo trimestre del año 2008. Este incremento interanual es el mayor de los registrados desde que se lleva a cabo la EPA, si bien la metodología de elaboración ha sufrido cambios importantes que dificultan una comparación directa como la que realizamos sólo a título ilustrativo de la situación en la que nos encontramos, Se trata de la cifra de desempleados más alta desde el tercer trimestre de 1995 en el que se registraron 951.800 parados.

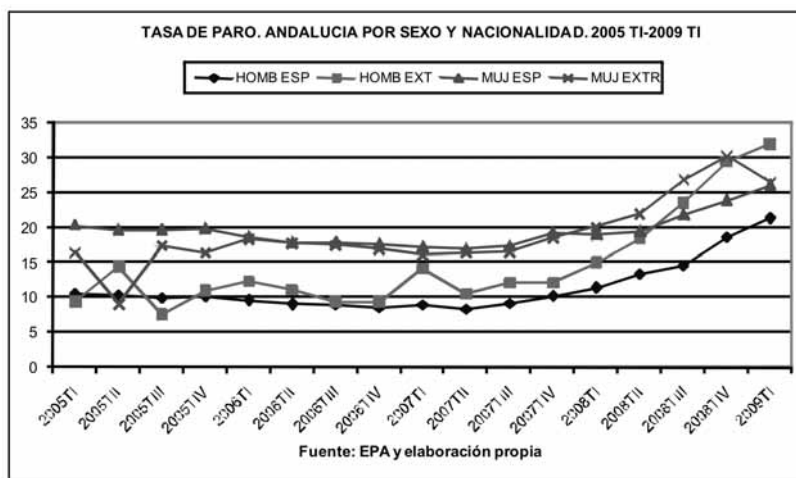
En este primer trimestre de 2009 el desempleo en Andalucía afecta más a los hombres (510.100) que a las mujeres (434.000). La mayor incidencia del desempleo en los hombres es una nueva situación que se mantiene desde el cuarto trimestre de 2008.



Si bien en términos absolutos, el desempleo en España y Andalucía está alcanzando cotas históricas, hay que tener en cuenta que estas comparaciones deben matizarse ya que el tamaño de la población activa ha crecido de forma sustancial a lo largo de los últimos tres lustros. Por ello, es conveniente considerar la evolución de las tasas de paro que relaciona el total de desempleados con la población activa. En el primer trimestre de 2009 la tasa de paro en Andalucía ha alcanzado el 24,04% (17,36% en la media nacional). La tasa de paro de los varones en Andalucía se situó en el 22,50% (16,86% de media en el conjunto de España) y la de las mujeres en el 26,15% (18,01% de media española). Como se observa, a pesar de que en términos absolutos se trata de una cifra de desempleados casi record, la tasa de desempleo, siendo elevada, se encuentra alejada de las cotas alcanzadas en la crisis de principios de los noventa cuando la tasa en Andalucía de paro alcanzó los 34 puntos. (44 puntos para el grupo de las mujeres).

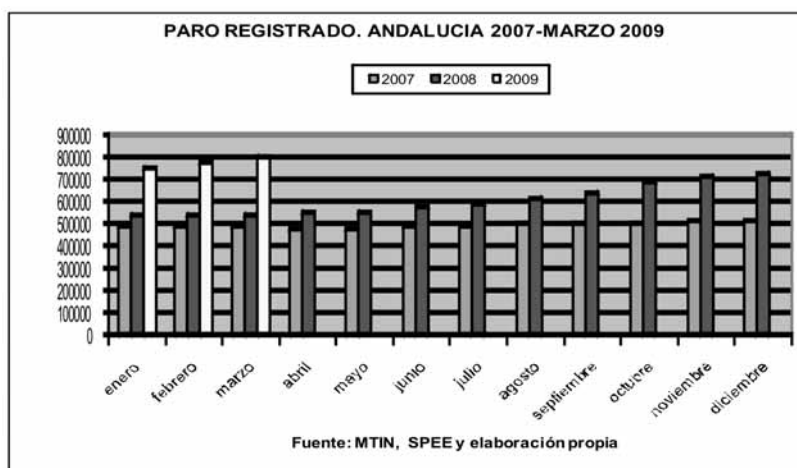
Como se ha señalado reiteradamente, uno de los aspectos novedosos del mercado de trabajo actual en relación al del siglo pasado es la fuerte presencia de trabajadores inmigrantes. Ya hemos visto que la tasa de actividad de este colectivo es mayor que el correspondiente a los trabajadores nacional y también hemos señalado que la tasas de crecimiento de la población activa de nacionalidad extranjera se ha ido moderando en los últimos trimestres. En lo que

respecta al desempleo que experimenta este colectivo hay que señalar que está siendo afectado de forma más acusada que el colectivo de los nacionales españoles. La evolución del desempleo de los inmigrantes puede ser un indicador de la gravedad de la crisis pues se tiene como un dato aceptado que la crisis puede afectar de forma más grave a este grupo de trabajadores, aunque hay dos factores que hay que tener en cuenta para matizar esta afirmación. En primer lugar, la capacidad para la movilidad laboral de este colectivo es mayor que el de los trabajadores nacionales. En segundo lugar, este colectivo puede carecer de lazos familiares en España por lo que carecerían de un elemento básico que ha contribuido de forma sustancial a superar crisis de desempleo masivo en épocas anteriores. La evolución de la presencia de población de nacionalidad extranjera en España en los próximos trimestres puede ser un indicativo de la reacción de este colectivo frente a la crisis económica.

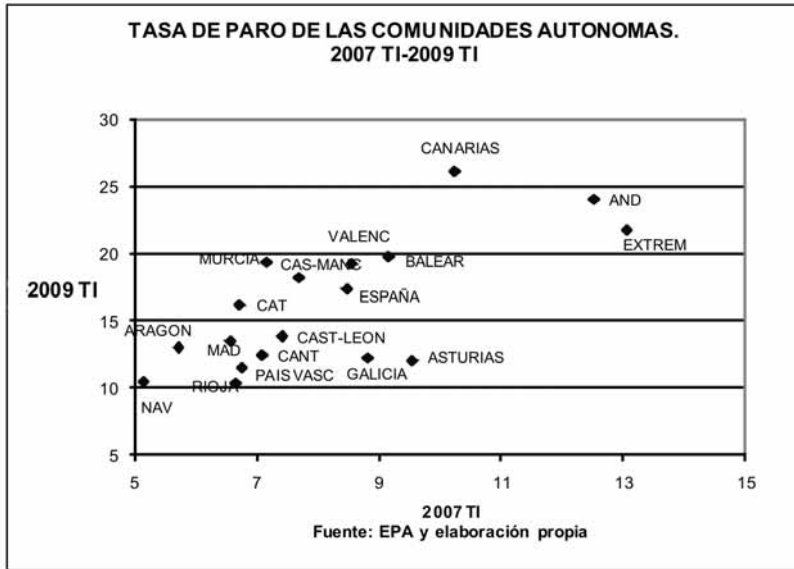


Una fuente de datos alternativos para valorar lo ocurrido con el paro en Andalucía en los últimos meses es proporcionada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración a través de los datos del Servicio Público Estatal de Empleo que aportan los datos del *paro registrado*. Esta fuente de datos también muestra un deterioro acelerado de la situación laboral a partir de junio de 2007, mes en el que el paro registrado comienza a aumentar pasando de unas 483.000 personas en aquél mes a una media de 771.072 personas en los tres primeros meses de 2009.. Es interesante destacar que el paro registrado muestra unas cifras inferiores a las aportadas por la EPA para ese mismo periodo que como hemos

recogido anteriormente sitúan el número de personas desempleadas en Andalucía en un total de 944.100. La diferencia entre ambas fuentes es de unas 170.00 personas a favor de la EPA.



Por último, para tener una visión general del impacto de la crisis económica en las diversas Comunidades Autónomas españolas, se puede usar el gráfico de posicionamiento de las CC.AA. en unos ejes cartesianos que miden las tasas de paro en dos periodos de tiempo significativos: antes y después del estallido de la crisis. Vamos a utilizar para ello los datos correspondientes al primer trimestre de 2007 y al primer trimestre de 2009 respectivamente. Como se observa, se ha producido un desplazamiento general de todas las comunidades autónomas españolas hacia valores más elevados de las tasas de paro en el primer trimestre de 2009. Cinco comunidades autónomas presentan tasas superiores a la media española en ambos periodos de tiempo de referencia: Valencia, Baleares, Extremadura, Andalucía y Canarias. En Murcia y Castilla-La Mancha la crisis del paro se ha cebado con mayor intensidad, pues han pasado de tener tasas inferiores a la media nacional en el primer trimestre de 2007 a tenerlas superiores en el primer trimestre de 2009. Por el contrario Galicia y Asturias han experimentado una evolución inversa, pasando de tener tasas de paro superiores a la media española a inferiores en estos dos periodos de tiempo.



INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Primer trimestre 2009

	Unidad	Periodo	Dato	ESPAÑA		ANDALUCÍA		Dato	VA(*)	VB(*)
				VA(*)	VB(*)	VA(*)	VB(*)			
I. MERCADO DE TRABAJO										
Población activa	Miles	1 ^{er} Trim. 09	23.102	0,1	2,3	3.928	0,6	3,8		
Tasa de actividad	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 09	60,15	0,0	1,3	58,59	0,4	2,5		
Hombres	69,11	-0,1	-0,3	68,75	0,0	0,5		
Mujeres	51,51	0,3	3,6	48,75	1,0	5,5		
Menos de 25 años	50,00	-2,9	-1,8	49,23	-6,4	-7,9		
25-54 años	84,82	0,5	1,5	81,29	1,0	3,4		
Más de 55 años	21,15	0,0	3,5	19,22	5,0	10,1		
Ocupados	Miles	1 ^{er} Trim. 09	19.091	-3,9	-6,4	2.984	-2,3	-7,5		
Agricultura	838	4,2	-3,0	261	21,1	0,7		
Industria	2.900	-4,7	-12,5	286	-5,5	-13,9		
Construcción	1.978	-9,3	-25,9	304	-12,8	-37,2		
Servicios	13.375	-3,3	-1,3	2.133	-2,5	-0,7		
Asalariados del sector público	..	1 ^{er} Trim. 09	3.030	0,0	5,4	536	-0,2	5,7		
Asalariados temporales	..	1 ^{er} Trim. 09	4.026	-11,6	-20,6	916	-4,7	-19,9		
Parados encuestados	..	1 ^{er} Trim. 09	4.011	25,0	84,5	944	11,0	68,1		
Hombres	2.196	30,0	115,6	510	14,3	93,4		
Mujeres	1.815	19,5	57,1	434	7,4	45,7		
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 09	17,36	24,8	80,3	24,04	10,4	62,1		
Hombres	16,86	30,1	114,2	22,50	14,2	90,2		
Mujeres	18,01	19,0	50,2	26,15	6,1	36,6		
Menos de 25 años	35,66	22,3	67,6	43,02	12,6	60,8		
25-54 años	16,08	26,5	87,9	21,94	10,3	67,5		
Más de 55 años	10,47	23,3	66,2	18,48	18,7	51,2		
Parados de larga duración	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 09	23,1	7,9	3,1	25,8	3,6	5,3		
Parados registrados	Miles	1 ^{er} Trim. 09	3.472	16,5	51,4	771	9,6	43,5		
II. CONDICIONES DE TRABAJO										
Salario mínimo	€/mes	1 ^{er} Trim. 09	624	4,0	4,0	624	4,0	4,0		
Coste laboral por trabajador	€/mes	4 ^o Trim. 08	2.535	9,5	5,4	2.292	6,9	6,4		
Industria	2.912	10,8	5,4	2.660	6,4	9,2		
Construcción	2.583	11,4	7,8	2.419	5,8	7,2		
Servicios	2.429	8,9	5,0	2.191	7,3	5,4		
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	4 ^o Trim. 08	136,3	8,8	2,0	135,3	3,1	1,9		
III. REGULACIÓN DE EMPLEO										
Expedientes	Total	4 ^o Trim. 08	3.043	111,9	216,6	232	57,8	134,3		
Trabajadores Extinción de empleo	101.141	414,5	582,7	658	-22,5	73,2		
Suspensión de empleo	84.008	819,1	1048,3	1.880	417,9	728,9		
Reducción de jornada	1.678	217,2	2230,6	107	-2,7	5250,0		
IV. CONFLICTOS LABORALES										
Huelgas	Total	4 ^o Trim. 08	327	63,5	45,3		
Participantes	Miles	..	190,3	597,0	90,8	5,6	154,5	40,0		
Jornadas no trabajadas	341,4	666,2	-4,3	10,5	101,9	-19,8		
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS										
Crecimiento económico	Porcentaje	4 ^o Trim. 08	-0,7	0,9	3,3		
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	4 ^o Trim. 08	-22,9	-22,9	-28,3		
Inflación	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 09	0,5	2,5	4,4	0,3	2,3	4,4		
Tipo de interés (Euribor 12 meses)	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 09	2,2	4,4	4,6		

(*) VA = Variación con respecto al trimestre anterior; VB = Variación con respecto a igual periodo del año anterior.

Informes y Documentos

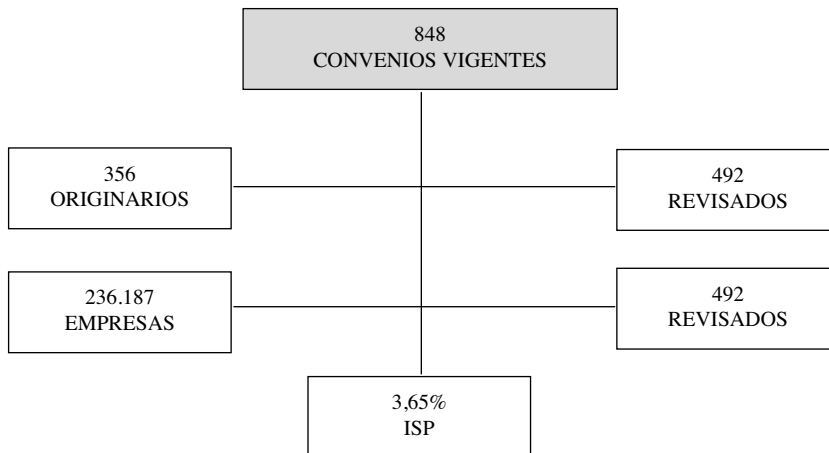
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA DURANTE 2008*

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. TIPOLOGÍA
 - 2.1. Convenios originarios
 - 2.2. Convenios revisados
3. ÁMBITO FUNCIONAL
 - 3.1. Convenios Sectoriales
 - 3.2. Convenios Empresariales
4. ÁMBITO TEMPORAL
5. ÁMBITO TERRITORIAL
6. TIEMPO DE TRABAJO
7. ORDENACIÓN DEL SALARIO
8. SALUD LABORAL

1. INTRODUCCIÓN

En el análisis de la evolución de la negociación colectiva en Andalucía se ha partido como premisa de un examen global del número de convenios, de su tipología, de su estructura y organización.



* El informe, referido a convenios colectivos vigentes en 2008 y recepcionados en el C.A.R.L., hasta el 31/01/2009, está realizado por los servicios técnicos de dicho organismo.

En primer término resulta idóneo conocer tanto su importancia cuantitativa o numérica, como su trascendencia cualitativa en función del grado de afectación del número de trabajadores y empresarios que se ven cubiertos por los mismos. Todo ello sin olvidar las posibles interconexiones, los distintos niveles y la ordenación de los distintos productos generados por este proceso de negociación colectiva, así como las posibles peculiaridades de sus cláusulas de configuración.

En el periodo de tiempo al que se refiere el presente informe se constata la vigencia en Andalucía de 848 convenios colectivos, los cuales extienden su afectación algo más de 236.187 empresas y a 1.535.984 trabajadores.

Un total de 356 de tales textos negociales son convenios originarios, los cuales tienen un ámbito personal que abarca a 116.227 empresas, lo que significa un 49,21% del total de las incluidas en la afectación de los convenios de ámbito andaluz. Estos convenios afectan a 856.190 trabajadores (55,74% del total de los incluidos en la negociación colectiva andaluza).

Los 492 convenios vigentes restantes son convenios revisados, los cuales afectan a 119.960 empresas (50,79% del total de las inmersas en convenios de ámbito andaluz) y a 679.794 trabajadores (44,26% de todos los afectados por convenios colectivos andaluces).

Tabla 1. Convenios Colectivos Vigentes

Ámbito geográ.	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	86	7.247	111.223	3,56
Cádiz	153	20.016	157.258	3,38
Córdoba	97	38.300	193.595	3,04
Granada	66	17.855	149.008	4,02
Huelva	62	7.229	143.146	3,32
Jaén	53	49.604	186.575	4,15
Málaga	135	47.910	247.741	3,34
Sevilla	146	43.940	280.179	4,27
Interpr.	50	4.086	67.259	3,17
Totales	848	236.187	1.535.984	3,65

Base de Datos: 848 Convenios Colectivos Vigentes

Como se aprecia en el siguiente gráfico, la distribución provincial de estos convenios pone de manifiesto que el mayor índice de actividad negociadora corresponde a Cádiz y Sevilla. A considerable distancia le sigue Málaga, presentando las restantes provincias presentan índices de menor entidad, y se ordenan de mayor a menor de la siguiente forma: Córdoba, Almería, Granada, Huelva y Jaén. Los convenios de ámbito interprovincial son los que alcanzan una cifra menor.

Gráfico 1. Convenios colectivos vigentes: Distribución provincial

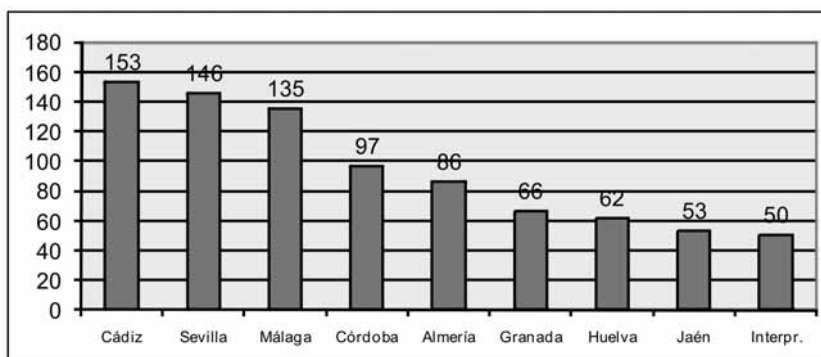
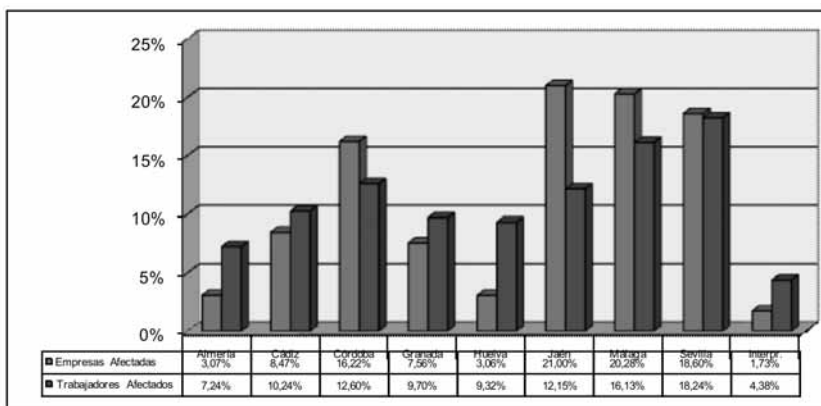


Gráfico 2. Distribución provincial de empresas y trabajadores afectados



Del global de los trabajadores afectados por los convenios andaluces vigentes (1.535.984), son los convenios de las provincias de Sevilla y Málaga los que destacan en cuanto a mayor porcentaje de afectación. Con porcentajes inferiores se sitúan tanto los convenios del resto de las provincias andaluzas como los interprovinciales.

En cuanto al número de empresas afectadas por tales convenios (236.187), en primer lugar se sitúan los de Jaén, seguidos a poca distancia por los de Málaga.

Gráfico 3. Comparativa número de convenios vigentes (Permanente anterior-actual)

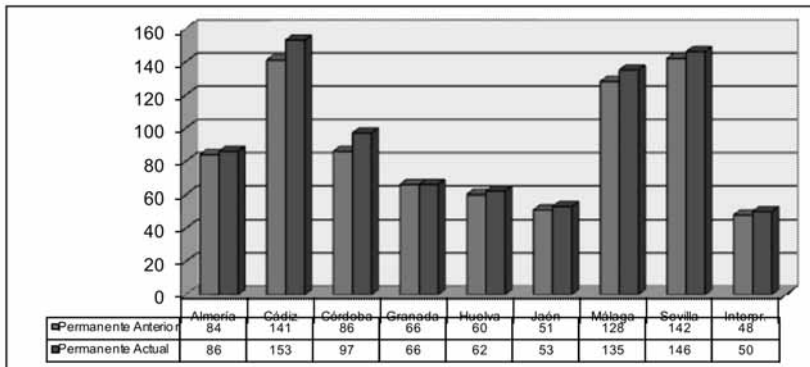
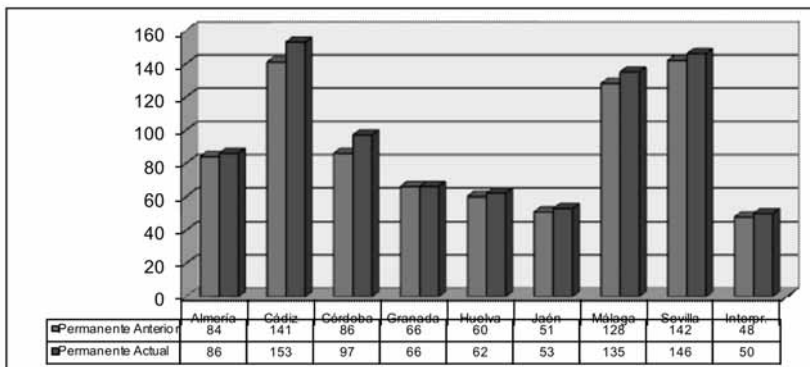
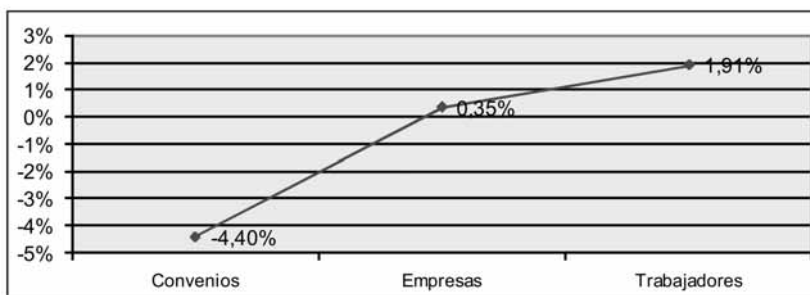


Gráfico 4. Convenios colectivos vigentes. Clasificados por CNAE



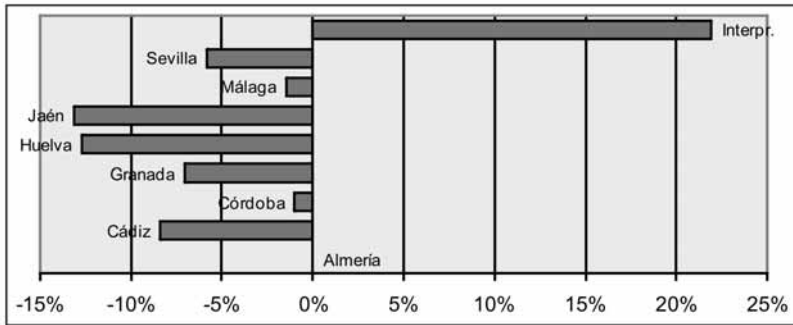
El análisis de la distribución del conjunto de convenios colectivos vigentes por actividades económicas (CNAE a 2 dígitos) da como resultado que el mayor número de ellos corresponde a “Otras Actividades” y a “Industrias Manufactureras”, lo cual se deriva de ser sectores que engloban importantes subsectores de actividad económica. En el extremo opuesto se sitúan los de “Industrias Extractivas” y “Pesca”.

Gráfico 5. Variación porcentual respecto a año anterior. Convenios, empresas y trabajadores



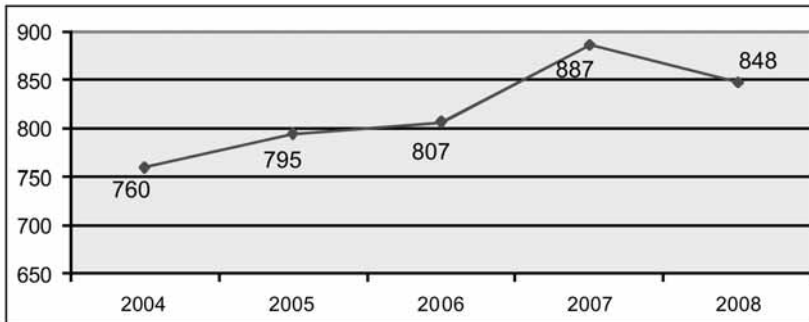
Examinando las cifras derivadas de la negociación colectiva vigente en el mismo periodo de tiempo del año anterior, se observa que los datos de 2008 suponen una alteración en todas las magnitudes: Número de convenios vigentes, número de empresas afectadas y número de trabajadores incluidos. En el año 2008 se encuentran vigentes un 4,40 % menos de convenios, encontrándose inmersos en el ámbito de afectación un 0,35% de empresas más y un 1,91% más de trabajadores.

Gráfico 6. Comparativa interanual número de convenios colectivos vigentes por provincias



Respecto a similares fechas del año anterior, se observa un decremento en el número de convenios vigentes en todas las provincias andaluzas. El mayor recorte se aprecia en Jaén. En el extremo opuesto, se detecta un aumento del número de convenios vigentes fundamentalmente en el Inteprovincial.

Gráfico 7a. Número de convenios colectivos vigentes: Evolución



Si se establece un análisis comparativo de la evolución de la negociación colectiva desde 2004 hasta la fecha, se aprecia la tendencia en cuanto al número de convenios vigentes.

En los siguientes gráficos se observa la evolución en cuanto a la afectación de los convenios colectivos vigentes en lo que concierne tanto al número de trabajadores acogidos como al número de empresas afectadas por los mismos.

Gráfico 7b. Empresas acogidas a convenios colectivos vigentes: Evolución

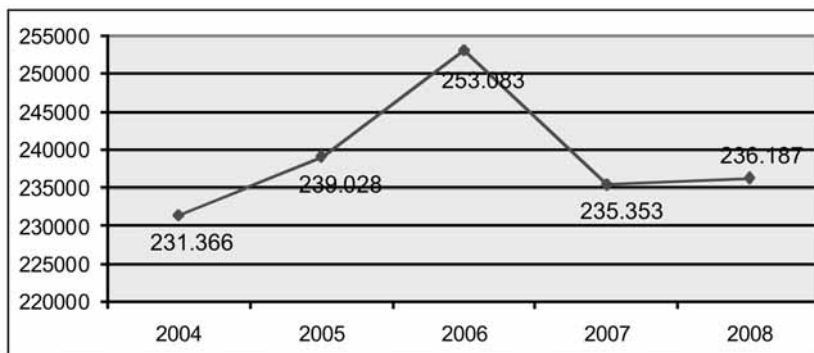
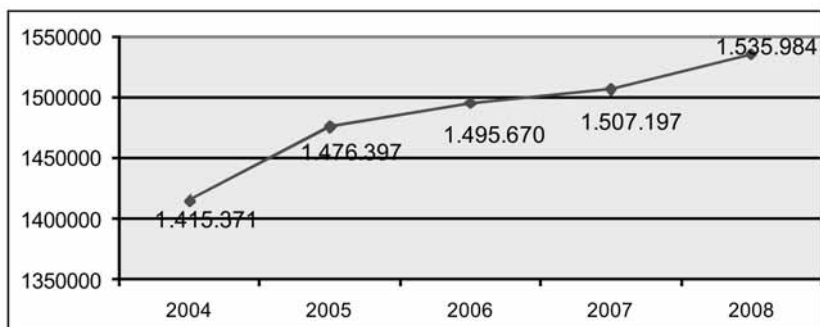


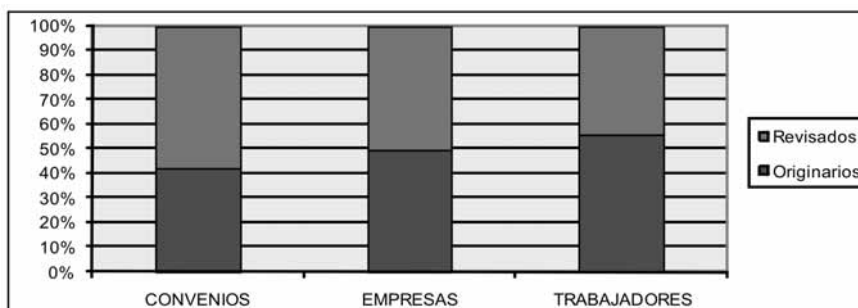
Gráfico 7c. Trabajadores acogidos a convenios colectivos vigentes: Evolución



2. TIPOLOGÍA

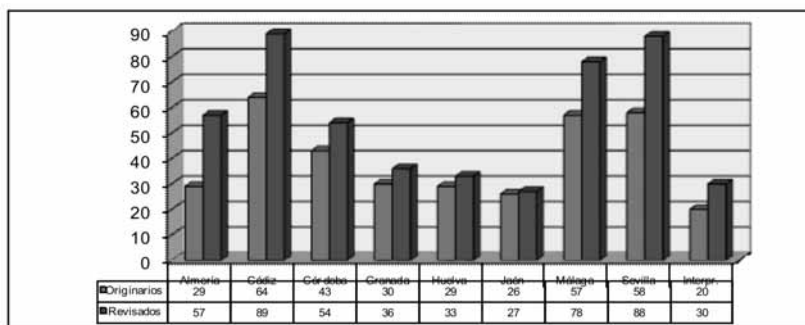
Bajo este epígrafe se va a proceder al encuadramiento de los convenios colectivos vigentes en Andalucía según sean éstos originarios o revisados. Como se ha informado anteriormente, como convenios colectivos originarios en la anualidad 2008 se receptionan un total de 356, en tanto que los 492 textos negociales restantes tienen naturaleza de convenios revisados.

**Gráfico 8. Convenios Originarios– Convenios Revisados.
Porcentajes de afectación**



Este esquema se reitera en todas las provincias, donde priman numéricamente los convenios revisados. Todo ello es clara muestra de la tendencia a la negociación en procesos supraanuales en nuestra Comunidad Autónoma.

**Gráfico 9. Convenios Originarios– Convenios Revisados.
Distribución Provincial**



2.1. Convenios originarios

Los 356 convenios originarios suponen el 41,98% del total de los vigentes, afectando al 55,74% de los trabajadores afectados por la negociación colectiva andaluza, y al 49,21% de empresas incluidas en convenios andaluces vigentes. Territorialmente, el mayor número de los recepcionados se registra en la provincia de Sevilla y Cádiz, siendo los menores los del ámbito interprovincial y la provincia de Jaén.

Si dentro de los convenios originarios, circunscribimos el análisis a los primeros convenios, vemos como se han recepcionado un total de 61 (7,19% del total de vigentes), siendo Córdoba la provincia más destacada en este aspecto.

Tabla 2. Convenios originarios/ Primeros Convenios

Ámbito geogr.	Convenios Originarios			Primeros Convenios		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	29	2.060	21.421	6	6	202
Cádiz	64	4.148	58.437	4	4	180
Córdoba	43	17.117	95.434	8	8	310
Granada	30	9.675	81.504	5	5	211
Huelva	29	6.286	132.448	9	18	566
Jaén	26	45.743	149.893	0		
Málaga	57	5.342	111.084	16	16	723
Sevilla	58	25.591	183.137	7	7	324
Interpr.	20	265	22.832	6	212	12.654
Totales	356	116.227	856.190	61	276	15.170

Base de Datos: 848 Convenios

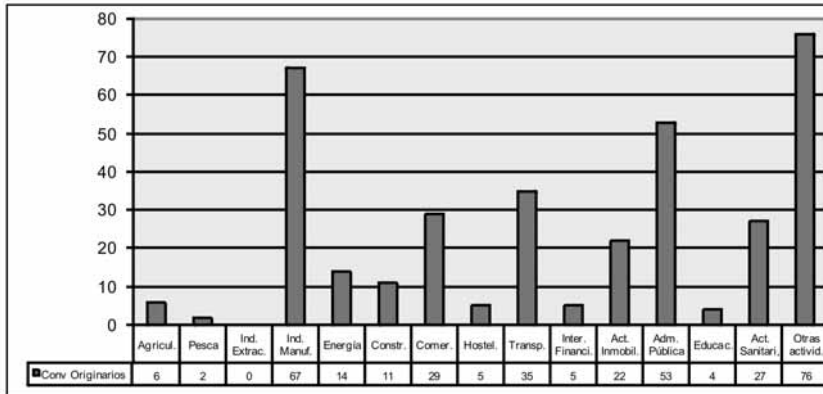
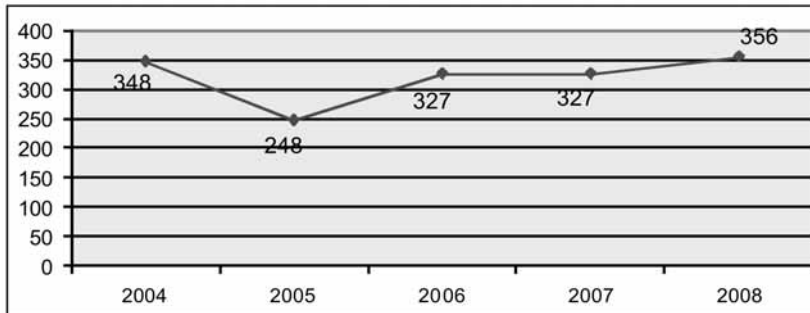
Gráfico 10. Convenios originarios clasificados por CNAE**Gráfico 11. Evolución del número de convenios originarios**

Gráfico 12. Evolución del número de primeros convenios

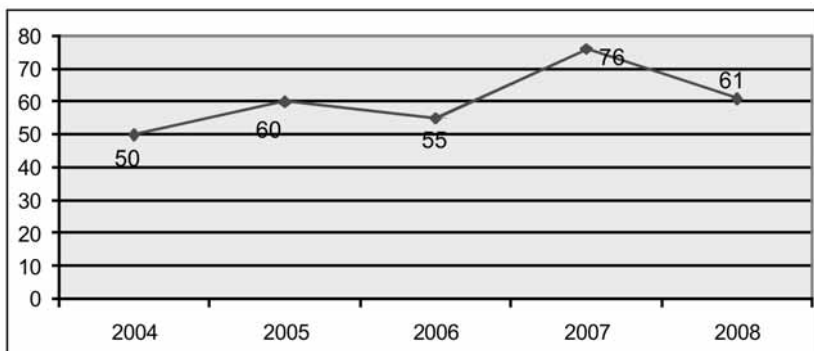
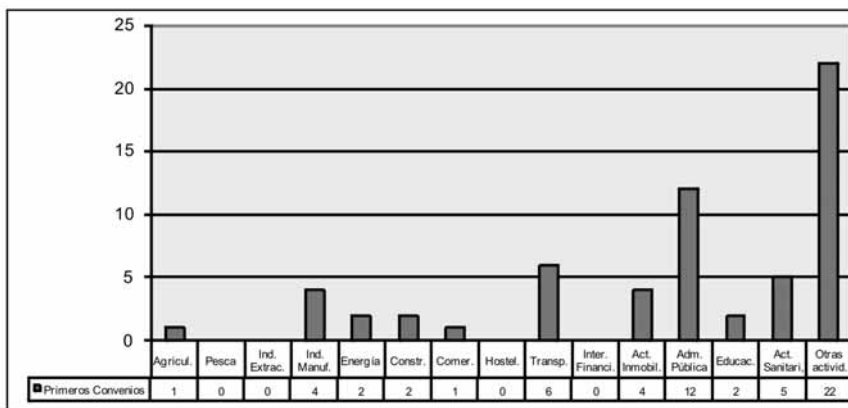


Gráfico 13. Primeros convenios clasificados por CNAE



2.2. Convenios revisados

Los 492 convenios revisados suponen el 58,02% del total de los vigentes, afectando al 44,26% del total de los trabajadores afectados por la negociación colectiva andaluza, y al 50,79% de empresas incluidas en convenios andaluces vigentes

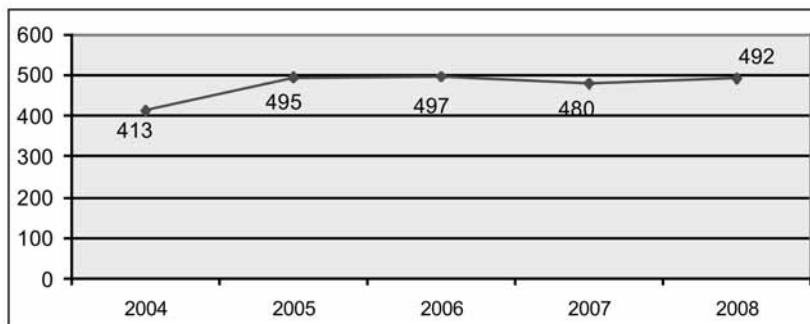
Tabla 3. Convenios revisados

Ámbito geográ.	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	57	5.187	89.802	3,49
Cádiz	89	15.868	98.821	3,15
Córdoba	54	21.183	98.161	2,74
Granada	36	8.180	67.504	4,10
Huelva	33	943	10.698	3,03
Jaén	27	3.861	36.682	3,04
Málaga	78	42.568	136.657	3,10
Sevilla	88	18.349	97.042	3,35
Interpr.	30	3.821	44.427	2,97
Totales	492	119.960	679.794	3,23

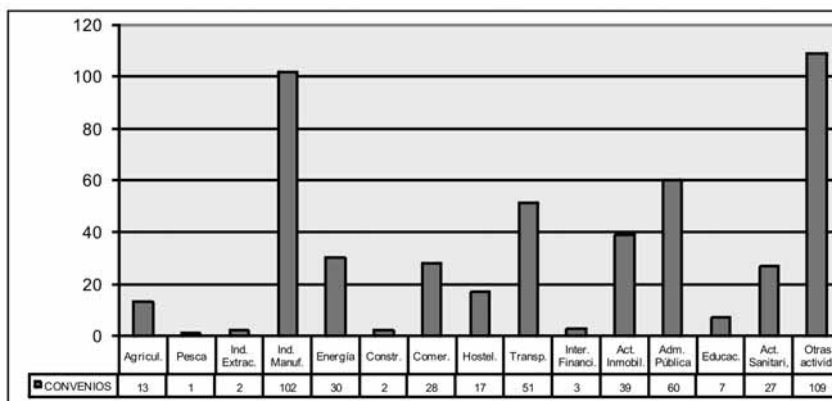
Base de Datos: 492 Convenios Colectivos Vigentes

El mayor número de convenios revisados se concentra en Cádiz. Por el contrario, la cifra más reducida corresponde a Granada.

Gráfico 14. Evolución del número de convenios revisados



Como se observa en el siguiente gráfico, si se contemplan los convenios revisados desde una perspectiva cuantitativa, la clasificación de los mismos atendiendo a actividades económicas (CNAE) arroja como resultado que el mayor número está encuadrado en “Otras Actividades” y en “Industrias Manufactureras”, sectores ambos en los que prima la negociación colectiva descentralizada a nivel de empresa, siendo prácticamente inexistentes los convenios sectoriales provinciales. Es de destacar que especialmente en la primera de las actividades mencionadas, se produce una numerosa subdivisión en subsectores económicos. La actividad económica con menor presencia de este tipo de convenios resulta ser la de “Pesca”.

Gráfico 15. Convenios revisados clasificados por CNAE.

3. ÁMBITO FUNCIONAL

Al examinar la distribución de la actividad negociadora entre convenios de empresas y de sector, se observa que, de forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. De esta forma, de los 848 convenios vigentes, 672 son convenios de empresa o de ámbito inferior, lo que significa un 79,25 % del total. Sólo 176 de los vigentes son convenios de sector, lo que supone el 20,75% del total.

Sin embargo, esta situación se altera drásticamente si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación personal, ya que resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa. La situación descrita es una pauta que se reitera en todas las provincias andaluzas.

Tabla 4. Convenios vigentes: sector/empresa

Ámbito geogr.	Convenios Originarios			Primeros Convenios		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	19	7.180	106.162	67	67	5.061
Cádiz	29	19.892	144.957	124	124	12.301
Córdoba	17	38.220	187.477	80	80	6.118
Granada	17	17.806	144.968	49	49	4.040
Huelva	15	7.182	139.501	47	47	3.645
Jaén	24	49.575	183.421	29	29	3.154
Málaga	21	47.796	232.472	114	114	15.269
Sevilla	26	43.820	261.165	120	120	19.014
Interpr.	8	4.044	21.091	42	42	46.168
Totales	176	235.515	1.421.214	672	672	114.770

Base de Datos: 848 Convenios Colectivos Vigentes

Gráfico 16. Ámbito funcional por provincias. Convenios vigentes

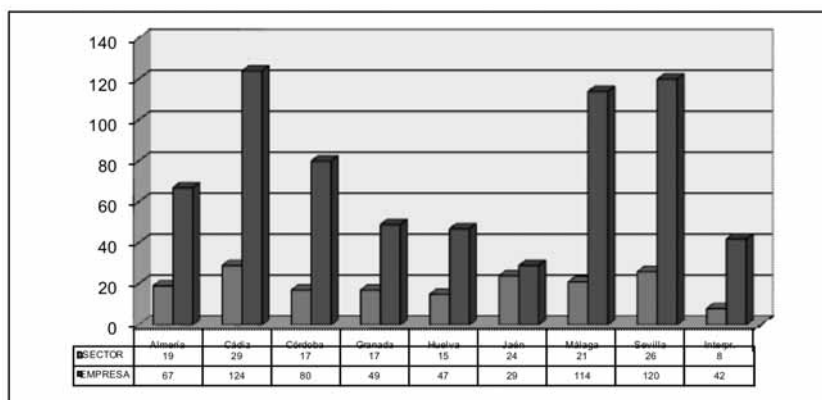


Tabla 5. Convenios Originarios: sector/empresa

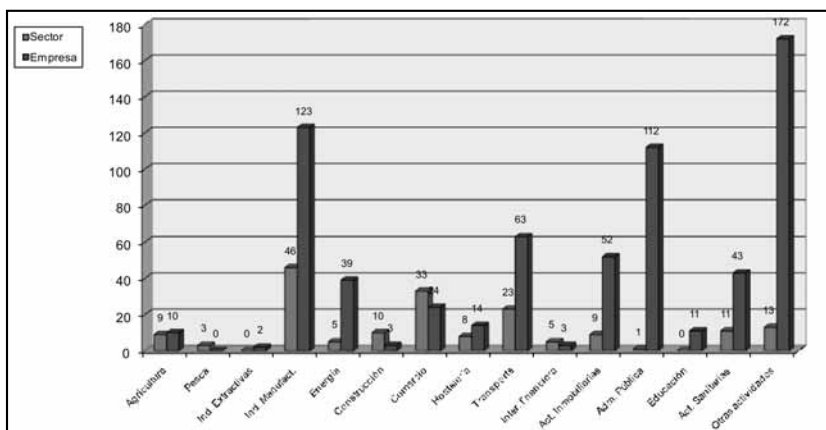
Ámbito geogr.	Convenios Originarios			Primeros Convenios		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	19	7.180	106.162	67	67	5.061
Cádiz	29	19.892	144.957	124	124	12.301
Córdoba	17	38.220	187.477	80	80	6.118
Granada	17	17.806	144.968	49	49	4.040
Huelva	15	7.182	139.501	47	47	3.645
Jaén	24	49.575	183.421	29	29	3.154
Málaga	21	47.796	232.472	114	114	15.269
Sevilla	26	43.820	261.165	120	120	19.014
Interpr.	8	4.044	21.091	42	42	46.168
Totales	176	235.515	1.421.214	672	672	114.770

Tabla 6. Convenios Revisados: sector/empresa

Ámbito geogr.	Convenios Originarios			Primeros Convenios		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	11	5.141	85.728	46	46	4.074
Cádiz	19	15.798	93.732	70	70	5.089
Córdoba	7	21.136	94.541	47	47	3.620
Granada	9	8.153	65.069	27	27	2.435
Huelva	5	915	8.300	28	28	2.398
Jaén	10	3.844	34.885	17	17	1.797
Málaga	13	42.503	129.012	65	65	7.645
Sevilla	14	18.275	82.561	74	74	14.481
Interpr.	4	3.795	8.614	26	26	35.813
Totales	92	119.560	602.442	400	400	77.352

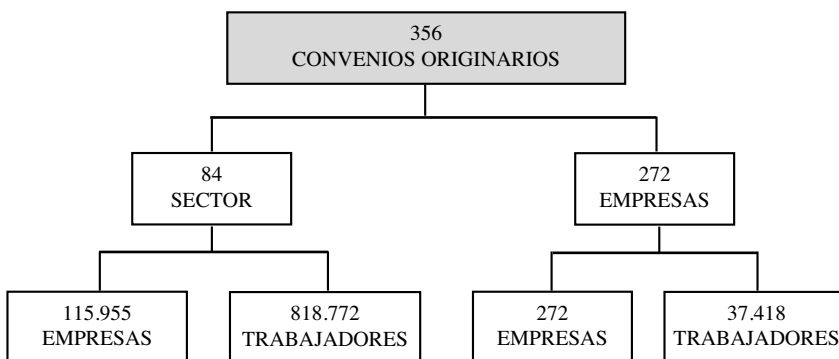
Base de Datos: 848 Convenios Colectivos Vigentes

Gráfico 17. Ámbito funcional por actividades económicas. Convenios vigentes

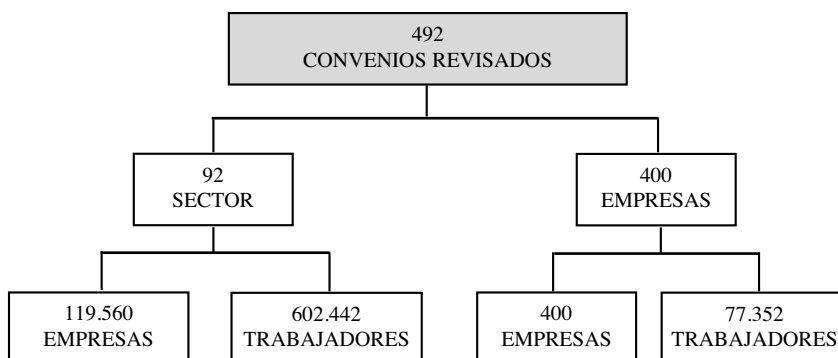


Examinando separadamente los convenios originarios y los convenios revisados, desde una perspectiva funcional, los resultados que se obtienen son similares. Con respecto a los convenios originarios, los 272 de naturaleza empresarial suponen el 32,08% del total, mientras los 84 de sector significan el restante 9,91 %. No obstante, estos últimos, a pesar de su inferioridad numérica, extienden su campo de aplicación personal al 95,63% de los trabajadores y al 99,77% de las empresas incluidas en el campo de aplicación de los convenios originarios de este año.

Si, dentro de los originarios, el análisis se circunscribe a los 61 primeros convenios, se aprecia que todos ellos son empresariales.



La distribución funcional de los convenios revisados es la siguiente: 400 son de empresa (47,17%) y 92 de sector (10,85%), afectando estos últimos al 88,62 % de los trabajadores y al 99,67% de las empresas.



3.1. Convenios Sectoriales

Los convenios de sector, no obstante su inferioridad numérica, encuadran a la mayoría de los trabajadores y empresas incluidos en la negociación colectiva andaluza vigente. Así, 1.421.214 trabajadores se incluyen en este ámbito funcional, lo que supone el 92,53% del global. Esta incidencia es aún más acusada respecto a las empresas, ya que el 99,72% de las mismas –235.515– se acogen a convenios de sector.

**Tabla 7. Convenios sectoriales vigentes:
Empresas y trabajadores afectados**

Ámbito geográ.	CONVENIOS SECTOR			
	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	19	7.180	106.162	3,58
Cádiz	29	19.892	144.957	3,39
Córdoba	17	38.220	187.477	3,03
Granada	17	17.806	144.968	4,05
Huelva	15	7.182	139.501	3,32
Jaén	24	49.575	183.421	4,16
Málaga	21	47.796	232.472	3,34
Sevilla	26	43.820	261.165	4,37
Interpr.	8	4.044	21.091	2,48
Totales	176	235.515	1.421.214	3,68

Base de Datos: 848 Convenios Colectivos Vigentes

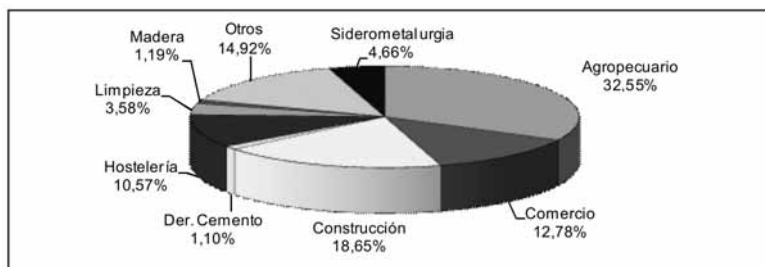
**Tabla 8. Convenios sectoriales más significativos:
Empresas y trabajadores afectados**

Actividades	Convenios	Trabajadores	Empresas
Agropecuario	8	499.262	86.836
Comercio	30	194.572	65.554
Construcción	10	285.550	10.418
Der. Cemento	9	15.755	864
Hostelería	8	161.280	36.900
Limpieza	9	40.976	1.425
Madera	6	18.259	2.209
Otros	89	134.800	19.317
Siderometalurgia	7	70.760	11.992

Los textos negociales más significativos de la Comunidad Autónoma andaluza, por el número de trabajadores que acogen y las empresas a las que afectan, han sido tradicionalmente, y continúan siéndolo, los convenios sectoriales de “Agricultura”, “Comercio”, “Construcción y obras públicas”, “Hostelería” y “Siderometalurgia”.

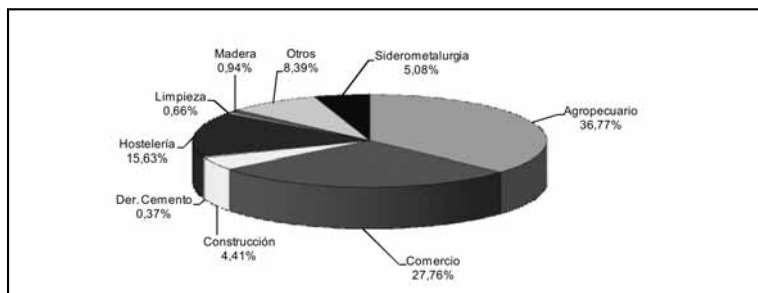
Las dimensiones medias de las empresas dominantes en cada uno de dichos sectores explican, probablemente, la inversión de resultados apuntada. Se ha de matizar que los datos que se ofrecen se obtienen a partir de los que figuran en las correspondientes hojas estadísticas, pudiendo no corresponder exactamente con las cifras reales. Particularmente hay que matizar también, en relación con el sector “Agropecuario”, que, al corresponderse en la inmensa mayoría de los casos con trabajos de campaña, los trabajadores van rotando entre las diversas provincias, de ahí que el reflejo del número de los afectados se encuentre incrementado en relación con las cifras reales de trabajadores agropecuarios en cada provincia.

Gráfico 19. Convenios de sectores más significativos (nº de trabajadores)



Base de datos: 1.421.214 trabajadores afectados por los 176 convenios de sector vigentes

Gráfico 20. Convenios de sectores más significativos (nº de empresas)



Base de datos: 235.515 empresas afectadas por los 176 convenios de sector vigentes

3.2. Convenios Empresariales

Los convenios vigentes de empresa ascienden a 672, siendo 114.770 los trabajadores que regulan sus relaciones laborales a través de este tipo de convenios (7,47% del total de los incluidos en convenios andaluces), cifra muy inferior a los acogidos a convenios sectoriales. La incidencia del número de empresas incluidas en convenios de empresa con respecto al global de esta magnitud es aún menor, no superando el 0,28 % del total.

Por provincias, Cádiz y Sevilla son aquellas en que rigen mayor número de estos convenios: 124 y 120. A continuación se coloca Málaga con 114 y Córdoba con 80. En el ámbito interprovincial es donde la desproporción a favor de los convenios de empresa frente a los de sector es más acusada: Salvo cuatro, todos los convenios interprovinciales vigentes son de empresa. El porcentaje más reducido lo alcanzan los convenios de empresa en Jaén.

**Tabla 9. Convenios colectivos vigentes de empresa.
Empresas y trabajadores afectados**

Ámbito geogr.	CONVENIOS SECTOR			
	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	67	67	5.061	2,99
Cádiz	124	124	12.301	3,16
Córdoba	80	80	6.118	3,09
Granada	49	49	4.040	2,61
Huelva	47	47	3.645	3,08
Jaén	29	29	3.154	3,34
Málaga	114	114	15.269	3,23
Sevilla	120	120	19.014	2,79
Interpr.	42	42	46.168	2,61
Totales	672	672	114.770	2,86

Base de Datos: 848 Convenios Colectivos Vigentes

Tal y como se observa en la siguiente tabla, del examen de los convenios de empresa en relación con su particular ámbito de aplicación, se deduce que son mayoritarios aquellos que corresponden a la empresa en su conjunto, seguido de los de centro de trabajo. Numéricamente son muy inferiores aquellos convenios que tienen la naturaleza de intercentro, los de grupo de empresa y los de grupo profesional o franja. En lo referente al campo de afectación

personal, son igualmente los convenios empresariales lo que se sitúan en primer lugar, situándose a continuación los de centro de trabajo. Este esquema es coincidente con el que se produjo en las anualidades precedentes.

Tabla 10. Convenios de empresa: Tipología

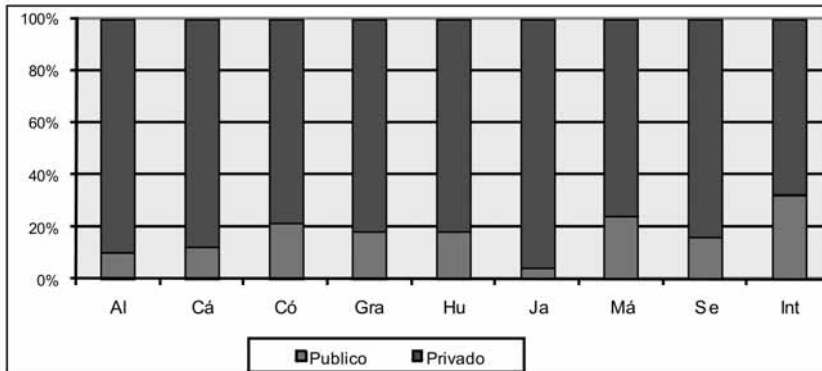
Ámbito geográ.	Grupo Profesional	Centro de Trabajo	Intercentro	Grupo de Empresas	Empresas	Otros	Total
Almería	1	19	3	5	39	0	67
Cádiz	1	39	2	5	77	0	124
Córdoba	1	17	1		61	0	80
Granada		9	1	1	38	0	49
Huelva	1	14	1	1	30	0	47
Jaén		14		1	14	0	29
Málaga	3	37	1	1	72	0	114
Sevilla	3	26	2	2	87	0	120
Interpr.	5	5	2	1	29	0	42
Totales	15	180	13	17	447	0	672

Base de Datos: 848 Convenios

Como se observa en el gráfico siguiente, en el global de los 672 convenios empresariales vigentes, son numéricamente superiores los de índole privado (451, es decir, el 67,11% del total), superioridad que se reitera en cada una de las provincias

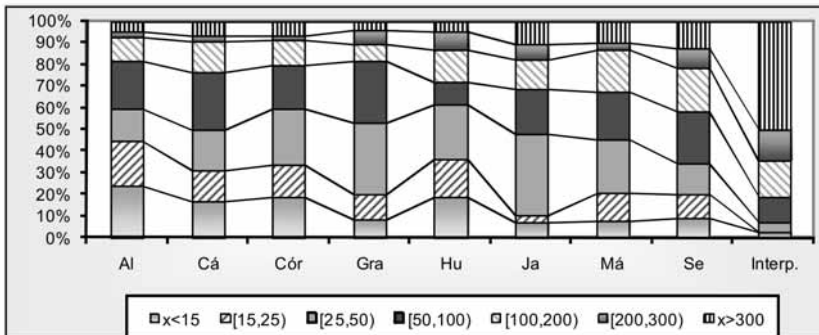
Los convenios vigentes de empresa pública en Andalucía ascienden a 221 (32,89% del total de convenios de empresa vigentes). Los 47.249 trabajadores encuadrados en los mismos suponen el 41,17% del total de los afectados por convenios vigentes de empresa. Este hecho es debido a que las empresas públicas son aquellas que tienen un mayor ámbito de encuadramiento personal.

Gráfico 21. Convenios vigentes de empresa. Porcentajes provinciales según ámbito público/privado



Base de datos: 848 convenios vigentes de empresa

Gráfico 22. Porcentajes por provincias de convenios colectivos vigentes según el tamaño de las empresas



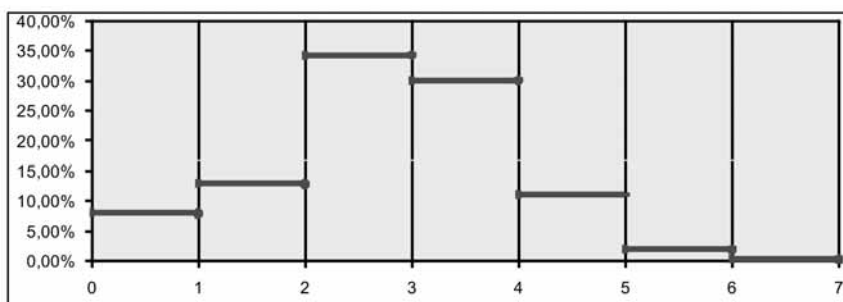
Base de datos: 672 convenios vigentes de empresa

4. ÁMBITO TEMPORAL

Por lo que se refiere al periodo de vigencia determinado en los convenios en el momento de su suscripción, sigue constatándose un fuerte predominio de aquellos que se han pactado por un periodo de duración superior al año, frente a los que se han ultimado con una vigencia de carácter anual.

La distribución de vigencias entre los convenios supraanuales implica que son mayoritarios los convenios que fijan un periodo de hasta 3 años de vigencia, suponiendo el 34,32% del total de los convenios vigentes en Andalucía. Les siguen los convenios por periodo de hasta 4 años (30,19%) y aquellos que llegan a los 2 años (12,97%). El resto de los convenios supraanuales son muy minoritarios.

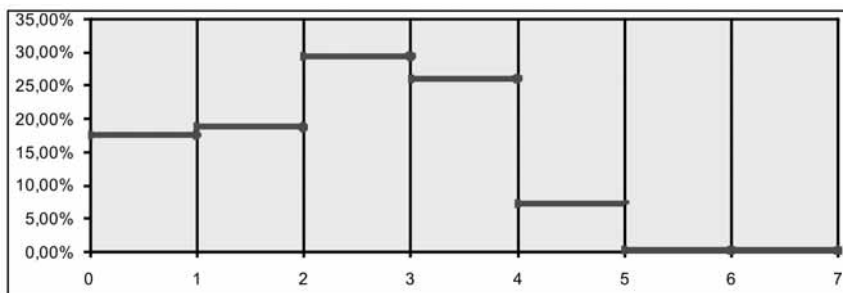
Gráfico 23. Convenios colectivos vigentes. Ámbito temporal



Base de datos: 848 convenios vigentes

El análisis de las vigencias de los convenios originarios del año 2008 da como resultado una mayor presencia de los pactados por 3 años (29,49%), seguidos por vigencias de hasta 4 años de vigencia (26,12%). Les siguen los convenios por período de hasta 2 años (18,82%) y hasta 1 año (17,70%).

Gráfico 24. Convenios colectivos originarios año 2008. Ámbito temporal



Base de datos: 848 convenios vigentes

Gráfico 25. Convenios vigentes anuales/supraanuales

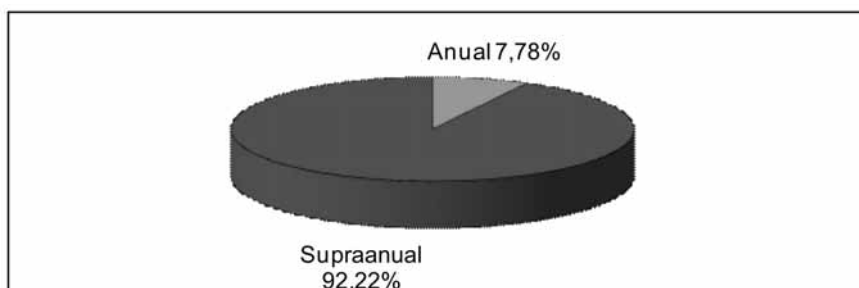


Gráfico 26. Convenios originarios año 2008 anuales/supraanuales

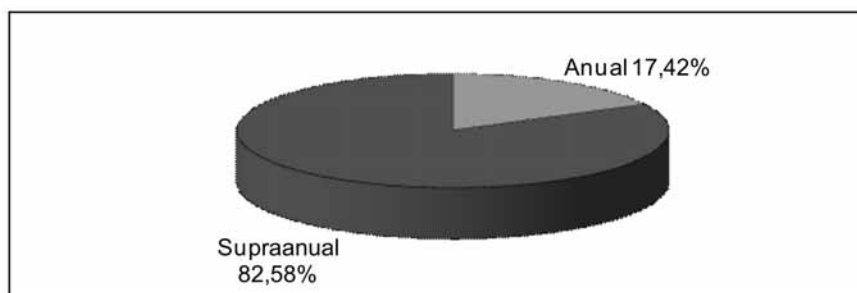
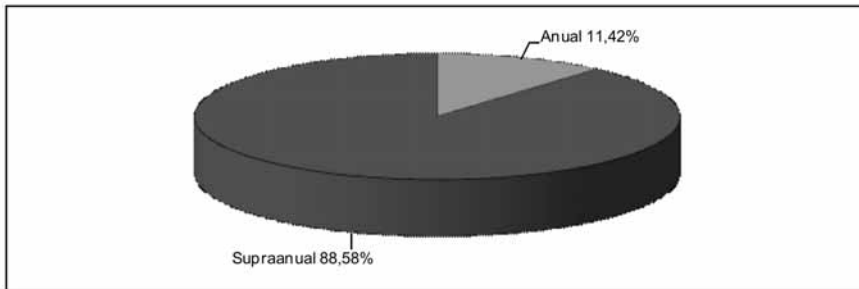
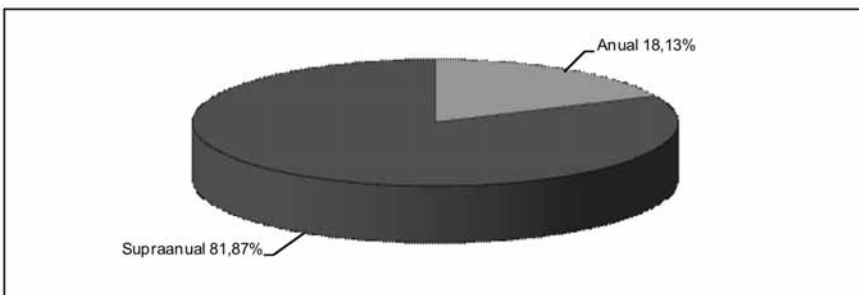


Gráfico 27. Afectación personal de convenios vigentes anuales/supraanuales



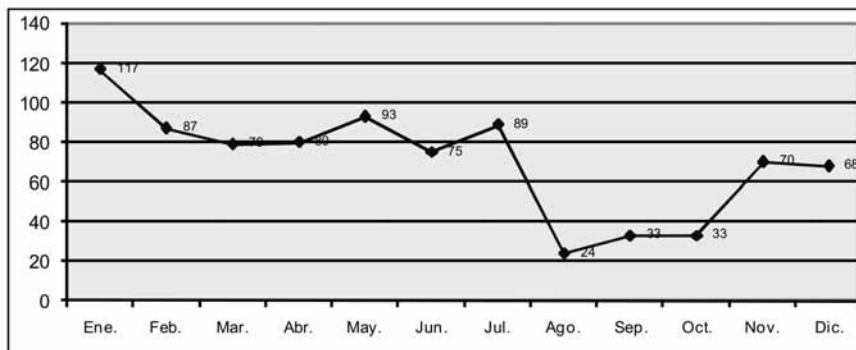
Base de datos: 1.535.984 trabajadores afectados por los 848 convenios vigentes

Gráfico 28. Afectación personal de convenios originarios año 2008 anuales/supraanuales



Base de datos: 856.190 trabajadores afectados por los 356 convenios originarios año 2008

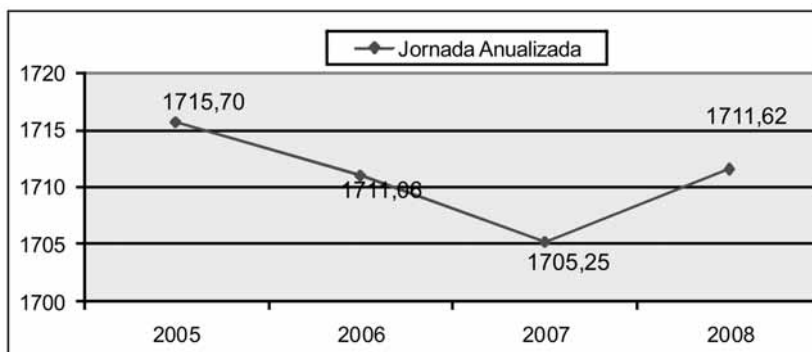
Gráfico 29. Fecha firma convenios vigentes



5. ÁMBITO TERRITORIAL

Manteniendo el esquema consolidado en el ámbito andaluz, por otra parte, similar al estatal, territorialmente es el ámbito provincial el de mayor incidencia, inscribiéndose en el mismo el 48% de los convenios vigentes. Por su parte, el ámbito local supone el 44%, prácticamente superpuesto sobre el nivel empresarial, ya que generalmente corresponden a organizaciones productivas con un único centro de trabajo. Los convenios interprovinciales mantienen su carácter residual, suponiendo el 5% del total de vigentes.

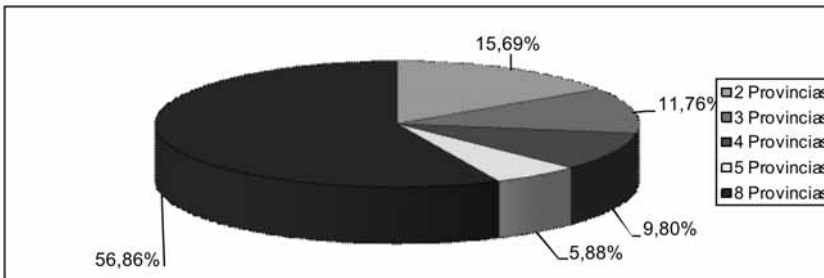
Gráfico 30. Ámbito territorial de convenios colectivos vigentes



Base de datos: 848 convenios vigentes

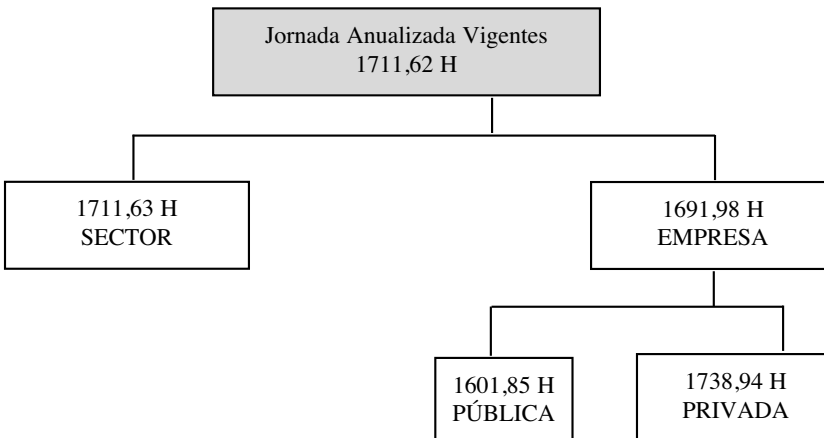
Por su parte, el ámbito territorial de los convenios interprovinciales no es coextenso con el de la Comunidad Autónoma. Al contrario, como se observa en el gráfico que sigue, únicamente el 56% de tales convenios abarca las 8 provincias andaluzas.

**Gráfico 31. Convenios interprovinciales:
Porcentaje por provincias afectadas**



Base de datos: 51 convenios vigentes de ámbito interprovincial

6. TIEMPO DE TRABAJO



El estudio de la jornada laboral, su duración y distribución en el tiempo exige primariamente conocer la jornada plasmada en los convenios colectivos, haciendo coincidir el módulo de cómputo de la misma sobre una base uniforme que, en este caso será el cómputo anual, realizando para ello la correspondiente transformación en los textos que fijan dicha jornada en cómputo semanal. Pues bien, si tomamos como base de datos el total de convenios vigentes en Andalucía, la jornada convencional unificada en cómputo anual, resultante de los cálculos indicados, se cifra en el año 2008 en 1711,62 horas de promedio.

Tabla 11. Jornada promedio convenios colectivos vigentes

Ámbito geográ.	Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
Almería	1.695,46	37,71	1.713,34
Cádiz	1.709,48	37,74	1.707,43
Córdoba	1.714,41	38,27	1.675,10
Granada	1.730,95	38,39	1.722,58
Huelva	1.713,59	37,70	1.737,81
Jaén	1.722,71	38,00	1.732,55
Málaga	1.724,99	38,13	1.735,13
Sevilla	1.700,44	37,53	1.698,33
Interpr.	1.692,56	37,26	1.696,10
Totales	1.711,62	37,86	1.713,15

Bases de datos: 848 convenios vigentes

Si el análisis lo circunscribimos a los convenios originarios del año 2008, los datos son levemente superiores, tal y como constan en la siguiente tabla.

Tabla 12. Jornada promedio convenios colectivos originarios año actual

Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
1.716,88	37,95	1.717,54

Base de datos: 356 convenios originarios año 2008

Como se aprecia en la siguiente tabla, el análisis funcional permite comprobar que la jornada unificada en cómputo anual es sensiblemente mayor en los convenios de naturaleza sectorial que en los de empresa, al residenciarse en estos últimos los convenios de las empresas del sector público, más propicios a reducciones de jornada.

**Tabla 13. Jornada anual/semanal unificada en cómputo anual:
Promedio en convenios sector/empresa**

Ámbito geográ.	SECTOR	EMPRESA
Almería	1.794,87	1.667,27
Cádiz	1.774,03	1.694,38
Córdoba	1.775,83	1.701,36
Granada	1.783,62	1.712,67
Huelva	1.790,63	1.689,01
Jaén	1.770,26	1.683,36
Málaga	1.798,19	1.711,51
Sevilla	1.786,15	1.681,87
Interpr.	1.725,10	1.686,37
Totales	1.777,63	1.691,98

Base de datos: 848 convenios vigentes

Las principales diferencias entre los convenios de empresa no se producen en el ámbito territorial, sino entre los convenios de empresas del sector privado y los de las del sector público. Así, como se observa en la siguiente tabla, los convenios colectivos vigentes en las empresas privadas fijan una jornada anualizada notablemente superior a la acordada en los convenios de empresa pública.

**Tabla 14. Jornada anual/semanal unificada en cómputo anual:
Promedio en convenios empresa pública/privada**

Ámbito geográ.	PÚBLICA	PRIVADA
Almería	1.600,83	1.728,03
Cádiz	1.594,77	1.715,87
Córdoba	1.566,05	1.774,22
Granada	1.621,13	1.761,31
Huelva	1.591,19	1.734,86
Jaén	1.628,17	1.697,75
Málaga	1.630,74	1.753,51
Sevilla	1.572,91	1.747,24
Interpr.	1.610,88	1.737,69
Totales	1.601,85	1.738,94

Gráfico 32. Evolución promedio jornada anualizada convenios colectivos vigentes

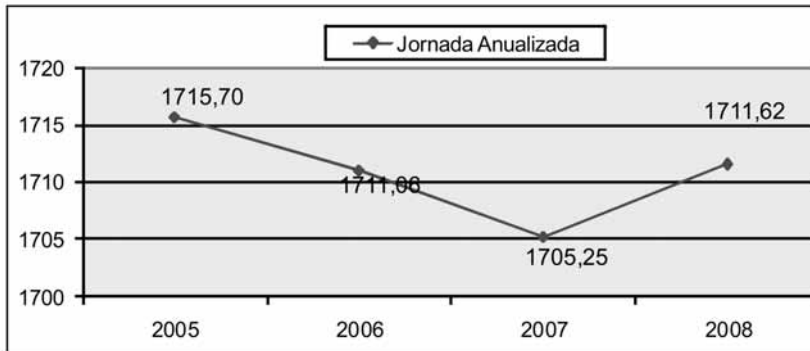


Gráfico 33. Evolución promedio jornada anualizada convenios de empresa privada

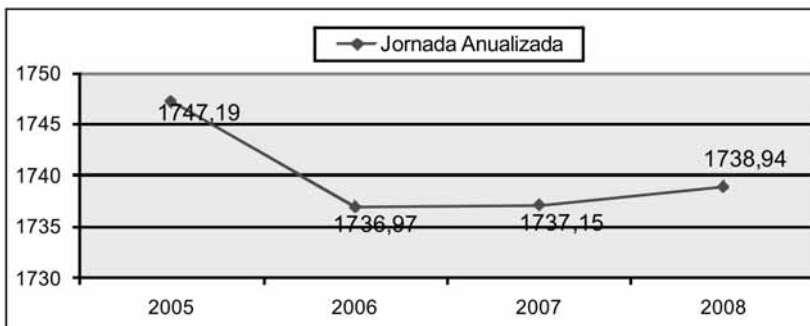
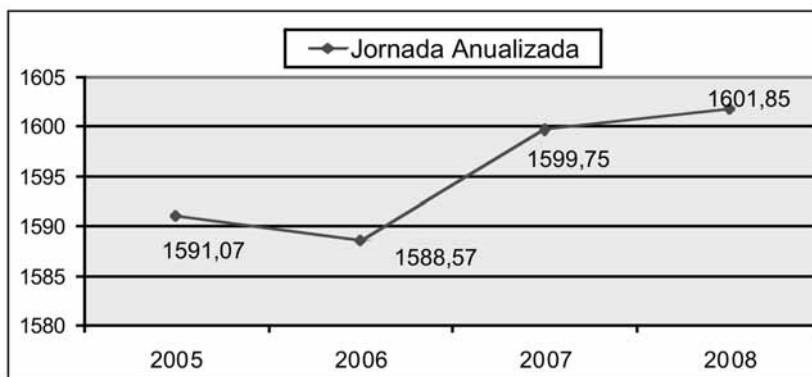


Gráfico 34. Evolución promedio jornada anualizada convenios de empresa pública



Uno de los aspectos a considerar dentro de la regulación que los distintos convenios colectivos vigentes durante el año 2008 efectúan respecto a la jornada de trabajo es el referido a la determinación de la jornada máxima, optando éstos bien por el cómputo semanal, estableciendo una jornada máxima anual o utilizando conjuntamente ambas fórmulas de determinación. Tomando en consideración la totalidad de los convenios colectivos vigentes, se observa que la mayoría de ellos opta por determinar la jornada máxima de trabajo en cómputo semanal. En segundo lugar se sitúan aquellos acuerdos que determinan su jornada de trabajo en cómputo mixto. Por último, un porcentaje menor de los convenios vigentes opta por determinar su jornada en cómputo anual.

7. ORDENACIÓN DEL SALARIO

Si tomamos como base de datos la globalidad de los convenios colectivos vigentes, se observa que el incremento salarial ponderado global medio (I.S.P.) resultante en Andalucía, incluyendo convenios originarios y revisados, se sitúa en el 3,65%, correspondiendo el 3,71% a los convenios de sector y el 2,94% a los de empresa. A su vez, estos últimos se subdividen en un 2,52% para el ámbito público y un 3,55% para el privado. La incidencia del sector Agropecuario resulta elevada dado su amplio ámbito de aplicación personal, ya que, sin tomar en consideración los convenios pertenecientes a este sector, el I.S.P. general descendería al 3,47%.

En los convenios originarios recepcionados en el presente año, el incremento salarial medio alcanza el 3,99%, situándose en el 4,01% en los convenios sectoriales y en el 3,7% en los empresariales.

En los convenios revisados, el promedio de incremento salarial se eleva al 3,23%, adscribiéndose una vez más el promedio superior al ámbito sectorial (3,31%) frente al empresarial (2,6%).

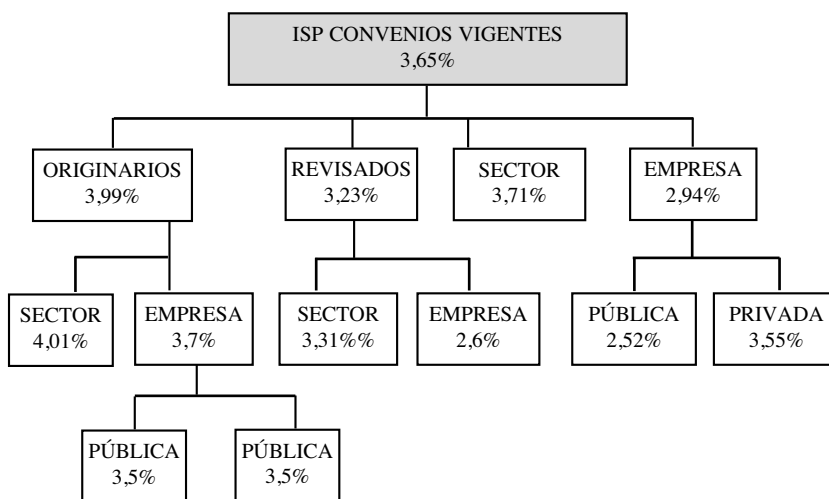
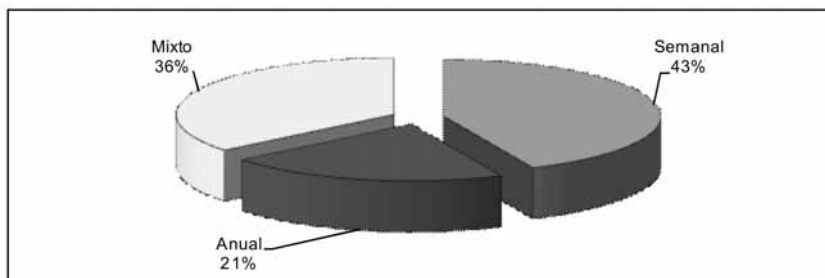


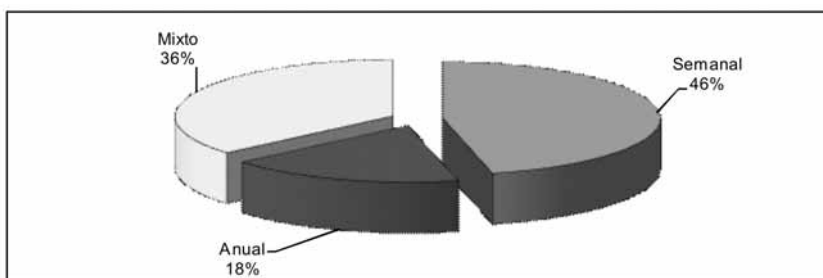
Gráfico 35. Módulo Determinación de la Jornada de Trabajo de Convenios Colectivos Vigentes



Base de datos: 848 convenios vigentes

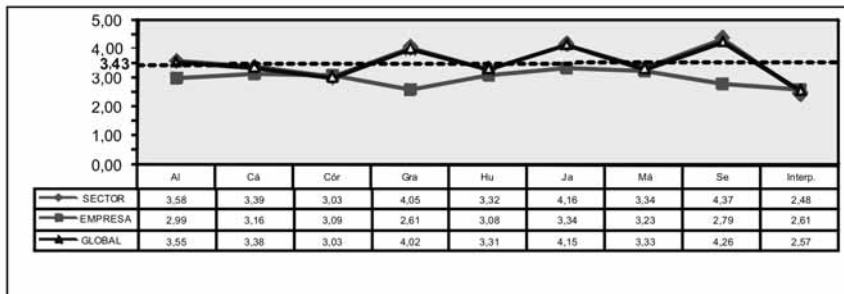
Si nos circunscribimos a los convenios originarios, vemos como la preeminencia del módulo semanal se acrecienta levemente.

Gráfico 36. Módulo Determinación de la Jornada de Trabajo de Convenios Colectivos Originarios



Base de datos: 356 convenios originarios año 2008

**Gráfico 37. ISP en convenios vigentes (según sector-empresa)
a nivel provincial**



Base de datos: 848 convenios vigentes (176 de sector, 672 de empresa)

Gráfico 38. Comparativa interanual I.S.P. convenios vigentes

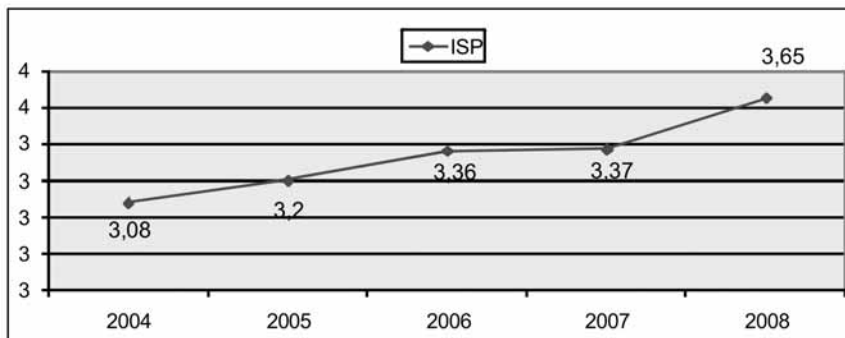
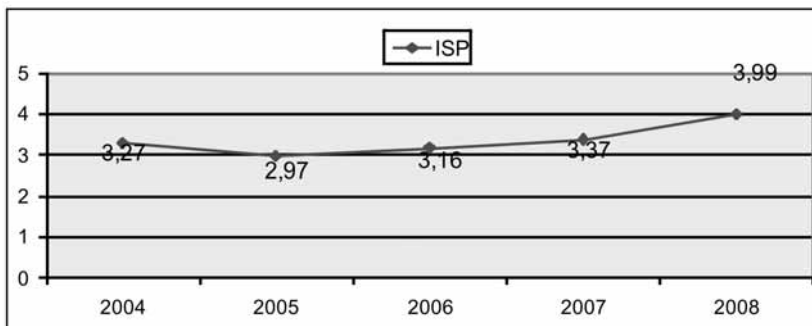
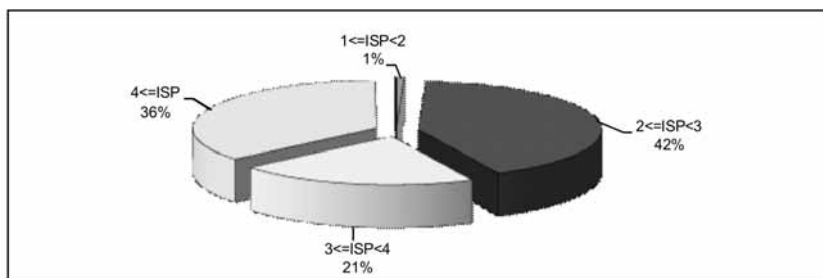


Gráfico 39. Comparativa Interanual I.S.P. convenios originarios



Del estudio del conjunto de convenios colectivos vigentes en relación con la distribución por tramos de los incrementos salariales, se desprende que el que más repercusión tiene es el comprendido entre el 2% y el 3%. A continuación se sitúa el grupo de convenios que contemplan un incremento retributivo mayor del 4%, seguido de los convenios vigentes que fijan un incremento entre el 3% y 4%. Los restantes tramos tienen una incidencia notablemente inferior.

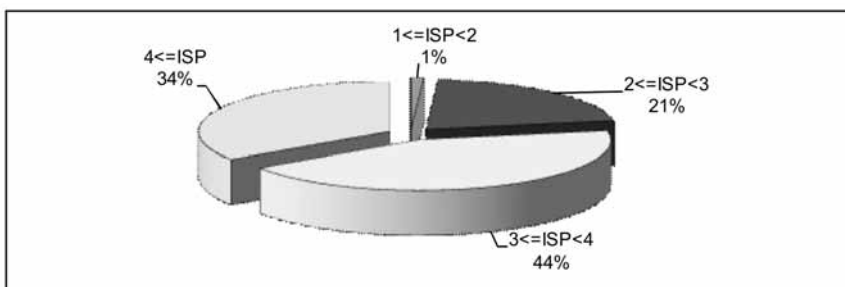
Gráfico 40. Convenios colectivos vigentes agrupados por tramos de I.S.P.



Base de datos: 848 convenios vigentes (176 de sector, 672 de empresa)

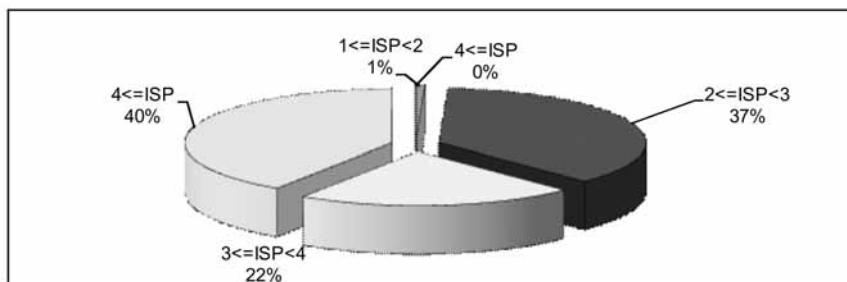
Si lo que se analiza es el número de trabajadores incluidos en cada uno de estos tramos, se aprecia que la afectación personal de los mismos da como resultado proporciones diferentes a las obtenidas al considerar el número de convenios, si bien también aparece el grupo de convenios que contempla un incremento retributivo comprendido entre el 3% y el 4% como aquel en el que están incluidos más trabajadores, situándose a continuación los incluidos en el tramo con incremento de retribuciones mayores al 4%.

Gráfico 41. Afectación personal de convenios colectivos vigentes por tramos de I.S.P.



Base de datos: 1.535.984 trabajadores afectados por los 848 convenios vigentes

Gráfico 42. Convenios colectivos originarios agrupados por tramos de I.S.P.

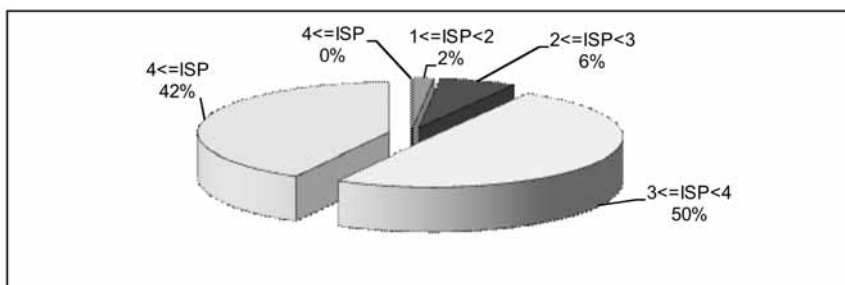


Base de datos: 356 convenios originarios año 2008

Al analizar los convenios colectivos originarios de 2008 en relación con la distribución por tramos de los incrementos salariales, se observa que el que más repercusión tiene es el comprendido mayores al 4%. A continuación se sitúa el grupo de convenios que contemplan un incremento retributivo comprendido entre el 2% y 3%, seguido de los convenios originarios que fijan un incremento entre el 3% y 4%.

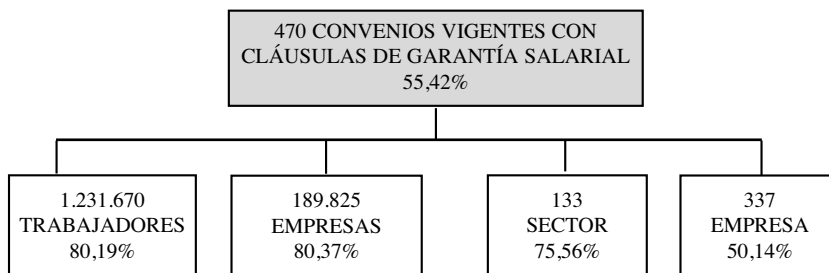
Si lo que se analiza es el número de trabajadores incluidos en cada uno de estos tramos, se aprecia que la afectación personal de los mismos da como resultado proporciones diferentes a las obtenidas al considerar el número de convenios. En este caso aparece el grupo de convenios originarios que contempla un incremento retributivo comprendido entre el 3% y el 4% como aquel en el que están incluidos más trabajadores, situándose a continuación los incluidos en el tramo de convenios con incremento mayor al 4%.

Gráfico 43. Afectación personal de convenios colectivos originarios por tramos de I.S.P.

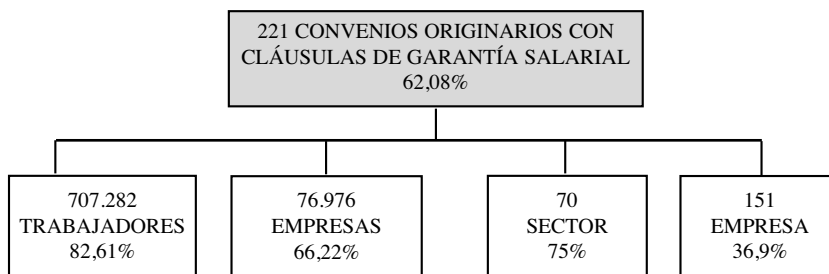


Base de datos: 856.190 trabajadores afectados por los 356 convenios originarios año 2008

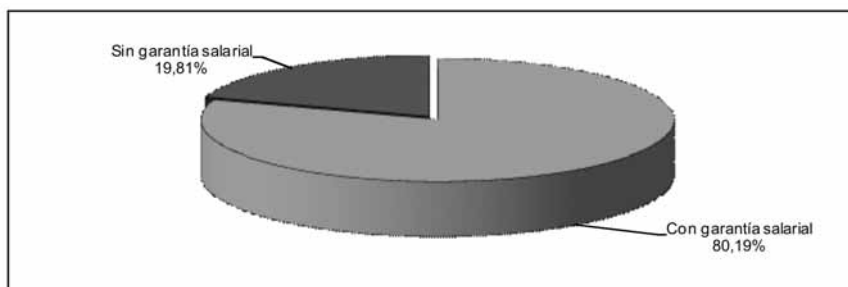
El 55,42% de los convenios colectivos vigentes en 2008 contempla cláusulas de garantía salarial. Estas cláusulas son aplicables al 80,19% de los trabajadores y al 80,37% de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de los 848 convenios vigentes en Andalucía. Desde un punto de vista funcional, se aprecia mayor incidencia en los convenios de ámbito sectorial (75,56%) que en los de empresa (50,14%). No obstante, si solo consideramos los convenios vigentes de empresa privada, vemos como el porcentaje de los que establecen esta garantía se eleva al 41,91% de los 848 Convenios de empresa vigentes.



Si el análisis lo circunscribimos a los convenios originarios correspondientes a 2008, vemos como el 62,08% de los mismos contiene este tipo de cláusula, siendo menos común en los convenios de empresa (36,9%) que en los de sector (75%). Estas cláusulas son aplicables al 82,61% de los trabajadores y al 66,22% de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de los 356 convenios originarios año 2008. Si no incluimos la empresa pública los datos se reducen a 114 convenios de empresa privada lo que supone el 41,91% de los 272 convenios originarios de empresa.

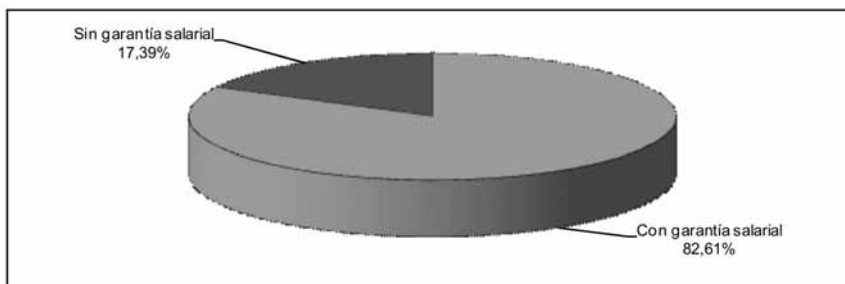


**Gráfico 44. Afectación personal de cláusulas de garantía salarial.
Convenios colectivos vigentes**



Base de datos: 1.535.984 trabajadores afectados por los 848 convenios vigentes

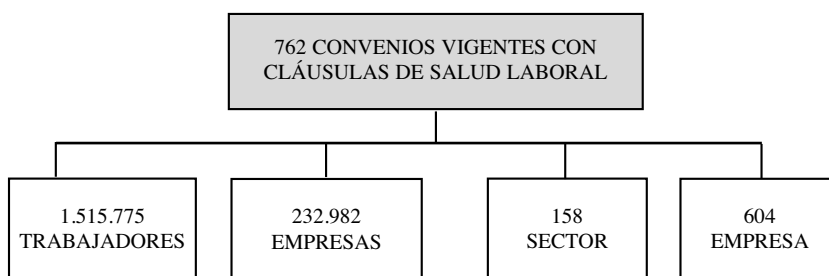
**Gráfico 45. Afectación personal de cláusulas de garantía salarial.
Convenios originarios año 2008**



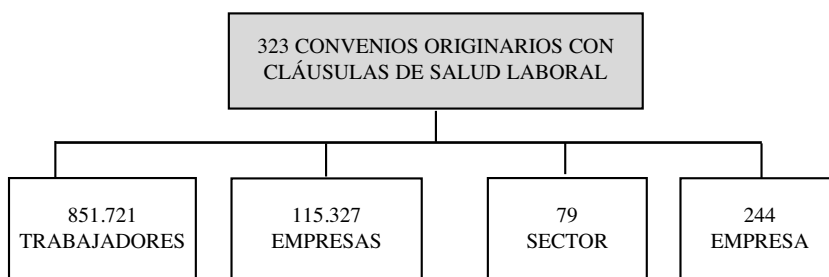
Base de datos: 856.190 trabajadores afectados por los 356 convenios originarios año 2008

8. SALUD LABORAL

La amplia recepción de las cláusulas de salud laboral pone de manifiesto la importancia de esta materia. El desarrollo de medidas preventivas que garanticen las condiciones de seguridad y salud laboral de los trabajadores está presente en el 89,86% del conjunto de los convenios colectivos vigentes de ámbito andaluz. Estas cláusulas afectan al 98,64% de las empresas incluidas en el campo de aplicación de tales textos negociales, alcanzando al 98,68% de los trabajadores afectados por la negociación colectiva andaluza.



La presencia de cláusulas relativas a la salud laboral se aprecia en el 90,73% de los convenios originarios del año 2008. Desde un punto de vista funcional, los convenios originarios de sector que abordan esta materia se sitúan en el 94,04%, representando en los convenios originarios de empresa el 89,70%.



No obstante, los datos anteriores son referencias genéricas a la salud laboral, como se pone de manifiesto al observar que menciones específicas a planes de prevención únicamente aparecen en el 21% de los convenios originarios del año 2008. Si se analizan conjuntamente, además de los originarios, los revisados, el porcentaje de convenios vigentes que contiene referencias a dichos planes se sitúa en el 21,98%.

Comentarios de Jurisprudencia

**DERECHO DE HUELGA Y LIBRE PRESTACIÓN DE
SERVICIOS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO**

*Sentencias del TJCE, de 11 y 18 de diciembre de 2007,
asuntos Viking y Laval*

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ*

SUPUESTOS DE HECHO: Viking: En el año 2003 la empresa marítima Viking decide deslocalizar su sede empresarial, trasladando la matrícula del ferry que hacía la ruta Helsinki–Tallin desde Finlandia a Estonia, al tiempo que sustituyó a la tripulación finlandesa por marinos estonios con peores condiciones de trabajo. Como respuesta, los trabajadores finlandeses convocan una huelga exigiendo la aplicación de su convenio colectivo a los nuevos trabajadores. La empresa se vio obligada a ceder y aceptó la firma de un acuerdo con el sindicato finlandés. Al mismo tiempo, la empresa presenta demanda ante la Justicia británica contra éste por atentar a la libertad de establecimiento del art. 43 TCE y a la libertad de prestación de servicios de transporte marítimo reconocido en el Reglamento 4055/86. El tribunal británico plantea cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Laval: La empresa constructora Laval comienza a realizar sus actividades empresariales en Suecia para lo que utiliza trabajadores de su país de origen, Letonia, retribuyéndoles muy por debajo de los niveles salariales previstos en el convenio colectivo aplicable a los trabajadores suecos. Ante las presiones realizadas por los trabajadores suecos, incluidas huelgas de solidaridad, la empresa abandona la ejecución de la obra. El tribunal sueco competente eleva cuestión prejudicial ante el Tribunal del Justicia mediante resolución de 15 de septiembre de 2005.

RESUMEN: En ambas decisiones del Tribunal de Justicia de la CE, junto a la más reciente STJCE Ruffert, se parte de la consideración de que el interés

* Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

de los trabajadores nacionales a que las condiciones de trabajo de los trasladados se equiparen a las suyas propias podría ser legítimo, como también podría serlo el que tales reivindicaciones se vehiculicen a través del ejercicio de acciones colectivas de dichos trabajadores. No obstante, dichas acciones deberán ser «medidas adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo». Este razonamiento, mantenido por la Sentencia Viking, es llevado hasta sus últimas consecuencias por el segundo de los pronunciamientos analizados, afirmándose que el art. 49 TCE debe interpretarse en el sentido de que este precepto se opone a que una organización sindical pueda intentar obligar, mediante una medida de conflicto colectivo a una empresa de otro Estado miembro, a una negociación sobre las condiciones de trabajo a aplicar a los trabajadores desplazados.

ÍNDICE

1. LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EL DUMPING SOCIAL
2. EL DERECHO DE HUELGA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO. ESCASO RECONOCIMIENTO E IMPORTANTES TRABAS
3. OTRA VUELTA DE TUERCA: EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO (DIRECTIVA 96/71/CE Y STJCE RÜFFERT)
4. LA DIRECTIVA 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO
5. LA DIRECTIVA BOLSKESTEIN RESUCITÓ

1. LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EL DUMPING SOCIAL

La actual Unión Europea se ha constituido de espaldas al Derecho del Trabajo y, en especial, a los derechos colectivos que se reconocen a los trabajadores por sus respectivas legislaciones nacionales. Esta afirmación inicial puede parecer muy radical si no se coteja con el reciente devenir de la Unión Europea y, es el caso que nos ocupa, con la más reciente jurisprudencia de su Tribunal de Justicia. La Unión Europea nace con el propósito de eliminar las barreras internas al tránsito de mercancías, capital y trabajadores (entendidos éstos, como ahora demostraremos, como una mercancía más) y no con el de legislar, sobre la base de unos estándares mínimos, las condiciones de trabajo a nivel comunitario.

La situación a la que ha llevado este punto de arranque ha generado, recientemente, una importante conflictividad social en el Reino Unido, donde los trabajadores del sector energético se han manifestado contra la utilización por parte de las empresas extranjeras concesionarias de ciertas explotaciones de trabajadores traídos de otros estados comunitarios. La duda asalta de manera

inmediata: se trata de huelgas xenófobas o responde a una disfunción del propio derecho comunitario. Es a esta cuestión a la que dedicaremos nuestra atención a lo largo de este comentario y, en definitiva, si los recientes pronunciamientos jurisprudenciales del Alto Tribunal europeo favorecen el dumping social, es decir, la puesta en práctica de «políticas públicas tendentes a desvalorizar el factor trabajo y conquistar mercados para la exportación»¹. Esta cuestión podría ser baladí en el marco de la antigua Unión Europea de quince miembros. Sin embargo, cobra especial relieve en una Unión Europea donde se han integrado países con niveles de protección social muy inferiores, lo que rompe la necesaria simetría en el reconocimiento de los derechos de los trabajadores desplazados.

El derecho a la libre circulación de los trabajadores comunitarios supone en el marco del actual derecho comunitario la necesidad de perfilar el ordenamiento u ordenamientos jurídicos aplicables a la prestación de servicios de dichos trabajadores. Por otra parte, el derecho a la libertad de movimiento de mercancías, capitales y servicios, genera conflictos con los derechos nacionales. La tendencia a la eliminación de trabas a la libertad de establecimiento y prestación de servicios de las empresas en el marco de la Unión requiere determinar cuál es el ordenamiento jurídico aplicable a dichas empresas trasladadas. Este fue el objetivo fundamental de la famosa Directiva Bolkestein relativa a los servicios en el mercado interior, cuyo aspecto más polémico era la intención de que a las empresas desplazadas se les siguiera aplicando, en las relaciones con sus trabajadores, el ordenamiento jurídico de origen. Los potenciales riesgos de dumping social de tal traslado provocaron una fuerte reacción desde el lado sindical, por lo que la Directiva 2006/123/CE, en su definitiva redacción de 12 de diciembre de 2006², abandonó tal propósito, una vez modificada en el trámite parlamentario. En concreto, señala, en lo que aquí interesa, en su art. 1.7 que «la presente Directiva no afecta al ejercicio de los derechos fundamentales tal y como se reconocen en los Estados miembros y en el Derecho Comunitario. Tampoco afecta al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones sindicales de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales conformes al Derecho comunitario».

Como se ha afirmado por nuestra doctrina, con la llegada del nuevo siglo asistimos a un cambio político en la Comisión Europea que se inclina por intentar imponer planteamientos neoliberales, tendentes a la consecución de un

¹ Besse, G., «Mondialisation des échanges et droits fondamentaux de l'homme au travail: quel progrès aujourd'hui», *D.S.*, n° 11, 1994, p. 844. Especialmente significativo es el estudio de Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «Política, globalización y condiciones de trabajo», *R.L.*, n° 11, 2000, pp. 1 y ss.

² DOCE 27 de diciembre de 2006, L376/36.

mercado europeo que no se encuentre trabado por los ordenamientos jurídicos de los respectivos estados miembros³, que termina evidenciándose en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁴.

Es, en este contexto, donde hay que colocar las SSTJCE Viking, Laval y la más reciente Ruffert. Sin ánimo de entrar a detallar los antecedentes jurídicos y los razonamientos de cada una de estas resoluciones, haremos un resumen del fondo que las mismas suponen en conjunto, pues las tres configuran una, a nuestro juicio, jurisprudencia muy coherente en aras a eliminar las trabas que los derechos de los trabajadores pueden suponer para ese objetivo de total eliminación de los obstáculos para la libre circulación de las empresa prestadoras de servicios.

Todas ellas parten de una misma realidad. Los trabajadores de los países más avanzados desde la perspectiva laboral reaccionan ante lo que a su juicio supone un menoscabo de sus derechos, como consecuencia del riesgo que implica el que la entrada de trabajadores de segunda clase de países con menores derechos puede implicar en sus consolidados niveles de protección. Así pues, las resoluciones aquí analizadas parten del cuestionamiento de las acciones emprendidas por los trabajadores afectados tanto en el caso de deslocalizaciones intencionadamente tendentes a rebajar costes laborales (Viking), como en el de la obtención de ejecuciones de obras prevaliéndose de los menores niveles salariales de trabajadores del país de origen de la empresa concesionaria a la que no se le aplica el convenio colectivo aplicable en el ámbito sectorial y territorial correspondiente (Laval), como, por último, en el supuesto de búsqueda de la aplicación del convenio más favorable (Ruffert).

La reacción de los trabajadores supone la convocatoria de sendas huelgas tendentes a extender sus derechos a aquellos que han sido trasladados o, sin serlo, pasan a estar empleados por la empresa que se deslocaliza. En definitiva, se trata de un ejercicio de los mecanismos de conflicto colectivo que encajan en los márgenes más tradicionales de los mismos. Ante una supuesta agresión de los derechos de los trabajadores, éstos reaccionan con el principal instrumento que poseen: la huelga. De este modo, la huelga trasciende el mero ámbito de las relaciones contractuales y de las fronteras de los respectivos estados nacionales, para ocupar un destacado papel en el proceso de participación democrática de los trabajadores.

³ Baylos Grau, A., «El Espacio supranacional de ejercicio del derecho de huelga y la restricción legal de sus capacidades de acción», *RDS*, nº 41, 2008, pp. 123 y ss.

⁴ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «El caso *Ruffert* ¿una constitucionalización del *dumping* social?», *R.L.*, nº 15, 2008.

2. EL DERECHO DE HUELGA EN EL ÁMBITO COMUNITARIO: ESCASO RECONOCIMIENTO E IMPORTANTES TRABAS

Las SSTJCE Viking y Laval parten de un reconocimiento sin paliativo del derecho de los trabajadores a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga. Este derecho debe, a juicio del tribunal en la primera de las resoluciones, ser reconocido como un derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Sin embargo, y aquí está el auténtico sentido de ésta y del resto de las resoluciones, su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones. En definitiva, se trata de establecer dichos límites y, especialmente, si es legítimo el uso de medidas de conflicto colectivo cuando éstas pueden condicionar el libre tránsito y establecimiento de las empresas comunitarias.

Uno aspectos que deben ser tenidos en consideración en primer lugar, es la admisión por parte del Tribunal de Justicia de las organizaciones sindicales como sujetos capaces de condicionar el libre establecimiento y circulación empresariales. Es decir, según este tribunal las organizaciones sindicales, conforme a su capacidad para negociar y aprobar convenios colectivos, se enmarcarían dentro de los sujetos capaces de restringir las libertades fundamentales de los arts. 43 y 49 TCE, a través del llamado efecto horizontal de tales preceptos. Es decir, se olvida la auténtica naturaleza de los convenios colectivos. Es difícil admitir la equiparación entre el convenio colectivo y el resto de las normas de los respectivos ordenamientos internos, fundamentalmente porque el mismo es el resultado de la negociación entre los interlocutores sociales. Es decir, la negociación colectiva funciona, en sí misma, con unas reglas propias, cuya aplicación en todos los casos son, precisamente, las que garantizan la igualdad de actuación de las diferentes empresas en el mercado de trabajo.

Asimismo, se contradice tal argumentación del TJCE con el hecho de que con posterioridad no tiene ningún problema en cuestionar la propia función de la negociación colectiva al mantener, como veremos a continuación, que el contenido de la negociación colectiva no puede constituir límites a la libertad de prestación servicios, por no estar avaladas por el Estado, es decir, por no tener la consideración de orden público. Es más, según este tribunal, a los adjudicatarios de contratos de obras no se les puede obligar a pagar el salario previsto en un convenio colectivo, pues eso puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Es decir, el TJCE termina argumentando que la aplicación del principio de igualdad de oportunidades entre las distintas empresas del Estado en cuestión y de otros Estados comunitarios, perjudica, evidentemente, a la de estos últimos respecto a la situación en la que hallarían si pudieran seguir aplicando las cuantías salariales inferiores aplicables en su país de origen.

De esta manera, nos encontramos con que el TJCE parece llevar un plan premeditado de sabotaje de los más tradicionales instrumentos de autotutela y defensa de los intereses de los trabajadores. En primer lugar, niega la legitimidad del derecho de huelga para exigir el cumplimiento de unos mínimos salariales a las empresas de terceros países; a continuación, impide que el convenio colectivo se equipare, en ciertos supuestos, al resto de las normas de determinación, como era el caso, de las cuantías salariales. El único límite estará constituido por el respeto del orden público, que tras la STJCE Ruffert, más abajo comentada, se habrá de entender en un sentido restrictivo.

La STJCE Laval, en su interpretación combinada con la Viking, supone una nueva restricción del Derecho de huelga en el ámbito comunitario, puesto que niega una de las más importantes funciones del derecho de negociación colectiva, en concreto, su carácter de norma de referencia a efectos de justificar la convocatoria de una huelga que exija su efectivo cumplimiento por parte del empresario. Básicamente, el problema que plantea la Sentencia Laval es la de si una huelga de solidaridad para exigir la aplicación de un convenio colectivo es un instrumento que contradice o no los principios que inspiran a la Unión, en especial, la libre prestación de servicios de las empresas más allá de las fronteras de sus respectivos estados. En este caso, el Tribunal de Justicia Europeo considera que la acción sindical, tendente a la exigencia de aplicación del convenio colectivo, fue excesiva, y dado que no existen en Suecia normas mínimas legales laborales a los trabajadores trasladados debería haberseles seguir aplicando la normativa de origen, esto es, Letonia. Es decir, las libertades comunitarias suponen, en el caso en cuestión, la necesidad de que se sigan aplicando las normas letonas, pues, lo contrario hacen inviables los cálculos de rentabilidad realizados por dicha empresa en el momento de optar por la ejecución de la obra en Suecia. El Tribunal termina, pues, considerando que la aplicación de unos determinados mínimos en las condiciones de trabajo supone un gasto excesivo que condiciona la libre competencia y, por tanto, son ilegítimos todos los mecanismos utilizados por los trabajadores para imponer los mismos. Y ello, aún teniendo en cuenta que las materias respecto de las que se pretendía fuera aplicado el convenio están expresamente previstas como de obligado cumplimiento en el art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE.

3. OTRA VUELTA DE TUERCA: EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO (DIRECTIVA 96/71/CE Y STJCE RÜFFERT)

Dada la insuficiente regulación que el art. 6 del Convenio sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 18 de junio de 1980, suponía para el nuevo contexto comunitario de significativo aumento

de desplazamientos de empresas en el seno de la comunidad, se aprobó la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Tal Directiva fue incorporada a nuestro ordenamiento interno por la Ley 45/99, de 29 de noviembre. En lo que aquí interesa, esta directiva establece que si una empresa de un Estado traslada a sus trabajadores para realizar una actividad a otro país de la Unión Europea, el Estado que los acoja deberá aplicarles las mismas garantías mínimas laborales, en materias tales como el tiempo de trabajo, la cuantía del salario, la igualdad de trato y no discriminación directiva o indirecta, el trabajo de menores o la prevención de riesgos laborales.

Así las cosas el único límite que los Estados miembros pueden imponer a la aplicación de la legislación de origen de las empresas comunitarias que transitoriamente presten sus servicios fuera de su correspondiente territorio nacional, no es otro que el referido bajo el término jurídico indeterminado de orden público. Este punto de partida sirvió para que se implementara un trato protector en favor de aquellos trabajadores que se veían trasladados⁵.

Tradicionalmente, dentro del orden público, según la doctrina francesa más representativa, se podía ubicar un denominado orden público social que cada Estado definía en el marco de sus respectivas competencias. Este concepto se configuró como límite a la libre prestación de servicios según el art. 3.1 de la Directiva 96/71 al establecer que «los Estados miembros velarán, porque, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas que presten servicios transnacionales, garanticen a los trabajadores trasladados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a períodos máximos de trabajo, duración de vacaciones, salario mínimo, seguridad en el trabajo, y vengan establecidas en leyes, reglamentos o convenios colectivos».

El problema se plantea respecto a si el contenido de la negociación colectiva se incluye en todo caso entre los instrumentos capaces de crear estos límites, al afirmar el art. 3.1. que para que desprendan tal efecto los convenios colectivos deben ser «declarados de aplicación general» conforme a lo desarrollado en el art. 8 de la Directiva. En relación a este extremo la negociación requeriría el respaldo del propio sistema normativo estatal, quedando, pues, al margen aquellos sistemas, como era el caso del supuesto enjuiciado por la Sentencia Laval, en que la autonomía colectiva descansa en un sistema no publicado sino voluntario.

Sin embargo, este concepto que en la Directiva no parecía estar sujeto a límite alguno salvo que supieran una excesiva restricción de la deseada libertad de establecimiento de las empresas comunitaria, se ha visto trastocado radical-

⁵ Véase, por ejemplo, la STJCE de 12 de octubre de 2004 (Asunto Pereira Félix).

mente por la SJCE (caso Rüffert). Según el pronunciamiento jurisprudencial del Alto Tribunal Europeo el concepto de orden público previsto en la Directiva no hace referencia a la construcción doctrinal de orden público social, sino que se refiere exclusivamente al concepto de orden público en sentido muy estricto, referido, pues, a los aspectos de policía y seguridad nacional. Más allá, pues, de estos límites no laborales, los estados no pueden exigir el cumplimiento de ninguna otra normativa nacional, pues ello supondría, a juicio del Tribunal, una traba injustificada a la libre prestación de servicios en el ámbito comunitario. Así pues, esta Directiva supone, una vez asentada la jurisprudencia de las Sentencias arriba comentadas, la posibilidad de que dichas empresas arrastren tras de sí la práctica totalidad de la normativa de su país de origen. En definitiva, la Directiva Bolkestein se ha hecho realidad.

Ello contrasta con la posición mayoritaria mantenida históricamente por nuestra doctrina, en especial, de Francia⁶. En concreto, según esta posición no debe equipararse orden público con orden público de policía, es decir, en la práctica, excluir la existencia misma de un orden público social. Este concepto diferenciado, se justifica, a juicio de Rodríguez-Piñero, por la existencia de una ciudadanía social correspondiente a la dignidad de la persona que debe estar fuera de la lógica del mercado⁷.

En la misma dirección, cabe recordar como el Reglamento 2679/98, de 7 de diciembre de 1998 sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros, contempla la adopción de medidas contra las actuaciones que perturben gravemente y obstaculicen la libre circulación de mercancías. Sin embargo, como no podía ser de otro modo, tal Reglamento excluía expresamente de tales actuaciones el ejercicio del derecho de huelga (art. 2). De esta manera, los posibles conflictos entre la libertad de circulación y el ejercicio del derecho de huelga, conforme se desprende de este Reglamento, habría de resolverse, conforme al principio de subsidiariedad, conforme lo establecido en los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales.

Sin embargo, a tenor de la interpretación dada por el TJCE, dicho principio de subsidiariedad del ordenamiento jurídico del país en cuyo territorio se presta el servicio, sólo estaría garantizado cuando el derecho viene establecido por una norma legal imperativa, único supuesto en que el orden público se sigue configurando como límite a la aplicación de una regulación menos favorable del país de origen de la empresa prestadora del servicio. Por el contrario, en el caso de que tal disposición viniera establecida por lo dispuesto por un convenio

⁶ Cfr. Gaudu, F., *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2007.

⁷ «El caso Rüffert ¿una constitucionalización del *dumping* social», *cit.*, p. 10.

colectivo, las posibilidades de inaplicación de tales normas mínimas son muchas. Así, por ejemplo, en el caso de Suecia el carácter no normativo de la negociación colectiva, o, en Alemania, el carácter regional del convenio colectivo que pretendía aplicarse. Sin ir más lejos, esta interpretación restrictiva podría significar en nuestro país la inaplicación a este tipo de desplazamientos de lo establecido en los convenios colectivos extraestatutarios o, incluso, en los pactos y acuerdos de empresa introducidos en nuestro ordenamiento jurídico por la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994.

De esta manera se llegan a dos paradojas, a nuestro juicio, insalvables. Por una parte, se produce en aras de la facilitación del libre establecimiento de empresas comunitarias en otros países comunitarios, un trato discriminatorio respecto de las empresas nacionales que sí estarán sujetas al respeto del conjunto de condiciones de trabajo independientemente, por tanto, del origen de dichas condiciones. En segundo lugar, se rompe con la tendencia ampliamente asentada por nuestra jurisprudencia de intentar aplicar, para evitar la posible discriminación, los convenios colectivos extra Título III ET a todos los trabajadores que así lo deseen, independientemente de su afiliación a los sindicatos firmantes. Opción, esta última, que no se le concede a los trabajadores de terceros países que desarrollen sus servicios en empresas trasladadas desde otro país comunitario.

Por último, no nos resistimos a reproducir la curiosa concepción que el Tribunal de Justicia posee del concepto de la protección de los trabajadores. A tal efecto, mantiene que tal protección no justifica la aplicación obligatoria del convenio colectivo, por el hecho, precisamente, de que la cuestión controvertida, la cuantía salarial, venía establecida en un convenio colectivo de aplicación exclusiva en el sector de la construcción y respecto de los contratos celebrados con la administración. Por tanto, «ningún indicio permite llegar a la conclusión de que la protección que resulta de tal cuantía de salario sólo resulta necesaria a un trabajador que desarrolla su actividad en el sector de la construcción cuando éste se haya empleado en el marco de un contrato público de obras y no cuando trabaja en méritos (sic.) de un contrato privado».

4. LA DIRECTIVA 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO

La interpretación dada por el Tribunal de Justicia se habría de contextualizar en la nueva realidad generada por la aprobado, tras un largo periplo, en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, y su obligatoria trasposición a los distintos ordenamientos internos antes del 28 de diciembre del presente año.

Si bien la redacción dada difiere de los objetivos inicialmente pretendidos, sin embargo, el objetivo de tal Directiva, en el contexto de las resoluciones jurisprudenciales ahora analizadas, conlleva el aumento de supuestos en los que puede darse la necesidad de decidir, con los precarios mimbres actuales, cuál es la normativa aplicable a un supuesto de desplazamiento temporal de trabajadores en el ámbito de la Unión Europea.

La denominada como Directiva de servicios parte del principio general de que el acceso a un actividad de servicios y su ejercicio no estará sujeto a autorización previa, si bien excepcionalmente podrán exigirse autorizaciones administrativas cuando esté justificado por razones imperiosas de interés general. Se suprimen, en aras a este objetivo, todos los requisitos para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios que resulten injustificados, sean discriminatorios o desproporcionados para el fin que persiguen. Se suprimen, por último, las cargas administrativas para los prestadores de servicios, tales como inscripciones en registros, renovación de autorizaciones y duplicación de trámites innecesarios para la apertura de nuevos establecimientos.

La redacción del Anteproyecto de Ley para la trasposición de tal Directiva, parece ir, incluso, más allá de la propia norma comunitaria, al afirmar en su Exposición de Motivos, que tal anteproyecto no reproduce literalmente lo dispuesto en la norma comunitaria, sino que, con objeto de maximizar los efectos económicos de la Directiva e impulsar una dinamización más profunda del sector servicios, promueve una adaptación ambiciosa, a través de un ámbito de aplicación más amplio y una incorporación de los principios fuerza de la Directiva con menos restricciones.

5. LA DIRECTIVA BOLKENSTEIN RESUCITÓ

Como se recuerda, la tramitación de la Directiva Bolkestein supuso en la Unión Europea una fuerte reacción de las organizaciones sindicales y de importantes sectores de la ciudadanía. Hasta tal punto eso fue así, que dicha Directiva fue uno de los argumentos más utilizados por los peticionarios del NO en el referendun de ratificación de un Tratado que establece una Constitución para Europa en Francia. Fueron esas tesis, en última instancia, las que se impusieron en dicho referendun quedando el proceso de construcción de la Unión en entredicho.

La Directiva fue significativamente suavizada en lo referente a la aplicación de la legislación de origen a las empresas que prestan sus servicios en Estados comunitarios distintos de los del lugar donde estuvieran establecidas. Sin embargo, la deriva ultraliberal que las primeras redacciones de la Directiva Bolkenstein se han terminando imponiendo por la puerta de atrás.

En primer lugar, se niega el carácter de orden público a la mayor parte del contenido de las normas laborales, al circunscribirse este concepto exclusivamente a los aspectos relacionados con el orden público de policía y seguridad. A continuación, se niega la aplicación de los convenios colectivos a los trabajadores desplazados en todos aquellos estados en los que no se reconoce la eficacia normativa de los mismos (en este sentido, el importante ejemplo del Reino Unido). Por último, el mecanismo de reacción y solidaridad más importante de los trabajadores, esto es, el derecho de huelga, es prohibido en el contexto del libre tránsito de las empresas en el ámbito comunitario. Negándose, de esta manera, toda posibilidad de equiparación, al menos a largo plazo, de las condiciones de trabajo de los trabajadores de la Unión y favoreciendo aquellos ordenamientos jurídicos en los que dichas condiciones son más bajas.

Es en este contexto en el que se llevará a cabo la trasposición en el Estado español de la Directiva 2006/123/CE antes de finalizar el año. A tenor del proyecto de Ley (aprobado por el Consejo de Ministros de 27 de marzo), dicha trasposición se aproxima significativamente a la primera redacción tan fuertemente contestada, generando, pues, una significativa incertidumbre sobre el sentido del mantenimiento de los estándares de protección otorgados por nuestro legislador, toda vez que el dumping social asoma por la puerta de nuestras fronteras.

Frente a éste, los trabajadores sólo pueden desplegar los tradicionales mecanismos de reacción, en especial, el derecho de huelga. Sin embargo, como se encarga de precisar las sentencias más recientes del Tribunal de Justicia, la huelga como instrumento de reacción ante el dumping social sólo estaría justificado como última ratio, en el caso de que los empleos o condiciones de trabajo de los trabajadores que ejercitan tal derecho «están seriamente amenazados», debiendo, además, estar sujeta a las más estrictas reglas de proporcionalidad.

Como se hace evidente, la inexistencia de unas normas homogenizadoras de las condiciones de trabajo de los trabajadores comunitarios, unido al interés comunitario de facilitar el tránsito no sólo de mercancías, capitales y trabajo, sino también de servicios, a lo que responde la reciente Directiva, pone en evidencia la necesidad de determinar las normas aplicables a dichas empresas. Ese era el objetivo de Bolkenstein a través de la facilitación de la exportación de las normas laborales a aquellos países en los que se iba a prestar el servicio. La frustración de la tramitación de tal Directiva en su primera redacción, no ha supuesto, paradójicamente, una total restricción a la idea propugnada por aquélla. La jurisprudencia aquí analizada termina permitiendo aquel objetivo al menos en un buen número de supuestos.

**PODER DISCIPLINARIO, PROPORCIONALIDAD
Y DISCRECIONALIDAD EN LA IMPOSICIÓN
DE LAS SANCIONES**

Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, de 7 de junio de 2005

CARMEN MORENO DE TORO*

SUPUESTO DE HECHO: Un trabajador hace un comentario en presencia de otros, lo que genera una disputa entre compañeros de trabajo, iniciada por la reacción violenta del que se siente aludido e insultado por aquel comentario. La empresa sanciona al trabajador que sufre la provocación y que reacciona violentamente, procediendo al despido del mismo. El trabajador que provocó la reyerta no fue objeto de sanción de ningún tipo por parte de la empresa.

RESUMEN: El trabajador despedido presenta demanda contra la empresa en reclamación por despido. El Juzgado de Primera Instancia no considera justificado el despido y, en consecuencia, lo declara improcedente. A continuación, la empresa recurre en suplicación. El Tribunal confirma la sentencia de 1ª instancia.

* Pfra. Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE PODER DISCIPLINARIO
2. LA PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN
 - 2.1. Las ofensas verbales o físicas
 - 2.2. La incidencia de una previa provocación
3. LA DISCRECIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN
4. EL FALLO DEL TRIBUNAL RECAÍDO EN SUPPLICACIÓN

1. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE PODER DISCIPLINARIO

El poder disciplinario que permite al empresario imponer al trabajador determinadas sanciones por las faltas cometidas durante la realización de su prestación laboral es una facultad empresarial inherente a su poder de dirección necesario para mantener el orden y el ritmo de trabajo en la empresa. El trabajador por cuenta ajena presta sus servicios en el ámbito de organización y dirección del empleador y ha de prestarlos cumpliendo las órdenes e instrucciones del empresario como manifestación del ejercicio regular de su facultad de dirección que se refuerza con la potestad sancionadora que le tiene reconocida el ordenamiento jurídico.

Hay que situar la justificación y el nacimiento de este poder disciplinario en el sistema de producción capitalista aplicado en las fábricas. La concentración de un gran número de trabajadores en las mismas exigía una forma de control de aquéllos que permitiera la consecución de los objetivos empresariales.

La difícil aplicación de los recursos ofrecidos por el Derecho Privado para resarcir al empresario en caso de lesión a sus intereses por parte del trabajador —piénsese en la resolución del contrato que conllevaría un grave perjuicio al trabajador o en la reparación del daño mediante indemnización, difícilmente posible por la usual insolvencia del empleado—, desemboca en el reconocimiento y, a la vez, justificación de este poder disciplinario del empresario. Como ha señalado Durán López, en consideración al interés del trabajador de conservar su relación de trabajo, se reconoce al empresario la posibilidad de imponer sanciones menos graves que el despido¹. Se genera de esta manera una responsabilidad específica para el trabajador: la responsabilidad disciplinaria, quedando sometido a una nueva exigencia de responsabilidad que se une a la propia del Derecho Privado.

¹ Vid. del autor, "Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador". Revista de Política Social nº 123. 1979, pg.13.

Regulado en el art. 58 del ET, la amplia descripción de las conductas sancionables contenida en las normas convencionales y en el mismo art. 54 del ET al fijar las conductas sancionables con el despido disciplinario ha permitido su adaptación a la realidad², siguiendo una línea evolutiva sin sobresaltos³ y permaneciendo aquel precepto inalterable. Cumple este precepto un papel legitimador de este poder “despejando las dudas que pudieran existir sobre la viabilidad de mismo⁴”.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional “el empresario tiene atribuido un llamado poder disciplinario que le permite adoptar decisiones sancionadoras de eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a las instancias judiciales para su imposición y efectividad” y frente al mismo se encuentra “el correlativo derecho del trabajador, además de otras garantías, de instar y obtener en la vía judicial laboral la revisión de la conformidad a Derecho de la decisión empresarial”⁵.

Los rasgos relevantes de este poder disciplinario son, en primer lugar, la necesidad de tipificación previa de las sanciones, la graduación de las faltas y proporcionalidad entre falta y sanción y la recurribilidad de las decisiones sancionadoras del empresario. En efecto, se puede decir que, en aras de garantizar la seguridad jurídica en este ámbito sancionador laboral, se ha producido una progresiva recepción de los principios que inspiran el sistema punitivo general de forma que las conductas sancionables son descritas con anterioridad a la realización de tal conducta y que la sanción a imponer es también especificada de manera previa y así es conocida con antelación por el posible infractor⁶. De la misma manera, el principio de proporcionalidad es traído al ámbito laboral desde el Derecho Penal y del Derecho Administrativo al que se incorporó e implica la graduación de las penas –sanciones– en función de la gravedad de las conductas pero también supone la aplicación del principio de igualdad a la relación de trabajo como ha señalado la jurisprudencia⁷.

² Vid. Fernández López, M^a F., “Perfiles del poder disciplinario”. Tribuna Social n^o 63. 1996, pg. 10.

³ Vid. San Martín Mazzuconi, C., “Faltas y sanciones”. REDT n^o 100/2. Civitas. BIB/2000/2114, pg. 3.

⁴ Vid. Castro Argüelles, M^a A., “El régimen disciplinario en la empresa”. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1993, pg. 59.

⁵ SSTC de 21 de diciembre de 1995 (RTC 1987/206) y de 24 de julio (RTC 1995/125).

⁶ De acuerdo con el principio “Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”, formulado por el penalista y filósofo alemán Von Fauerbach.

⁷ “(La aplicación del principio de proporcionalidad)... se traduce... de una parte, en el ajuste del principio de igualdad a la relación de trabajo y, de otra parte, desde una perspectiva más amplia, en el trasvase de este principio, plasmado en el ejercicio no abusivo de los derechos, conforme a los principios de igualdad, justicia y proporcionalidad de las sanciones acordadas por el empresario”, manifiesta la STSJ de Canarias de 21 de noviembre de 2005 (AS 2005/3709).

Se caracteriza, pues, este poder disciplinario porque es un poder subordinado y sometido al principio de legalidad; como afirma el Alto Tribunal, lo primero, porque la actuación disciplinaria empresarial está sujeta a revisión por la Autoridad judicial, a instancia de parte y previo el correspondiente proceso (el llamado “proceso de impugnación de sanciones”, amén del proceso previsto para los supuestos de despido disciplinario), y lo segundo, porque se exige una previsión normativa tanto de las conductas sancionables como de las sanciones que puedan imponerse⁸.

Tiene este poder como objetivos, en primer lugar, sancionar al trabajador por las infracciones en las que ha incurrido; en segundo lugar, un fin reeducativo, para que el trabajador tome conciencia de que su actuación no es conforme con el desarrollo adecuado de la relación laboral perjudicando a la empresa e incluso, a los demás trabajadores y por último, un objetivo disuasorio, conociendo los empleados cuál es la respuesta del empresario ante las faltas que comentan⁹.

Determinado el hecho, habrá de subsumirse en uno de los tipos descritos para su calificación y ésta conduce a la sanción a aplicar. Ahora bien, ello no implica una operación de carácter automático sino que han de valorarse las circunstancias concretas que concurren, cuándo se ha producido, si ha habido algún factor detonante del hecho sancionable, qué consecuencias ha llevado aparejadas, es decir, se exige una valoración individual del caso concreto. Y esta valoración ha de incidir a la hora de fijar la sanción¹⁰.

Así se manifiesta el Tribunal Supremo al señalar en relación a la valoración de los hechos que “...ha de hacerse con criterio individualizador –Sentencias de 2 febrero y 26 de noviembre de 1987– y gradualista; a) individualizador, en cuanto se ha de conocer la singularidad de cada caso, valorando las circunstan-

⁸ STC 17/2000, de 31 de enero. (AL 2000/826).

⁹ Poquet Catala, R., “La responsabilidad de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales”, en http://tesisenxarxa.net/TESIS_UV/AVAILABLE/TDX-0924108-094209//poquet.pdf, pg 187.

¹⁰ Este criterio se refleja en numerosas sentencias, entre las que podemos citar la STSJ de Madrid de 11 de febrero de 1991 (AS 1991/1360) que así se pronuncia: “las (imputaciones) han de examinarse en base a las circunstancias en que se producen, entre las que destaca la existencia de una gran tensión desde hace tiempo que desemboca en una acalorada y generalizada discusión, tensión que debía conocer la empresa y evitar su explosión aplicándose a sí misma el aforismo «más vale prevenir que curar»...”. También, la STSJ de Canarias de 21 de noviembre de 2005 (AS 2005/3709): “...de manera que debe estudiarse específicamente e individualmente el caso concreto que ha de ser objeto de resolución, sin desconocer el factor humano, de máxima trascendencia...”. Ya lo reclamaba Durán López, en “Principio de igualdad de trato en la facultad disciplinaria del empresario”. RPS nº 106. 1975, pg. 308.

cias concurrentes y sus peculiaridades con especial relevancia del factor humano o personal; y b) gradualista, porque, precisamente a través del análisis individualizado de cada caso, ha de pretenderse lograr una plena coherencia y adecuación entre el hecho y la sanción”¹¹.

Y en otra sentencia anterior el mismo Tribunal señalaba que: “Con arreglo a esta teoría (gradualista) es obligado el examen individualizado de cada caso concreto en que han de ponderarse todos los elementos concurrentes en él, tanto subjetivos como objetivos: intención del infractor, circunstancias concurrentes, posibilidad de la existencia de provocación previa, etc., de tal manera que sólo cuando la conducta del trabajador, valorada teniendo en cuenta todos los elementos de juicio dichos, constituye una infracción de la máxima gravedad, resultará procedente la sanción de despido que es también, la más grave prevista en la escala de las que pueden ser impuestas por la comisión de faltas en el trabajo”¹².

Como señala Conde Marín, la teoría gradualista es expresión del principio de proporcionalidad que debe exigirse entre falta y sanción¹³ e implica, como ha puesto de relieve la jurisprudencia, la graduación de las penas –sanciones– en función de la gravedad de las conductas pero también supone la aplicación del principio de igualdad a la relación de trabajo¹⁴. Es ésta una teoría mayoritaria que se aplica ampliamente a partir del Estatuto de los Trabajadores¹⁵.

Resulta de interés la exposición realizada por el Tribunal, cuya resolución analizamos, en sus Fundamentos de Derecho, de los principios que rigen el ámbito sancionador laboral; y así, enuncia, en primer lugar, los principios de legalidad y tipicidad, lo que implica sancionar las conductas que se encuentren tipificadas como sancionables mediante una norma con rango legal, de origen estatal aunque el convenio pueda pormenorizar aquella tipificación legal; en segundo lugar, menciona el principio de culpabilidad de modo que cabe matizar el grado de culpabilidad obrera o incluso, su inexistencia; en tercer lugar, el

¹¹ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1990 (RJ 1990/1111) que, a su vez, cita las sentencias de 2 de febrero y 26 de noviembre de 1987 (RJ 1987/747 y RJ 1987/8069) y las sentencias de 28 de marzo de 1985 (RJ 1985/1406) y de 5 de marzo de 1987 (RJ/1987/1336).

¹² Vid. STS de 17 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8598).

¹³ Vid. de la autora, “La facultad sancionadora del empresario y la opción de revisión del juez”. Westlaw es. BIB 2008/1099.

¹⁴ “(La aplicación del principio de proporcionalidad) ... se traduce... de una parte, en el ajuste del principio de igualdad a la relación de trabajo y, de otra parte, desde una perspectiva más amplia, en el trasvase de este principio, plasmado en el ejercicio no abusivo de los derechos, conforme a los principios de igualdad, justicia y proporcionalidad de las sanciones acordadas por el empresario”, manifiesta la STSJ de Canarias de 21 de noviembre de 2005 (AS “005/3709).

¹⁵ Vid. STS de 27 de enero de 2004 (AS 2004/1500).

principio de graduación, que implica que concurra una determinada gravedad en la conducta del trabajador, lo que obliga, así, a una necesaria individualización de la misma y de las circunstancias concurrentes a los efectos de poder llegar a una adecuación suficiente entre la conducta, la culpabilidad y la sanción a imponer al ser el despido la máxima sanción imponible; también se refiere a la prescripción de las conductas sancionables dado que transcurridos ciertos plazos ya no es viable la decisión sancionadora, señalando como temas controvertidos el de fijación del día de inicio del cómputo de dicho plazo, el de interrupción del cómputo de dicho plazo cuando se ha pactado la instrucción de un expediente previo a la adopción de la decisión sancionadora o el de suspensión cautelar mientras se averigua la conducta del trabajador y la posible incidencia del “non bis in idem” sobre la decisión patronal; concurre también como principio en este ámbito sancionador, la presunción de inocencia que, como derecho fundamental, opera en todos los sectores del ordenamiento jurídico, la necesidad de cumplir determinados trámites previos como expediente contradictorio para los representantes de los trabajadores, trámite de audiencia al delegado sindical...; menciona, en séptimo lugar, la interdicción de la discriminación o prohibición de una sanción distinta ante una idéntica conducta sancionable; la dificultad de generalizar soluciones que hace difícil el acceso a la unificación de doctrina y, por último, el rigor judicial en el examen de las causas de despido que se aleguen. A ello ha de unirse, añade, que el poder disciplinario ha de ejercitarse por el empresario con sujeción a las reglas provenientes en su mayoría del derecho punitivo general y con respeto, en todo caso, a los derechos fundamentales del trabajador.

2. LA PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN

La sanción más grave a aplicar es la del despido disciplinario, impuesta al trabajador en el caso comentado¹⁶. Fue Alonso Olea quien distinguió entre lo que se llama despido disciplinario y lo que denomina despido por fuerza mayor o crisis, definiendo al primero como la extinción unilateral del contrato por

¹⁶ Este despido disciplinario constituye la especie dentro del género de despido en su acepción más amplia de decisión unilateral del empresario que extingue la relación laboral, tal como actualmente se concibe éste y así es admitido unánimemente por la doctrina a pesar del intento frustrado del Estatuto de los Trabajadores (1980) de circunscribir el término exclusivamente al disciplinario. (Vid. Senra Biedma, R., “Los despidos individuales y plurales: incidencias de la nueva regulación”, en AAVV (Coord. Alarcón Caracuel) “La reforma laboral de 1994”. Ed. Marcial Pons Madrid. 1994, pg 248).

voluntad del empresario, fundada en un incumplimiento contractual, culpable y grave del trabajador¹⁷.

Las causas de despido disciplinario aparecen enumeradas en el art. 54 del ET; al ser la sanción de mayor gravedad a imponer a un trabajador, la enumeración es limitativa,¹⁸ si bien la amplitud en la descripción de las conductas genera una cierta flexibilidad y permite que los convenios colectivos concreten las mismas en cumplimiento del principio de tipicidad.

2.1. Las ofensas verbales o físicas

En el supuesto enjuiciado, se le imputa a uno de los trabajadores, sr. J.C., como causa del despido: las ofensas físicas a un compañero. Ahora bien, la actuación del sr. J.C. se debió a las frases malintencionadas e hirientes proferidas por el sr. G. en relación a la esposa del primero y sobre éste, que causó también lesiones al primero, no recae sanción alguna.

Las ofensas verbales o físicas a las personas que trabajan en la empresa constituyen, a tenor del art. 54.2 c) ET, justa causa para que el empresario pueda despedir al trabajador. El ambiente de tensión generado por estas circunstancias rompe la natural convivencia que ha de derivar de la relación laboral, lo que justifica esta grave sanción. El trabajador ha de mantener un trato correcto y diligente con el empresario pero también ha de respetar la dignidad e integridad de sus compañeros a fin de que aquella convivencia pacífica se mantenga¹⁹. Este deber comprende no sólo a éstos y al empresario sino también a los familiares de los mismos.

Las ofensas verbales han de ser examinadas en el contexto en que se producen para ser valoradas a efectos de la sanción mientras que las ofensas físicas conllevan en sí mismas la gravedad.

Cuando las ofensas físicas son de tal entidad que requieren la presencia de otros trabajadores para poner fin a la disputa, la Jurisprudencia ha considerado procedente la sanción del despido para los agentes de la agresión²⁰.

¹⁷ Vid. del autor, "El despido (un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)". Madrid 1957, citado en Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., "El despido disciplinario y la modernización del Derecho del Trabajo", en AAVV, "El despido disciplinario". Ed. Cinca SA. 2009, pg. 47.

¹⁸ Vid. Montoya Melgar, A., "Derecho del Trabajo". Tecnos, 29ª ed., Madrid. 2008, pg. 469. Esta posición no es pacífica en la doctrina científica; así, otros consideran la enumeración de carácter ejemplificativo. (Vid. Ortiz Lallana, Mª C., "Causas, formas y efectos del despido disciplinario". REDT nº 100/2. Civitas, Westlaw.es BIB 2000/2111 pg. 16 y ss.).

¹⁹ Vid. Ortiz Lallana, Mª C., "Causas, formas...", op. cit., pg. 24.

²⁰ Vid. la STSJ de Valencia de 28 de noviembre de 1992 (AS 1992/6454).

En el supuesto analizado, nos encontramos con un comentario “insultante” y “machista” realizado por el trabajador que, sin embargo, no se retracta cuando el compañero que se siente herido así se lo indica, enzarzándose en la pelea. No parece adecuado ni proporcionado que se imponga la sanción más grave al que ha sido previamente provocado, sin que al provocador se le imponga sanción alguna.

Como venimos diciendo, es fundamental a la hora de sancionar una conducta el ponderar no sólo a los elementos objetivos del hecho sino también a los subjetivos del autor. La llamada teoría gradualista exige un análisis individualizado y personalizado del caso concreto. Y “sólo cuando la conducta enjuiciada constituye infracción de la máxima gravedad es procedente la sanción máxima de despido, teoría que si bien es aplicable a todo el ámbito del derecho disciplinario, en lo laboral su más frecuente invocación se produce cuando, como en el caso de autos, se trata de subsumir o no los hechos imputados en el art. 54.2 c) del Estatuto de los Trabajadores”, como manifiesta la STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de diciembre de 1992²¹.

2.2. La incidencia de una previa provocación

Así pues, nos encontramos con una conducta que no ha sido valorada adecuadamente por el empresario. En el ejercicio de su poder disciplinario tiene en cuenta la actuación violenta de uno de los trabajadores pero no la acción provocadora del otro trabajador. Y hay que tener en cuenta que, en el ejercicio de su facultad sancionadora, el empleador debe de cumplir el principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción teniendo en cuenta el comportamiento del trabajador, la clasificación y graduación de las faltas y sanciones contenidas en las disposiciones. Esta actuación empresarial debe ir presidida por el principio de moderación en el ejercicio de la facultad disciplinaria, como ha señalado la jurisprudencia, debiendo ésta ejercerse “de forma atemperada, no sorpresiva, presidida por la prudencia...”²².

Así pues, no se trata de realizar una valoración atendiendo a meros criterios objetivos sino que hay que tomar en consideración las circunstancias fácticas y las subjetivas del autor y sólo desde esta perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción²³.

Se plantean, entonces, dos cuestiones como son la valoración que haya de darse a una previa provocación y, de otro lado, la posible igualdad de trato entre dos trabajadores que han intervenido en la misma actuación sancionable.

²¹ AS 1992/2920.

²² STSJ de País Vasco de 11 de julio de 2006 (AS 2007/1094).

²³ Vid. Ortíz Lallana, M^a C., “Causas, formas...”, *op. cit.*, Westlaw.ES BIB 2000/2111, pg. 14.

En primer lugar, refiriéndonos al comentario hecho por el trabajador, no parece que tenga entidad suficiente para constituir una ofensa verbal, la cual requiere para ser considerada como tal gravedad, ánimo de injuriar y carecer de justificación. El empresario no aprecia esta conducta que, sin embargo, ha sido el móvil de la actuación del trabajador despedido. Es el juez de 1ª instancia el que repara en ella a la hora de valorar la sanción impuesta.

Es cierto que todo trabajador es titular de un derecho a la libertad de expresión, sin embargo, su ejercicio está ajustado a unos límites para cuya delimitación se tendrán en cuenta la finalidad perseguida con las palabras dichas, el contexto en que se dicen...²⁴ y que, sin duda, es apreciado por el juzgador de instancia pues manifiesta que la manifestación proferida no está justificada ni por una provocación anterior, que no existió ni “por la existencia de una especial relación de amistad íntima que pudiera justificar, con un pretendido y compartido ánimo jocoso, el comentario...”.

La provocación como actuación previa, hiriente, de un trabajador que da lugar a una reacción de mayor entidad del sujeto pasivo ha sido considerada por nuestra jurisprudencia como atenuante a la hora de valorar la gravedad de la conducta. Así, la STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 1992 lo pone de relieve al señalar que “la conclusión que debe extraerse es que hubo una provocación por parte del empresario, que si bien no justifica la conducta del trabajador, sin embargo, sirve para aminorar la gravedad y culpabilidad de la misma, determinando ello que la sanción por despido resulte desproporcionada, si se tiene en cuenta su gravedad en el ámbito laboral”. En el mismo sentido, se manifiesta el Tribunal Supremo al atribuirle tal carácter al calificar una conducta “sin que quepa apreciar... elementos que puedan atenuar esa gravedad del acto o culpabilidad del agente, al no haberse demostrado la existencia de provocación por parte del agredido...”²⁵.

²⁴ Vid. sobre estos límites al derecho a la libertad de expresión la STC de 28 de enero de 2002 (RTC 2002/20). También es de interés la STC de 12 de junio de 1996 (RCT1996/106). Además, la STS de 17 de febrero de 1988 (RJ 1988/734); la STSJ de Castilla y León de 14 de septiembre de 2006 (AS 2005/3148).

²⁵ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1986 (RJ 1986/4282). Continúa la sentencia señalando otros elementos que pueden atenuar la gravedad de la conducta como “circunstancias susceptibles de producir arrebatos u obcecación que perturbase las facultades intelectivas o volitivas del actor –sentencia de 23 de septiembre de 1982 (RJ 1982/5266)...”. En el mismo sentido, la STS de 10 de mayo de 1990 (RJ 1990/3992) que no atenúa la gravedad de la actuación de un presidente del comité de empresa frente a dos trabajadoras que no participaban en la huelga al no haber provocación; también la del TSJ de Galicia de 6 de julio de 2001 (AS 2001/1922) que atenúa la sanción para el trabajador agredido a apreciarse la provocación. En la misma línea, la STS de 18 de diciembre de 2007 (RJ 2007/9375).

Así ocurre en el presente caso, en el que el empresario no tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en la acción. Si analizamos el comportamiento de los dos intervinientes apreciamos que no existe proporcionalidad entre la conducta y la sanción impuesta pues no se valora la atenuante concurrente como es la provocación previa a la agresión física cometida²⁶.

3. LA DISCRECIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA SANCIÓN

En el caso comentado, no hay una igualdad de tratamiento en la valoración de las conductas de los trabajadores y en consecuencia, no se puede hablar de proporcionalidad entre la conducta de cada uno de los ejecutantes de la agresión y la pena impuesta si se efectúa una comparación de cómo han sido valoradas una y otra conducta. Al provocador no se le impone sanción alguna y sí se le impone al que reacciona tan violentamente. Téngase en cuenta que la provocación verbal nunca justifica, a la luz de la doctrina judicial, el paso a la violencia física, como aquí ha ocurrido.

Y así, en la exposición fáctica nos encontramos con dos conductas susceptibles de sanción y, no obstante, el empresario atiende a valorar y sancionar sólo una de estas conductas. El Tribunal no puede entrar a valorar esta segunda conducta dado que no es objeto de la demanda, sólo puede valorar si la actuación del otro trabajador tiene suficiente entidad para poder apreciar que hubo una previa provocación pero no si debió ser sancionada. Incide aquí la nota de discrecionalidad que caracteriza el poder disciplinario; el mismo precepto 58 ET comienza diciendo que: “los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas...” pues es el empresario el que ha de defender sus intereses y decidir de qué forma²⁷. No quiere decir ello que se vulnere el principio de igualdad de trato y no discriminación dado que el empresario está sujeto al debido respeto a tales derechos fundamentales²⁸ sino que la valoración para la aplicación de una sanción exige un criterio individualizador de las circunstancias de cada sujeto. Es posible admitir sanciones distintas para

²⁶ Vid. sobre el tema Aguilera Izquierdo, R., “La revisión judicial de la sanción impuesta por el empresario en un supuesto de riña con agresiones físicas entre compañeros de trabajo. Comentario a la STSJ de Galicia de 21 de julio de 2004 (AS 2006/1101)”. WestlawES BIB 2006/883, pg. 2.

²⁷ En efecto, el empresario puede no sancionar “pero no puede sancionar a sus trabajadores de forma indiscriminadamente injusta”. (Vid. Cremades Sanz-Pastor, B., “Tratamiento igual en la empresa”. RPS n° 83, 1969, pg. 15).

²⁸ Vid. STC de 14 de febrero de 1992 (RTC 1992/21).

hechos similares al tener en cuenta circunstancias personales del trabajador como la categoría profesional, la antigüedad, la diferente responsabilidad...²⁹.

4. EL FALLO DEL TRIBUNAL RECAÍDO EN RECURSO DE SUPPLICACIÓN

El Tribunal resalta la necesidad de aplicar una sanción adecuada a la falta cometida de manera que ha de valorarse en qué medida se le puede imputar al trabajador la realización plenamente responsable de la conducta objeto de sanción. Y haciendo estas consideraciones, sopesa lo ya valorado por el juzgado *a quo* como ha sido la existencia de una provocación de otro trabajador sobre el ánimo del sancionado, apreciando aquélla de entidad suficiente para dar lugar a la reacción violenta que determinó el despido. Es por eso que califica esta reacción como “ajustada a la provocación padecida” y reprueba la actuación empresarial de adoptar sólo una medida sancionadora con respecto a uno de los intervinientes en el incidente, precisamente al que no lo había provocado. Y en este sentido, no parece adecuado ni proporcionado, declara la sentencia, que se proceda al despido de quien ha sido objeto de la provocación suficiente, aunque como consecuencia de ello se haya incurrido en una discusión o agresión física como respuesta a ello.

La falta de adecuación entre los hechos ocurridos y la respuesta sancionadora da lugar a la declaración de improcedencia del despido; el Tribunal Superior de Justicia no hace sino confirmar la sentencia de instancia desestimando el recurso interpuesto.

²⁹ Vid. STSJ del País Vasco de 11 de julio de 2006 (AS 2007/1094); STJ de Cataluña de 2 de febrero de 2002 (AS 2002/1407).

**JUBILACIÓN PARCIAL Y PLURIACTIVIDAD
SUCESIVA RETA-RÉGIMEN GENERAL.
UN RELEVANTE CAMBIO DE CRITERIO
DE LA DOCTRINA UNIFICADA**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social),
de 29 de enero de 2009*

ROSA M^a GONZÁLEZ DE PATTO*

SUPUESTO DE HECHO: El actor, trabajador afiliado y en situación de alta en el Régimen General de la S.S., solicitó del INSS pensión de jubilación parcial alegando que había convenido con su empleadora una reducción de su jornada de trabajo completa pasando a realizar una jornada a tiempo parcial. El demandante acreditó una cotización de 1.949 días al REA, 7.547 días al RETA y 3.894 días al Régimen General de Seguridad Social (RGSS), en el cual se encontraba de alta en el momento de la solicitud, totalizando 13.390 días cotizados al sistema de Seguridad Social. El INSS denegó lo pedido al considerar que, según las normas de cómputo recíproco, correspondía resolver sobre la prestación al RETA, siendo necesario que la pensión se reconozca por cualquier régimen de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena.

Tras la desestimación de la reclamación administrativa previa, el actor formuló demanda ante el Juzgado de lo Social que estima la pretensión reconociendo el derecho del actor a percibir la correspondiente pensión por jubilación parcial en la cuantía que administrativamente se determine, condenando a las referidas entidades demandadas a estar y pasar por dicha declaración. Recurrida en suplicación, la sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de julio de 2005, estima el recurso absolviendo al INSS y la TGSS.

El trabajador interpone entonces recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, aportando como sentencia de contraste la

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

dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 23 de junio de 2005 (Rec. 1209 / 2004), que en las mismas circunstancias declara, por el contrario, que el actor reúne la condición de trabajador por cuenta ajena y falla, a partir de esta premisa, revocando la sentencia recurrida y reconociendo la prestación por jubilación anticipada.

La controversia litigiosa (RECU 4605/2005), se refiere a la determinación de si el trabajador tiene derecho a acogerse a la modalidad de la pensión de jubilación parcial con mantenimiento de empleo a tiempo parcial, en unas circunstancias en las que, pese a haber desarrollado la porción más larga de su carrera de seguro en el RETA, también ha cotizado, aunque en menor cuantía, en el Régimen General durante un cierto tiempo de su vida profesional que resulta ser el más próximo al hecho causante, pero sin cubrir en este último el período mínimo de carencia genérica exigido en la legislación de Seguridad Social para el reconocimiento de la prestación de jubilación por tal Régimen.

RESUMEN: La sentencia del Tribunal supremo que se comenta, casa y anula la STSJ de Cataluña de 19 de julio de 2005 (rec. 1708/2004) fundamentando su decisión en la falta de regulación reglamentaria, a la que remite la DA 8^a. 4 de la Ley General de la Seguridad Social a efectos de regular el reconocimiento de dicha prestación a los trabajadores por cuenta propia en los diversos Regímenes Especiales. La sentencia de suplicación considera que, dado que el beneficiario tiene mayores cotizaciones en el RETA, es este Régimen el que debe regular el reconocimiento de la pensión de jubilación parcial, de modo que el acceso a la prestación litigiosa no procede hasta que no se establezcan las condiciones y términos de concesión por las pertinentes normas reglamentarias.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, después de analizar el bloque normativo complejo aplicable a los supuestos de pluriactividad sucesiva del trabajador y diversificación de su carrera de seguro entre el RETA –y otros regímenes especiales– y el Régimen General de Seguridad Social, cambia el criterio que ha venido sosteniendo tradicionalmente en la resolución de estos litigios consistente en que la pensión ha de otorgarse por el Régimen en que tenga acreditado el mayor número de cotizaciones cuando en ninguno de los regímenes implicados reúna los requisitos exigidos a tal efecto, de conformidad con las normas de cómputo recíproco de cotizaciones.

En efecto, el TS se decanta ahora en este pronunciamiento por un criterio diverso y alternativo en orden a las condiciones necesarias para que el trabajador “pluriactivo” cause el derecho a lucrar la pensión de jubilación parcial, y lo hace con fundamento en una interpretación integradora de los requisitos laborales previstos en el Estatuto de los Trabajadores (art. 12.6) y de los de Seguridad Social (arts. 166.1.b), DA 8^a.4 LGSS y RD 1131/2002, de 31 de octubre.), efectuada desde la perspectiva del impulso que la concertación social y el legislador han

querido dar a la jubilación gradual y flexible encarnado principalmente en la Ley 35/2002, de 12 de julio. Conforme a ella, para el TS lo relevante es, “de una parte, que el trabajador (...) reúna los requisitos para causar derecho a la prestación contributiva de seguridad social; y de otra, que es su situación última de actividad laboral la que debe definir si nos encontramos ante un trabajador por cuenta propia, o un trabajador por cuenta ajena”, circunstancias en las cuales “no debe ser aplicable la Disposición Adicional 8ª de la L.G.S.S., nº 4”. Es decir, “lo esencial es determinar si el beneficiario ha “ganado” con sus cotizaciones el derecho al acceso a una pensión de jubilación contributiva en el momento del hecho causante” y que en tal momento tenga la condición de trabajador por cuenta ajena.

Con ello el Tribunal Supremo abandona el tradicional criterio del “régimen competente” vinculado a las normas de cómputo recíproco de cotizaciones, para acoger el criterio de la “actividad actual”, reconociendo el derecho a la pensión de jubilación parcial cuando sea el RGSS al que el trabajador está cotizando en el momento de acaecimiento del hecho causante, aunque no se haya cubierto en éste el periodo de carencia genérica exigido con carácter general a tal efecto por la legislación de Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA JUBILACIÓN PARCIAL COMO MEDIDA DE POLÍTICA DE EMPLEO Y SU EVOLUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. UN APUNTE BREVE
2. JUBILACIÓN PARCIAL Y PLURIACTIVIDAD. EN ESPECIAL, LA INTERACCIÓN DEL RETA Y EL RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL (RGSS) EN LA CARRERA DE SEGURO DEL TRABAJADOR
3. LA DOCTRINA DE DUPLICACIÓN: LÍNEAS DE TENDENCIA
4. LA DOCTRINA UNIFICADA DEL TS. LA JURISPRUDENCIA TRADICIONAL Y CAMBIO DE CRITERIO: VALORACIÓN CRÍTICA E INCERTIDUMBRES

1. INTRODUCCIÓN: LA JUBILACION PARCIAL COMO MEDIDA DE POLÍTICA DE EMPLEO Y SU EVOLUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. UN APUNTE BREVE

Como se sabe, la jubilación parcial anticipada constituye una medida de política de empleo destinada a prolongar la vida activa del trabajador maduro conjugándola con un reparto del tiempo de trabajo del trabajador beneficiario que, en ciertos supuestos, pasa a ser compartido por un nuevo trabajador relevista. Como recuerda la propia sentencia del TS comentada, en su dimensión histórica la ley 32/1984 de 2 de agosto modificó sustancialmente el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores –desarrollado reglamentariamente en la Sección Segunda del Capítulo II del RD 1445/1982, de 25 de junio– que contenía la regulación inicial del contrato a tiempo parcial, instaurando, en su

ordinal 5, la modalidad del contrato de relevo, como una figura más del contrato a tiempo parcial, cuyo desarrollo reglamentario se hace por el RD 1991/1984 de 31 de octubre, que deroga el precitado RD 1445/1982. El mecanismo, por tanto, de la nueva figura se basaba en una consideración conjunta de los requisitos condicionantes de la jubilación anticipada parcial y el contrato a tiempo parcial: de una parte, un trabajador próximo a la edad de jubilación –esta edad ha ido cambiando en las sucesivas reformas– convierte su previo contrato de trabajo a tiempo completo en jornada parcial y, simultáneamente, comienza a percibir la pensión correspondiente de jubilación en cuantía proporcional a la nueva situación laboral novada. De otra parte, se establece, como requisito necesario para el reconocimiento de la prestación de seguridad social, que el beneficiario reúna las condiciones generales exigibles para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación –a excepción de la edad –¹ y, por último, la contratación de otro trabajador, mediante el llamado contrato de relevo, sea por jornada completa, sea por la dejada vacante por el jubilado parcial, con duración hasta la fecha de cumplimiento de la edad pensionable, llegada la cual se extinguirá el contrato a tiempo parcial –salvo pacto en contrario– y el jubilado anticipado percibirá la prestación total.

Esta institución – regulada en el ámbito laboral en el art. 12.6 LET y en el art. 166 LGSS en el plano de la Seguridad Social – ha sido objeto de un notable impulso de la mano de la concertación social y, sobre esa base, del propio legislador. En efecto, con el objeto de incorporar mayores dosis de flexibilidad a la prestación de jubilación, se suscribe el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección social firmado el por el Gobierno y los agentes sociales (9 de abril del 2001), instrumentado normativamente con posterioridad a través de las Leyes 12/2001, de 9 de julio y 35/2002, de 12 de julio. En las mismas, el fomento de la jubilación parcial se articula, fundamentalmente, a través de cuatro medidas: primero, se modifica el art. 12.6 LET en el sentido de extender la jubilación parcial a los trabajadores de 65 o más años, desvinculándola aquí del contrato de relevo que pasa a ser potestativo. En segundo lugar, añadiendo al artículo 165.1 LGSS, que establece el principio general de incompatibilidad entre prestación y trabajo, un número 2 que prevé como excepción a la regla general anterior el supuesto de acceso a la jubilación cuando se compatibilice el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan”, en cuyo caso se aminorará

¹ Que conforme al art. 161.1.b) LGSS son: tener cubierto un periodo mínimo de cotización de 15 años (periodo de carencia genérica), de los cuales al menos dos habrán de estar comprendidos en los 15 años inmediatamente anteriores al momento del hecho causante (periodo de carencia específica).

“el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista”. En tercer término, modificando el artículo 166 LGSS, al que se añade un nuevo apartado 4 que prescribe que: “El régimen jurídico de la jubilación parcial, a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca”. Y, finalmente, una cuarta medida, reclamada unánimemente por los sindicatos y la doctrina científica, consistente en extender la jubilación anticipada a todos los trabajadores, aunque no tuvieran la condición de mutualistas en fecha 1 de enero de 1967. El régimen no es exactamente igual para estos mutualistas que para el resto de los beneficiarios, aunque las diferencias existentes principalmente en relación con la edad de acceso, involuntariedad en el cese del trabajo e inscripción como demandante de empleo durante seis meses, no se han considerado discriminatorios por la jurisprudencia.

Por su parte, la más reciente Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, introduce algunas modificaciones de calado en la institución orientadas, principalmente, a su mejor adecuación a los objetivos a los que debe responder y evitando o tratando de corregir una utilización desviada o fraudulenta de la misma –detectada en algunos supuestos– que podría hacer peligrar el equilibrio patrimonial del sistema de Seguridad Social. En este sentido, de una parte, introduce la exigencia de un período de antigüedad mínimo en la empresa de seis años inmediatamente anteriores a la fecha de jubilación parcial, aunque para este requisito se prevé una aplicación paulatina a lo largo de cuatro años²; y de otra parte, establece como requisito del trabajador beneficiario, la acreditación de un período mínimo de cotización de 30 años, sin que, al efecto, se computen pagas extraordinarias³.

2. JUBILACIÓN PARCIAL Y PLURIACTIVIDAD. EN ESPECIAL, LA INTERACCIÓN DEL RETA Y EL RGSS EN LA CARRERA DE SEGURO DEL TRABAJADOR

Uno de los muchos problemas que se suscitan en torno a la jubilación parcial se plantea cuando ésta se conecta con carreras profesionales pluriactivas que conllevan cotizaciones sucesivas a diversos regímenes de Seguridad Social – en especial al RETA y Régimen General –, un fenómeno éste que, además,

² Sin perjuicio de mantener el régimen jurídico anterior a la vigencia de la ley 40/2007 para aquellos trabajadores afectados por Convenio hasta que este termine o hasta la finalización del año 2009.

³ También se establece una aplicación gradual de este período de cotización durante cinco años, que va desde los 18 años durante 2008 a 30 años, a partir del año 2012.

constituye una realidad usual en las actuales relaciones productivas, llegando incluso a prevalecer respecto de las carreras homogéneas sobre todo en épocas de crisis económica en las que la transición del trabajo autónomo al asalariado o viceversa son habituales. Pues bien, ese escenario complejo en la carrera profesional y de seguro del trabajador tiene una importante incidencia en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social en general y, en particular por lo que ahora interesa, en lo concerniente al derecho a lucrar la prestación de jubilación parcial.

El punto de partida en esta materia viene determinado, de una parte, por la inexistencia, a día de hoy, de la prestación de jubilación parcial en el RETA de conformidad con el bloque normativo regulador de la jubilación parcial y, por otro lado, por las reglas de cómputo recíproco de cotizaciones cuyo finalidad es la determinación del régimen de seguridad social competente para causar el derecho a la prestación en los supuestos de concurrencia de cotizaciones sucesivas al RETA –u otros regímenes especiales – y Régimen General.

En cuanto a la primera cuestión, ya se ha dicho que la regulación básica de la jubilación parcial en el Régimen general de la Seguridad Social se contiene en el art. 166 LGSS – que habrá de ponerse en relación con los requisitos laborales establecidos en el art. 12.6 LET –, con desarrollo reglamentario por el RD 1131/2002, de 31 de octubre. Sin embargo, cuando de trabajadores por cuenta propia se trata, si bien la DA 8^a.4 LGSS prevé la extensión de esta prestación, entre otros, a dichos trabajadores, lo hace limitada y condicionalmente en los términos y condiciones que establezca una regulación reglamentaria que no ha llegado aun a producirse. Por otra parte, y a mayor abundamiento, el RD 1131/2002 al delimitar su ámbito subjetivo de aplicación (art. 1) no menciona expresamente a los incluidos en el RETA, refiriéndose exclusivamente a los trabajadores “incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen especial de la minería del carbón y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen especial de los trabajadores del mar”, reafirmando esta idea al limitar el círculo de “beneficiarios” de la jubilación parcial a los “trabajadores por cuenta ajena” (art. 10). Así las cosas, el acceso a una pensión de jubilación parcial no está contemplado como un derecho de los trabajadores por cuenta propia encuadrados en el RETA.

No obstante el nudo del problema, que es el debatido en la sentencia del TS objeto de comentario, reside en los supuestos de pluriactividad sucesiva del trabajador en los que se entremezclan cotizaciones al RETA y al Régimen General, siendo éste último el régimen de Seguridad Social de adscripción al estar prestando trabajo por cuenta ajena en el momento de la solicitud de la pensión de jubilación parcial y siempre que en el mismo no se cubra el periodo de carencia exigido legal y reglamentariamente para lucrar dicha pensión.

En este contexto, dos son los criterios que, en principio y alternativamente, podrían manejarse para considerar al trabajador con carrera “pluriactiva” adscrito al Régimen general a efectos del reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación parcial: uno, el criterio de la “última actividad”, referido al encuadramiento actual del trabajador a dicho Régimen en el momento de la solicitud de la pensión o, dos, el del “régimen competente”, cuando sea el Régimen general el competente para causar el derecho conforme a las normas de cómputo recíproco de cotizaciones.

Se ha afirmado que las reglas sobre cómputo recíproco carecen de una regulación unitaria en el ordenamiento jurídico español⁴, formando parte de una normativa fragmentada y dispersa que se concentra en el RD 691/1991, de 12 de abril⁵ y en las normas reglamentarias reguladoras de cada uno de los regímenes especiales de Seguridad Social⁶. En ese contexto, nuestros órganos jurisdiccionales del orden social suelen aplicar sistemáticamente y con carácter general el RD 691/1991, pese a no estar implicado el sistema de Clases Pasivas, a cualquier supuesto de pluriactividad con cómputo recíproco de cotizaciones, salvando así la carencia de una norma única y homogénea aplicable a todo el sistema de Seguridad Social.

Sin embargo, se olvida a menudo la existencia de otra norma diversa en materia de cómputo recíproco, está sí verdaderamente dotada de alcance unitario y general al no estar limitado su ámbito subjetivo, que extiende las prescripciones del art. 35 del D. 2530/1970, de 20 de agosto⁷ al conjunto del sistema de Seguridad Social: se trata del Decreto 2957/1973, de 16 de

⁴ Sobre la actual regulación del cómputo recíproco de cotizaciones, vid. Ballester Pastor, A.: El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de seguridad social, Madrid, 2007.

⁵ Esta norma (art. 1) limita su ámbito de aplicación a los supuestos en que el trabajador durante su carrera profesional hubiera estado en algún momento encuadrado en el sistema de Clases Pasivas, estableciéndose expresamente al respecto que el procedimiento aplicable cuando no se encuentra incluido el de Clases pasivas debe ser el que exista al efecto en su legislación propia.

⁶ Cada uno de los regímenes especiales en el sistema español de Seguridad Social (excepto el Régimen General) establece sus propias reglas de cómputo recíproco de cotizaciones con relación al resto de regímenes. Así, el art. 68 D. 3772/1972, de 23 de diciembre establece el mecanismo de cómputo recíproco aplicable en el régimen especial agrario; el art. 26 D. 2346/1969, de 25 de septiembre, para los empleados de hogar; el art. 59 D. 1867/1970, de 9 de julio, para los trabajadores del mar; el art. 7 D. 298/1973, de 8 de febrero, para los trabajadores de la minería del carbón y el art. 35 del D 2530/1970, de 20 de agosto, que establece las reglas de cómputo recíproco cuando en la carrera profesional del trabajador hubiera estado implicado el RETA.

⁷ Regulador del Régimen Especial de trabajadores autónomos.

noviembre, sobre cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema de la Seguridad Social ⁸.

Tomando en consideración las prescripciones al respecto del RD 691/1991 (art. 4.2), las del D. 2530/1970 regulador del régimen especial de trabajadores autónomos (art. 35.2), así como las recogidas en el citado D. 2957/1973, de 16 de noviembre, nos encontramos con un sistema similar de cómputo recíproco que puede resumirse así: 1) la pensión se reconocerá por el régimen de Seguridad Social en el que el trabajador estuviese cotizando al tiempo de solicitar la prestación, siempre que reúna los requisitos de edad, períodos de carencia y cualesquiera otros que en el mismo se exijan, computando a tal efecto solamente las cotizaciones efectuadas en dicho régimen (criterio temporal); 2) cuando el trabajador no reuniese tales períodos antes referidos, causará derecho a la pensión en el que se hubiese cotizado anteriormente, siempre que el mismo reúna los requisitos señalados, y 3) cuando el trabajador no hubiese reunido en ninguno de los regímenes implicados, computadas separadamente las cotizaciones a ellos efectuadas, los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, podrán sumarse a tal efecto las cotizaciones efectuadas a todos (totalización de cotizaciones), otorgándose en tal caso la pensión por el régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones (criterio cuantitativo).

3. LA DOCTRINA DE SUPPLICACIÓN: LINEAS DE TENDENCIA

Corresponde ahora analizar cuál es la posición de nuestros Tribunales cuando se enfrentan a supuestos de carreras profesionales “pluriactivas” con implicación del RETA y el RGSS.

En este sentido, la praxis forense evidencia la existencia de dos corrientes diversas en la doctrina de suplicación. Por un lado, un cuerpo de sentencias se decantan por el criterio del régimen competente para el reconocimiento de la pensión de conformidad con las reglas de cómputo recíproco, de modo que aun siendo el solicitante un trabajador por cuenta ajena en el momento del hecho

⁸ Así lo señala la STSud de 21 de septiembre de 2006 (Rec. 3506/2005) y, con cita de la misma, la de 21 de enero de 2009 (RCUD 208/2008). El citado D. 2957/1973 ha sido interpretado por dos resoluciones del INSS: la Resolución de 22-3-1999, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre el reconocimiento del derecho a pensión de jubilación al amparo de normas de derecho transitorio, cuando es necesario acudir al cómputo recíproco de cotizaciones; y la de 9 de agosto de 1978, de la Dirección General de Prestaciones, sobre el alcance de la aplicación de lo dispuesto en el número 2 del artículo único del citado Decreto 2957/1973.

causante, si el régimen competente resulta ser el RETA se deniega el derecho a la pensión de jubilación parcial por no estar contemplada tal prestación en dicho Régimen⁹. Frente a éstas, existen pronunciamientos cada vez más frecuentes, que optan por el criterio de la “actividad actual”, es decir por reconocer la pensión de jubilación parcial cuando sea el Régimen General al que se está cotizando en el momento del hecho causante y se acredite en él el periodo de carencia específica exigido para esta prestación (dos años cotizados en los últimos quince inmediatamente anteriores al hecho causante), aun no cumpliéndose el requisito del periodo de carencia genérica exigido por el art. 12.6 LET en relación con el art. 161.1.b) LGSS (15 años)¹⁰.

No obstante, algunas de estas últimas sentencias de suplicación utilizan una técnica ambigua y hasta cierto punto contradictoria para llegar a esta conclusión. Es el caso de la STSJ Cantabria de 30 de enero de 2008, que, en un primer momento parece decantarse por el criterio de la actividad actual a efectos del encuadramiento efectivo del trabajador en el Régimen General y el reconocimiento de la pensión, para después recurrir también al criterio del régimen competente considerando como tal al RGSS¹¹. Por su parte la Sala Social del TSJ País Vasco es la que más reiteradamente se ha pronunciado por el criterio de la actividad actual en el RGSS para reconocer el derecho a la pensión obviando las reglas de cómputo recíproco¹². Así, algunos pronunciamientos de la Sala estiman la pretensión del trabajador reconociendo el derecho a la pensión de jubilación parcial por el RGSS por el mero hecho de ser al que se cotizaba en el momento de la solicitud, sin tomar siquiera en consideración el cumplimiento de la carencia específica en éste –aunque ésta de hecho se cumpliera –, al entender que lo relevante no es el régimen por el que se causa

⁹ Vid. entre otras, STSJ Cataluña de 19 de julio de 2005, (recurso de suplicación num. 1.708 / 2004); STSJ Comunidad Valenciana de 22 de mayo de 2003 (PROV 2004, 115530)

¹⁰ Vid. STSJ Cataluña de 23 de junio de 2005 (Rec. 1209 / 2004); SSTSJ Comunidad Valenciana de 5 de noviembre de 2004; SSTSJ País Vasco de 22 de marzo de 2005 (AS 2005, 2255), 28 de junio de 2005 (PROV 2005, 207296) y 8 de septiembre de 2006 (AS 2007, 976) (rec. 1123/2006); STSJ Navarra 29–12–05 (PROV 2005, 123726),(rec. 371/05); SSTSJ de Cantabria de 5 de julio de 2007 AS 2007, 2708) (rec. 531/2007) y 30 de enero de 2008 (AS 2008, 767).

¹¹ Para un comentario de esta sentencia, vid. Ballester Pastor, A.: “Acceso a la jubilación parcial en carreras profesionales diversificadas en varios regímenes de seguridad social: criterios jurisprudenciales y cuestiones pendientes”, AS, n° 21, 2008.

¹² Un exhaustivo acopio de la doctrina de la Sala sobre la materia en Díaz De Rábago Villar, M.: “Criterios recientes del TS y del TSJPV sobre jubilación parcial”, AS, n° 16, 2008.

la pensión, sino en el que se está de alta al acceder a la jubilación parcial.¹³ No obstante, en algunos otras resoluciones la acreditación de la carencia específica en el RGSS se considera un requisito exigible¹⁴. Como contrapunto, en algunos casos se ha reconocido el derecho a lucrar la pensión debatida aun constando el incumplimiento de la carencia específica en el Régimen General o sin que constara su cumplimiento¹⁵.

4. LA DOCTRINA UNIFICADA DEL TS. JURISPRUDENCIA TRADICIONAL Y CAMBIO DE CRITERIO: VALORACIÓN CRÍTICA E INCERTIDUMBRES

La propia sentencia TS de 2009, que ahora se comenta, comienza por hacer referencia a la que ha sido jurisprudencia pacífica y tradicional de la Sala IV en relación a los supuestos litigiosos de pluriactividad con implicación del RETA y el RGSS, centrada en la interpretación de las reglas del art. 35 del D. 2530/1970 de 20 de agosto, regulador del sistema de cómputo recíproco de cotizaciones en el RETA.

El criterio mantenido en este sentido ha sido, de modo impenitente, el de que la pensión se habrá de otorgar por el Régimen implicado en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones¹⁶. De este modo, se tenía sentado el criterio del “régimen competente” según el cual, aplicando las reglas de cómputo recíproco de cotizaciones respecto al RETA y el régimen General, cuando en ninguno de los regímenes implicados en la carrera de seguro del trabajador se cubriese el periodo de carencia exigible, la regla es que la pensión se habrá de otorgar por el Régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones (criterio cuantitativo), totalizando, entonces, las cotizaciones efectuadas a todos los regímenes implicados.

¹³ SSTSJ País Vasco 22 de marzo de 2005 (AS 2005, 808) (rec. 2734/04), confirmada por STSud 29 de junio de 2006 (RJ 8476)); 28 de junio de 2005 (PROV 2005, 207296) (rec. 501/05); 30 de enero de 2007 (PROV 2007, 121380) (rec. 2172/06); 26 de junio de 2007 (PROV 2007, 337167) (rec. 1064/07); 29 de junio de 2007 (PROV 2007, 336974) (rec. 1147/07); 15 de enero de 2008 (PROV 2008, 175167) (rec. 2645/07).

¹⁴ STSJ País Vasco de 11 de diciembre de 2007 (PROV 2008, 127141) (rec. 2398/07).

¹⁵ SSTSJ País Vasco de 23 de enero de 2007 (AS 2007, 1562) (rec. 2195/06); 6 de febrero de 2007 (AS 2007, 1476) (rec. 1877/06); 18 de diciembre de 2007 (AS 2008, 1466) (rec. 2549/07).

¹⁶ Vid. por todas, SSTS 4 de marzo de 1993 (Rec. 1222/1993) y 12-05-1999 (RJ 4819).

Extrapolando esta doctrina al supuesto litigioso actual, de ser el RETA el régimen por el que habría de causarse y regularse la prestación, el trabajador no tendría derecho a la pensión de jubilación parcial, puesto que, pese a estar contemplada legalmente dicha prestación, su reconocimiento efectivo esta condicionado a un desarrollo reglamentario (DA 8ª.4 LGSS) que aun no se ha producido.

Sin embargo, más recientemente cabría advertir un cambio implícito y ambiguo de criterio del TS al respecto, por efectuarse con ocasión del rechazo del recurso de casación formulado por el INSS contra una sentencia de suplicación que reconocía el derecho a la pensión de jubilación parcial al trabajador con mayor tiempo de cotización en el RETA, rechazo que obedecía a la no apreciación de la contradicción con la sentencia de contraste alegada por el recurrente. Se trata de sendas sentencias de unificación de doctrina de fechas 29 de junio de 2006 y 29 de junio de 2007, ésta última ratificando la doctrina de la anterior¹⁷.

Con todo, en la fundamentación jurídica de las mismas se avala, obiter dicta, la tesis mantenida por las sentencias recurridas que habían reconocido la pensión de jubilación parcial – pese a que las reglas de cómputo recíproco conducían al RETA como régimen competente para causar y regular, en su caso, el derecho a la prestación–, y se hace con el argumento del cumplimiento en el RGSS, al que se cotizaba en el momento del hecho causante, del período de carencia específica exigido por el art. 12.6 LET –en relación con el art. 161.1.b) LGSS –. Esta circunstancia –ausente en las sentencias de contraste – denota, según el TS, una “vinculación efectiva” del trabajador (por proximidad y entidad) con el Régimen General que, por ello mismo, debe ser el competente para el reconocimiento de la pensión. En realidad, pues, el TS, aunque de forma indirecta, se decanta por la regla de la “actividad actual”, aunque matizada por el parámetro de la “vinculación efectiva” que se conecta al cumplimiento de la carencia específica exigida por el art. 166.1.b) LGSS.

Pero, en todo caso, el hecho de no abordarse directamente el problema de fondo y hacerlo con el enfoque indirecto e implícito de estos dos pronunciamientos, mantenía en la indefinición la postura de la doctrina unificada al respecto y pendiente la necesaria labor de clarificación definitiva en sede jurisprudencial de esta cuestión que atañe sensiblemente, y hasta ahora en un sentido restrictivo, a la protección social de los trabajadores¹⁸.

¹⁷ SSTSud de 29 de junio de 2006 (RJ 2006, 8476) (RCUD 2641/2005). 29 de junio de 2007 (RJ 2007, 6652),(RCUD 932/2006).

¹⁸ En este sentido, Ballester Pastor, A.: “Acceso a la jubilación parcial en carreras profesionales diversificadas en varios regímenes de seguridad social: criterios jurisprudenciales y cuestiones pendientes”, cit.

Una anómala e indeseable situación que podría cerrarse definitivamente con la reciente sentencia del TS, dictada en unificación de doctrina, de 29 de enero de 2009. En ella el TS se enfrenta a un supuesto de pluriactividad sucesiva – REA, RETA y RGSS – en la que el trabajador solicita la pensión de jubilación parcial en su condición de trabajador por cuenta ajena en situación de alta en el RGSS, último en su carrera de seguro, pero sin cumplir en él mismo ni el periodo de carencia genérica, ni específica exigidos por el art. 12.6 LET en relación con el art. 166.1.b) LGSS. Aquí el TS, ya de forma directa y expresa, adopta el criterio de la “actividad actual”, según el cual ha de ser el RGSS en el que el trabajador está encuadrado en el momento del hecho causante el que debe causar y regular la pensión solicitada aunque no se cumpla en el mismo el periodo de carencia genérica exigible legalmente para lucrar la pensión contributiva. Con ello, se desmarca abiertamente del criterio del régimen competente vinculado a las reglas de cómputo recíproco (FJ. Segundo, 3), e, incluso, implícitamente del criterio de “la vinculación efectiva” al RGSS –por el que apostó indirectamente la Sala en las sentencias de 29 de junio de 2006 y 29 de junio de 2007 ya comentadas– al no hacer referencia en ningún momento a que el cumplimiento del periodo de carencia específica en el RGSS sea un requisito esencial a tal efecto.

Para llegar a esta conclusión, se vale de una doble y acertada interpretación. En primer término, se afirma que desde una interpretación sistemática y literal de los preceptos reguladores de la jubilación parcial – art. 12.6 LET y arts. 166.2 LGSS (previamente a su reforma por la Ley 40/2007), así como los arts. 1 y 10 RD 1131/2002, de desarrollo del primero – debe concluirse que ninguno de ellos hace referencia, ni de forma explícita ni implícita, a cuál deba ser el Régimen de Seguridad Social que haya de reconocer dicha pensión, ni tampoco a las normas de cómputo recíproco de cotizaciones, sino que lo relevante es que el trabajador, aparte de otros requisitos de orden laboral, cumpla los establecidos para causar derecho a la jubilación contributiva y que se trate de un trabajador por cuenta ajena encuadrado en el RGSS en el momento de acaecimiento del hecho causante; circunstancias todas ellas que, a juicio del TS, hacen inaplicable al supuesto de hecho litigioso la DA 8^a.4 LGSS relativa a los trabajadores autónomos.

En este mismo sentido, y a mayor abundamiento de la tesis que sustenta la fundamentación jurídica, se orientan –insiste la Sala– las modificaciones introducidas en el art. 166.2 LGSS por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Es sabido que la citada norma introduce la exigencia, por un lado, de acreditar una antigüedad mínima en la empresa de 6 años inmediatamente anteriores a la jubilación parcial [art. 166.2.b)], lo que “pone de relieve que la figura prestacional debe ponerse en relación con la situación laboral del trabajador inmediatamente anterior al

hecho causante, abstracción hecha del Régimen de Seguridad Social que debe reconocer la prestación”. Por otro lado, se amplía el periodo de carencia genérica para lucrar la pensión a 30 años de cotización a la Seguridad Social, y aquí, de nuevo, “abstracción hecha por tanto, del Régimen de la Seguridad social que debe reconocer y satisfacer la prestación”.

Por otra parte, y ahora conforme a una interpretación evolutiva y teleológica del citado bloque normativo, que busca un alargamiento de la vida laboral mediante un sistema de jubilación gradual y flexible, las normas sobre reconocimiento de la prestación deben ser interpretadas, a salvo de norma prohibitiva expresa o de constancia de fraude de ley, “conforme al doble principio pro operario y pro beneficiario” Para el TS, además, “la interpretación contraria significaría olvidar los elementos propios configuradores de la jubilación parcial, en su conexión con otros requisitos, de procedencia más bien laboral, exigidos conjuntamente, para la validez de la contratación a tiempo parcial (esencialmente, los establecidos en el artículo 12 ET), restringiendo, sin cobertura legal adecuada, las previsiones normativas al respecto”.

Conforme a todo ello, el TS concluye que, en lo que al reconocimiento del derecho del trabajador a la pensión de jubilación parcial se refiere, “lo decisivo no es qué Régimen de Seguridad Social debe proceder, conforme las cotizaciones realizadas, al reconocimiento de la prestación (...), sino que lo esencial es determinar si el beneficiario ha “ganado” con sus cotizaciones el derecho al acceso a una pensión de jubilación contributiva, en el momento del hecho causante”. En definitiva, pues, el TS acoge ya de forma directa y sin ambages el criterio de la “actividad actual” a efectos de causar derecho a la pensión de jubilación parcial, bastando para ello, por tanto, que en el momento de la solicitud el trabajador esté de alta en el RGSS y la proximidad de las últimas cotizaciones a dicho régimen, aunque sin hacer hincapié en la exigencia del cumplimiento del periodo de carencia específica en el mismo (criterio de la “vinculación efectiva”)¹⁹.

Sin embargo, la rotundidad y el acierto con la que la doctrina unificada fundamenta y se pronuncia aquí clarificando, por fin, la problemática suscitada por la jubilación parcial en los supuestos de pluriactividad sucesiva, después de tan largo tiempo de indefinición al respecto, queda enturbiada por la posterior sentencia de la misma Sala de 21 de enero de 2009²⁰ que, en mi opinión, entra en una injustificada contradicción con la doctrina sentada por la Sala en la comentada sentencia de 20 de enero de 2009. Es cierto que, como se advierte en la

¹⁹ El sostenido implícitamente en las SSTSud de 29 de junio de 2006 y 29 de junio de 2007, cit.

²⁰ STSud 21 de enero de 2009 (RCUD 208/2008).

propia sentencia, se trata de dos supuestos de hecho diversos, pero la divergencia reside únicamente en la prestación reclamada: en la de 20 de enero, la jubilación parcial, mientras que en la de 21 de enero se trata de una jubilación anticipada. A salvo de esta diferencia en orden a la prestación controvertida –irrelevante, desde mi punto de vista a efectos del fondo de la cuestión controvertida–, las restantes circunstancias son sustancialmente iguales: cotización sucesiva al RETA, al REA (CA) y finalmente al RGSS en los últimos 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante, desde el que se solicita la prestación.

Pues bien, a pesar de esta práctica identidad de supuestos, la sentencia de 21 de enero el TS casa y anula la sentencia del TSJ de Aragón, de 26 de diciembre de 2007²¹ que estimaba el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador reconociéndole el derecho a la pensión de jubilación anticipada solicitada por su encuadramiento actual en el RGSS. En su fundamentación jurídica, el TS, rechaza, aquí, expresamente el criterio de la actividad actual (FJ 3º) sentado por la sentencia anterior de 20 de enero, y vuelve a centrar el debate en la interpretación del art. 35 del Decreto 2530/70 por el que se regula el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y el art. 67 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del referido Régimen Especial, esto es, en las normas de cómputo recíproco de cotizaciones y, desde esa base, determina que el régimen competente para causar el derecho a la prestación sería el RETA en el que no está prevista la prestación solicitada: la pensión de jubilación anticipada, que, por tanto, debe denegarse al actor.

Para salvar lo que se presenta como una sorprendente e infundada contradicción, se recurre a dos argumentos periféricos, accidentales y, por tanto faltos de suficiente consistencia: primero, la ya apuntada divergencia en la pensión demandada y segundo, la no condición de mutualista del actor a fecha 1 de enero, circunstancia que no le permitiría acogerse a la excepción prevista en la Ley 47/199 de 23 de diciembre, que dicta reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social en determinados casos especiales, en virtud de la cual podría habersele reconocido acceder a dicha prestación.

Se trata de una inquietante resolución judicial que podría sembrar dudas acerca de la consolidación del relevante y pertinente cambio de criterio protagonizado por la sentencia de 20 de enero de 2009, que es el que debería prevalecer en todo caso en relación tanto con la pensión de jubilación parcial, cuanto de la jubilación anticipada –prestaciones ambas no previstas en el RETA– en los supuestos, tan habituales, de transición de trabajo autónomo a trabajo subordinado, una vez acreditada la vinculación efectiva del trabajador al RGSS.

²¹ STSJ Aragón 26 de diciembre de 2007 (rec. 1078/2007).

**DENEGACIÓN DEL COMPLEMENTO POR
ANTIGÜEDAD DE LOS MÉDICOS
INTERNOS RESIDENTES**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad
Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 5 de junio de 2008*

FERNANDO PÉREZ DOMÍNGUEZ

Doctor en Derecho

Grupo PAI-SEJ 322

Universidad de Huelva

SUPUESTO DE HECHO: La figura del médico interno residente, que suele prestar sus servicios profesionales por cuenta y orden del Servicio Autónomo de Salud correspondiente, en virtud de contrato de trabajo para la formación como especialista por el sistema de residencia, es la protagonista de esta resolución. En esta ocasión, la controversia se centra en un aspecto salarial como es el relativo al derecho a percibir el complemento salarial por antigüedad, una vez perfeccionado el primer trienio de prestación de servicios en virtud de las sucesivas prórrogas anuales del inicial contrato temporal para la formación suscrito por el médico interno y residente.

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Superior manifiesta un cambio de criterio de la Sala de lo Social respecto al mantenido en cuestión semejante en diversas sentencias anteriores, en las que se estimaba la reclamación formulada en concepto de trienios por quienes prestaban servicios como médicos internos y residentes. Resulta determinante del referido giro jurisprudencial la entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006 por el que se regula la Relación Laboral Especial de Residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, que obliga a la Sala a reconsiderar los argumentos esgrimidos con anterioridad. De esta forma se pone fin a una incómoda situación de discrepancia entre las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Cantabria y de la Comunidad Valenciana al respecto del reconocimiento o negación del derecho a trienios de los médicos internos y residentes.

ÍNDICE:

1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA ANTES DEL REAL DECRETO 1146/2006
2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DESPUÉS DEL REAL DECRETO 1146/2006
3. LA ASUNCIÓN PARCIAL DE LA DOCTRINA CÁNTABRA
4. CONCLUSIONES: EL ELEMENTO FORMATIVO COMO FUNDAMENTO DEL CARÁCTER ESPECIAL DE LA RELACIÓN DE RESIDENCIA

1. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA ANTES DEL REAL DECRETO 1146/2006

Al objeto de calibrar el alcance del cambio de criterio operado por la Sentencia que sirve de centro de interés del presente comentario, conviene detenerse brevemente y de forma previa tanto en los argumentos tradicionalmente esgrimidos por los actores (médicos internos residentes) para sustentar su pretensión, como en los argumentos sostenidos por la Sala de lo Social del Superior valenciano a favor del reconocimiento del derecho a la percepción de trienios con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto que regula la relación laboral especial del personal MIR.

Desde la perspectiva de los médicos internos y residentes, la discusión sobre los trienios se ha planteado siempre en el terreno de la discriminación¹. Discriminación fundada en la modalidad contractual temporal a través de la que prestan sus servicios frente al carácter indefinido de las relaciones laborales o estatutarias del resto de sus compañeros facultativos, a los que sí se les reconoce el complemento salarial por antigüedad. De acuerdo con ello, interpretan la negación de dicho complemento como infracción del principio de igualdad de derechos entre los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada y los trabajadores con contratos de duración indefinida, que consagra el art. 15.6 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por la Ley 12/2001, de 9 de julio² (por la que se procede a incorporar – entre otras

¹ Así se observa en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 2147/2006, de 20 de junio, 2201/2006, de 20 de junio y 2227/2006, de 23 de junio; todas ellas dictadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la Relación Laboral Especial de Residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.

² 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 (BOE núm. 164, de 10/7/2001). Vid. Preámbulo y art. 1.

– la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada³).

En coherencia con lo anterior, la representación del personal MIR intenta con frecuencia hacer valer en su favor la asentada doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional⁴ en relación con el alcance del principio de igualdad y no discriminación ante la regulación diferente de condiciones de trabajo. En este sentido, sus alegaciones niegan que la temporalidad de la relación laboral de los médicos internos y residentes sea un hecho diferencial con consistencia suficiente para justificar de forma objetiva y razonable un tratamiento retributivo desigual, pero lícito, respecto al previsto para los médicos que prestan sus servicios en el marco de relaciones laborales de carácter indefinido.

La posición del personal MIR a favor del reconocimiento del derecho a la percepción de trienios, se completa con la delimitación del marco normativo regulador de sus condiciones de trabajo. En tal sentido, su representación entiende que la naturaleza especial de la relación laboral no es óbice para considerar aplicable el Estatuto de los Trabajadores; circunstancia que permitiría la aplicación del art. 15.6 ET en los términos de igualdad de trato antes referidos.

La aprobación y entrada en vigor del RD 1146/2006, no ha hecho variar en esencia la argumentación de los médicos residentes a favor de su pretensión de cobro de trienios. Así, manifiestan que el hecho de que la nueva norma reguladora de las condiciones de trabajo del personal MIR prevea en su artículo 7 un régimen retributivo *ad hoc*, no excluye expresamente el derecho a la percepción del complemento de antigüedad; conclusión a la que se llegaría mediante la aplicación supletoria del art. 15.6 ET.

Por su parte, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha aceptado el debate sobre el derecho a trienios en los mismos términos planteados por la representación del personal MIR, acogiendo favorablemente sus pretensiones hasta la entrada en vigor de la Relación Laboral Especial de Residencia para la Formación de Especialistas en Ciencias

³ DOUE nº L 175 de 10/07/1999, 43-48.

⁴ En particular, citan la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177/1993, en la que se resume la ya clásica doctrina sobre el alcance del principio de igualdad ante la ley en los siguientes criterios: a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 CE, sino sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) deben considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin.

de la Salud⁵. De esta forma, se afirmaba la vigencia del artículo 15.6 ET y, muy especialmente, de la Directiva 1999/70/CE dentro del marco regulador de las condiciones de trabajo de los médicos internos y residentes⁶. La aplicación de esta última era particularmente destacada por cuanto se hacía constar que en ningún momento España hizo uso de la posibilidad de exceptuar la relación laboral del personal MIR de la aplicación de la Directiva, tal como ofrecía su cláusula segunda para los supuestos de: a) las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje; y b) los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos. Supuestos, en particular el segundo de ellos, en los que la relación laboral de los médicos internos y residentes podría haber tenido perfecta cabida y acomodo.

A lo ya expuesto se sumaba la exclusión de cualquier tipo de analogía entre la relación laboral especial del personal MIR y la derivada de los contratos formativos previstos en el artículo 11 ET, cuyo régimen retributivo marca claras diferencias respecto al salario de “un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo”. Así delimitado el marco normativo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia valenciano procedía a la aplicación al caso controvertido del principio de no discriminación contenido en la cláusula cuarta⁷ de la Directiva 1999/70/CE.

Como si de algo evidente se tratara, la Sala de lo Social consideraba – sin entrar a realizar un análisis del objeto y la causa de los respectivos contratos – que la figura de otros facultativos con contrato de duración indefinida en hospi-

⁵ Vid sentencias citadas en la nota 2.

⁶ Conviene recordar que hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006 la relación de trabajo de los residentes ha carecido de una regulación específica de sus condiciones laborales desde que las Órdenes Ministeriales de 3 de septiembre de 1969 y de 28 de julio de 1971 crearan las figuras de médicos internos y residentes, estableciendo una vinculación contractual de formación posgraduada y asistencia médica de carácter laboral. Posteriormente, el Real Decreto 2015/1985, de 15 de junio, reconoció el sistema de residencia como medio general para la obtención del título de médico especialista; por su parte, El Real Decreto-Ley 1/1981 y la Ley 24/1982 fijaron la duración máxima de los contratos de trabajo de los profesionales sanitarios en formación para la obtención del título de especialista; y finalmente, el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, articuló de manera definitiva la figura del médico interno residente y declaró la naturaleza laboral de su relación contractual. Sin embargo, ninguna de tales normas se ocuparon de ofrecer una regulación sistemática de las condiciones de trabajo del personal MIR y, por tanto, tampoco de los aspectos salariales.

⁷ Su apartado primero señalaba: “por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.

tales públicos resultaba comparable a la del médico interno y residente con contrato de duración determinada; razón por la cual la previsión del complemento por antigüedad en favor de los primeros suponía una diferencia de trato menos favorable en perjuicio del personal MIR, sin que el Tribunal advirtiera la existencia de razones objetivas que justificaran dicho trato desigual.

La determinación de una figura laboral comparable no resultaba tarea fácil, toda vez que venían descartados tanto los facultativos que prestan sus servicios de forma indefinida en hospitales de la Generalitat Valenciana, por ser personal estatutario; como el personal laboral al servicio de la Generalitat, pues su Convenio Colectivo excluye expresamente de su ámbito de aplicación al personal laboral del Servicio Valenciano de Salud. Sin embargo, aceptados como figuras comparables el personal MIR y cualquier otro facultativo con contrato de duración indefinida al servicio de la administración sanitaria autonómica, bastaba encontrar un solo convenio colectivo que previera la retribución de trienios en beneficio de éstos últimos para que la pretensión del personal MIR resultara atendida⁸.

2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA DESPUÉS DEL REAL DECRETO 1146/2006

La entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia del personal MIR⁹, obliga a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana a dar un giro al sentido de sus pronunciamientos recaídos con anterioridad en cuestiones semejantes, pues – tal como reconoce la propia Sala –

⁸ En el caso de la serie de sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana antes referidas, estimatorias de la pretensión del personal MIR al cobro de trienios, fue el Convenio colectivo de trabajo del Consorcio Hospital General Universitario de Valencia (BOP Valencia núm. 28, 03/02/2003) el que sirvió de referencia al prever en su artículo 46 la retribución de la antigüedad – computada por trienios – “entendida como permanencia en la Diputación de Valencia y en el Consorcio Hospital General Universitario de Valencia durante el transcurso del tiempo”.

⁹ Un estudio completo y detallado del mismo en De La Puebla Pinilla, A. M^a: “La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud. Comentario al RD 1146/2006, de 6 de octubre (BOE 7 de octubre de 2006)”, en *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2007, 797-813. Vid. igualmente Cabeza Pereiro, J.: “Las relaciones laborales especiales de los médicos internos residentes y de penados en instituciones penitenciarias”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 141, 2007, 167-189; y García Murcia, J.: “La relación laboral especial de residencia con fines de especialización sanitaria”, en *Derecho y Salud*, vol. 15, núm. extra 1, 2007, 1-8.

“los criterios jurídicos expuestos en aquellas sentencias¹⁰ para estimar las reclamaciones formuladas, deben ser revisados a la luz de la nueva regulación”.

Sin embargo, conviene destacar que dicha revisión no sólo alcanza a los criterios jurídicos aplicables como consecuencia del cambio normativo, sino que el giro jurisprudencial trae causa principalmente de un cambio de planteamiento o enfoque del problema suscitado: si con anterioridad al Real Decreto, el Tribunal Superior valenciano planteaba la pretensión del personal MIR al cobro de trienios en el terreno de la discriminación, tras la entrada en vigor de aquel se advierte un cambio de escenario, pues la controversia se enfoca como un problema de fuentes (determinación de la normativa aplicable y, en particular, activación del principio de supletoriedad), así como desde la perspectiva de la naturaleza del complemento por antigüedad.

El cambio de criterio se opera a través de la adhesión a la doctrina ya asentada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en su sentencia 1057/2007, de 5 de diciembre y otras precedentes¹¹, en las que niega al personal MIR el derecho a la percepción de trienios. La doctrina cántabra suponía, por tanto, una posición frontalmente opuesta a la doctrina jurisprudencial sostenida hasta ese momento por el Tribunal Superior de Justicia valenciano.

La nueva y compartida doctrina toma como punto de partida la naturaleza del complemento salarial por antigüedad, cuyo carácter dispositivo ha sido afirmado por la Jurisprudencia¹². Así se deriva de las remisiones que los artículos 26.3 y 25.1 ET hacen a la negociación colectiva o, en su defecto, al contrato individual para la determinación de la estructura salarial y el establecimiento del complemento de antigüedad como fórmula de satisfacer el derecho a la promoción económica del trabajador. El hecho de no ser mínimo de derecho necesario determina que la previsión del complemento de antigüedad quede reservada a la autonomía de las partes, por lo que en ningún caso el Legislativo o el Ejecutivo podían entenderse obligados a contemplarlo en el desarrollo de la normativa reguladora de las condiciones de trabajo de los médicos internos y residentes en formación.

¹⁰ Como es obvio se refiere a la serie de sentencias estimatorias del derecho a percibir trienios antes referidas en la nota 2.

¹¹ El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria inicia dicha línea jurisprudencial con su sentencia 689/2007, de 18 de julio, seguida por las sentencias 799/2007, de 20 de septiembre, y 827/2007 de 27 de septiembre.

¹² Al respecto vid. STS 9037/1997, de 9 de diciembre de 1997: “el párrafo primero del artículo 25 establece que el complemento posible por antigüedad se devengará en los términos fijados en convenio colectivo o en contrato individual, precisión esta última que evidencia que tal complemento no tiene naturaleza de derecho necesario. Que las partes pueden regular en la forma que estimen conveniente a sus intereses y que habrá de ser satisfecho conforme a lo pactado”.

En efecto, el propio Real Decreto 1146/2006 así como sus antecedentes normativos, son suficientemente reveladores de la intención de dotar al personal MIR de un marco retributivo común, en el que no se prevé necesariamente la figura del complemento de antigüedad por trienios. Así, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, fue la primera en habilitar al Gobierno para regular, mediante real decreto, la relación laboral especial de residencia sin que tal reserva reglamentaria estableciera condicionamiento alguno en cuanto al régimen retributivo. Sí merecieron, por el contrario, mayor atención – por las particularidades que presentan en el seno de la relación laboral de los médicos internos y residentes – otras condiciones de trabajo como: “las peculiaridades de su jornada de trabajo y régimen de descansos, los supuestos de resolución de los contratos cuando no se superen las evaluaciones establecidas, los procedimientos para la revisión de las evaluaciones otorgadas, la duración máxima de los contratos en función de la duración de cada uno de los correspondientes programas formativos, y los supuestos excepcionales para su posible prórroga cuando se produzcan casos, no imputables al interesado, de suspensión de la relación laboral¹³”.

Por su parte, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de Servicios de Salud, volvía a hacer referencia al mandato dirigido al Ejecutivo con motivo de la creación del denominado Foro Marco para el Diálogo Social. Entre las funciones de dicho Foro se incluía la de negociar entre Gobierno y Sindicatos los aspectos relacionados con la relación laboral especial de residencia. Tampoco en esta ocasión se señalaba cautela especial alguna que en el marco de la negociación hubiera que atender en relación con la cuestión salarial; mientras se reiteraba la necesidad de que el Real Decreto regulador de la relación laboral especial de residencia previera “las peculiaridades de la duración de la jornada de trabajo y régimen de descansos de este personal en formación¹⁴”.

Mayor atención merece si cabe la Ley 55/2003, reguladora del Estatuto Marco del Personal Estatutario de Servicios de Salud, por el hecho de establecer en su artículo 42 las retribuciones básicas del personal estatutario; cuya estructura es tomada como referencia por el Real Decreto 1146/2007 para establecer el régimen retributivo del personal MIR, en el que el complemento de antigüedad no es contemplado. En efecto el artículo 7 del Real Decreto fija los conceptos que componen la estructura salarial de los residentes, señalando los siguientes:

¹³ Vid. art. 20 y Disposición Adicional 1ª Ley 44/2003.

¹⁴ Vid. art. 11.4 Ley 55/2003.

“a) Sueldo, cuya cuantía será equivalente a la asignada, en concepto de sueldo base, al personal estatutario de los servicios de salud (...).

b) Complemento de grado de formación, cuya percepción se devengará a partir del segundo curso de formación. Estará destinado a retribuir el nivel de conocimientos así como la progresiva adquisición de responsabilidades en el ejercicio de las tareas asistenciales. (...)

c) Complemento de atención continuada, destinado a remunerar la atención a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada.

d) Se percibirá un plus de residencia en aquellos territorios en los que esté establecido.

2. Dos pagas extraordinarias que se devengarán semestralmente, en los meses de junio y diciembre, abonándose junto al salario correspondiente a dichos meses. El importe de cada una de ellas será, como mínimo, de una mensualidad del sueldo y del complemento de grado de formación”.

De los tres conceptos que componen las retribuciones básicas del personal estatutario (*ex art. 42 Ley 55/2003*) – sueldo base, trienios y pagas extraordinarias – el Real Decreto mantiene sólo dos, eliminando los trienios en el marco de la relación laboral especial de residencia. Como se encarga de recordar la Exposición de Motivos del Real Decreto 1146/2006, la determinación de dicho régimen retributivo trae causa de un amplio consenso en el que, además de los sindicatos, participaron también las administraciones sanitarias autonómicas, como queda patente en “el Acuerdo que de forma unánime se adoptó en el Pleno de la Comisión de Recursos Humanos celebrado el 21 de noviembre de 2005, por el que se aprobó un marco retributivo común para todos los residentes, permitiendo no obstante que en los servicios de salud y demás entidades titulares, dentro de sus competencias, y de acuerdo con las fuentes reguladoras de la relación laboral de carácter especial, puedan establecerse diferencias específicas más adecuadas a sus propias políticas sanitarias”.

Sobre la base del carácter especial de la relación laboral de residencia, y de acuerdo con tales precedentes normativos, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Cantabria y la Comunidad Valenciana concluyen que la ausencia del complemento de antigüedad por trienios de la estructura salarial del personal MIR obedece a una decisión deliberada del legislador delegado, que define en el art. 7 el régimen retributivo de los médicos internos y residentes de forma cerrada, completa y de acuerdo con las particularidades de su relación laboral. Así, la falta de previsión del complemento de antigüedad por trienios no es un supuesto de olvido del legislador o vacío normativo; circunstancias éstas que activarían la aplicación supletoria de la legislación laboral común – el Estatuto de los Trabajadores, en este caso –, tal como pretende la representación del personal laboral MIR en formación.

Sin embargo, el propio Real Decreto 1146/2006 deja bien claro en el apartado cuatro de su artículo 1 su carácter de normativa especial, que habilita la aplicación supletoria o complementaria del ET sólo en los casos de vacío normativo o remisión expresa¹⁵. Tales circunstancias en ningún caso se dan en materia retributiva, por lo que el recurso a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores no estaría justificado bajo ningún concepto, ni siquiera por la vía del derecho a la promoción económica (*ex art. 25 ET*), como bien señala la sentencia del Superior de Cantabria¹⁶.

Planteada, entonces, la cuestión en el terreno de las fuentes, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana llega a una conclusión clara y contundente en sentido desestimatorio del derecho a la percepción de trienios del personal MIR. En la medida en que su normativa específica no lo prevé, no cabe la aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores y tampoco consta la previsión del complemento de antigüedad en ningún Convenio Colectivo aplicable ni en los correspondientes contratos de trabajo individuales de los médicos internos y residentes. Como se señalaba anteriormente, se pone fin de esta forma a una incómoda situación de discrepancia entre los dos Tribunales Superiores que planteaba serios problemas desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, además de afectar indirectamente a la prestación de un servicio público esencial como es la asistencia sanitaria.

3. LA ASUNCIÓN PARCIAL DE LA DOCTRINA CÁNTABRA

Siendo la cuestión del marco normativo aplicable un argumento suficientemente determinante como para fundar por sí solo la negación del derecho a la

¹⁵ El art. 1.4 RD establece las fuentes normativas que regularán la relación laboral especial del personal MIR, señalando que “Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral de carácter especial de residencia se regularán por este Real Decreto y, con carácter supletorio, por el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por la demás legislación laboral que le sea de aplicación, por los convenios colectivos y por la voluntad de las partes manifestada en los contratos de trabajo, sin que en ningún caso se puedan establecer en ellos condiciones menos favorables al trabajador o contrarias a las previstas en las disposiciones legales y convenios colectivos antes referidos”.

¹⁶ Vid. F.J. Tercero STSJ Cantabria 1057/2007, de 5 de diciembre: “Ciertamente que, como se ha dicho, el artículo 25.1 del Estatuto de los Trabajadores establece el derecho de los trabajadores a una promoción económica, en función del trabajo desarrollado, en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual, pero no por ello, y en base exclusivamente a tal precepto, puede serle reconocido a las demandantes el complemento de antigüedad reclamado, cuando el mismo no se encuentra expresamente previsto en el contrato de trabajo, (...) y tampoco le es de aplicación el VII Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria (...)”.

percepción de los trienios, llama la atención, sin embargo, que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana no haga referencia alguna a la línea argumental que había seguido en ocasiones anteriores, obviando totalmente la perspectiva del principio de igualdad que en la línea interpretativa anterior resultaba clave.

Por ese motivo este comentario no puede analizar de forma aislada la Sentencia 1863/2008, de 5 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sino que debe contemplarla en relación con la doctrina del Tribunal Superior de Cantabria de la que se sirve – como se expondrá a continuación – sólo de forma parcial.

En efecto, el Superior valenciano hace una asunción parcial de la argumentación de la Sala de lo Social de su homólogo cántabro, pues este último sí aborda la controversia planteada en relación a la percepción de trienios desde la perspectiva del principio de igualdad de trato de los médicos internos y residentes en materia retributiva. Sin embargo, el cambio de criterio jurisprudencial en Valencia se hace depender exclusivamente de la entrada en vigor de la nueva normativa reguladora de la relación laboral del personal MIR, haciendo propios los argumentos del Tribunal Superior cántabro en los términos expuestos anteriormente, pero obviando por completo su discurso relativo a la aplicación del principio de igualdad de trato; el cual choca frontalmente con lo mantenido anteriormente por el Tribunal Superior valenciano en el mismo terreno.

Al margen de otras perspectivas, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria analiza la controversia también desde la perspectiva de la discriminación¹⁷, haciéndose el mismo planteamiento que se hacía el Superior valenciano en sus sentencias anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006, pero resolviéndolo en sentido contrario: esto es, negando el derecho a la percepción de los trienios al no considerar comparable la figura del personal MIR y la de otros facultativos con contrato de duración indefinida. La diversidad y singularidad de las actividades laborales desempeñadas por los médicos internos y residentes, que explican su consideración como relación laboral de carácter especial, justifican objetiva y razonablemente la diferencia de trato en materia retributiva y evitan, por tanto, la comparación con otras figuras profesionales – laborales o estatutarias – de carácter indefinido en los servicios públicos de salud.

Podría concluirse, por tanto, que la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia no se desdice en puridad de su doctrina anterior, sino

¹⁷ Vid. F.J. 2º STSJ Cantabria 1057/2007, de 5 de diciembre.

que – a partir de la sentencia 1863/2008, de 5 de junio – comienza a manejar un criterio decisorio diferente, que viene dado por un cambio normativo que confirma la especialidad de la regulación de las condiciones de trabajo del personal MIR en formación; en particular, de su régimen retributivo.

Conviene, igualmente, destacar que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que sirve de referencia para el cambio de criterio del Superior valenciano, se construye con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto regulador de la relación laboral especial de residencia. Es probable que, concedora de la primera serie de pronunciamientos emanada del órgano valenciano, la Sala de lo Social del Superior cántabro creyera conveniente rebatir el argumento sobre el que se había resuelto el reconocimiento del derecho a trienios del personal MIR antes de la entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006. Sin embargo, resulta difícilmente explicable que el órgano que modifica de forma substancial su doctrina no haga mención alguna a los criterios sostenidos con anterioridad, llegando incluso a omitir aquella parte de la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria relativa al principio de igualdad de trato, mientras el resto de dicha argumentación lo hace suyo de forma íntegra¹⁸.

Más allá de la contundencia de los nuevos criterios que determinan la negación del complemento de antigüedad en beneficio del personal MIR, lo cierto es que – en cumplimiento de un elemental deber de coherencia y sistemática – hubiera sido conveniente que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana hiciera alguna referencia a la línea argumental que ahora abandona. El hecho de no hacerlo y de obviar precisamente la parte del razonamiento cántabro que afecta directamente a su doctrina anterior, genera ciertas dudas sobre la posición que la Sala de lo Social del Superior valenciano adopta respecto a la relación laboral del personal MIR, su naturaleza y las posibilidades de comparación con figuras contractuales indefinidas a través de las que prestan sus servicios profesionales otros facultativos al servicio de las administraciones sanitarias autonómicas.

Desde la perspectiva del Tribunal valenciano, la entrada en vigor del Real Decreto 1146/2006 constituye un factor decisivo de su giro jurisprudencial, pues al catalogar la relación laboral del personal MIR como una relación laboral especial al amparo del artículo 2.1.i) ET, deja de plantearse la controversia en el terreno del principio de igualdad de trato, por lo que tampoco ha lugar la comparación con otras figuras contractuales más o menos cercanas, y

¹⁸ Vid. apartado 6 de los Fundamentos de Derecho de la STSJ Valencia 1863/2008, de 5 de junio.

gran parte de la regulación de sus condiciones de trabajo se encuentra establecida fuera del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, debe señalarse que no era estrictamente necesario este reconocimiento formal de la naturaleza especial de la relación laboral de los médicos internos y residentes para advertir la existencia de características singulares y propias que la distanciaban de las relaciones laborales ordinarias, pudiendo justificar incluso diferencias de trato de forma objetiva y razonable.

La declaración del carácter especial de la relación laboral del personal MIR por la Ley 44/2003 y su posterior regulación por el Real Decreto 1146/2006 suponen un indudable avance en términos de seguridad jurídica de las condiciones de trabajo de dicho personal. En este sentido, tal circunstancia constituye un contundente argumento formal que permite al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dirimir la cuestión de los trienios al margen de la compleja dinámica del principio de igualdad. Sin embargo, no debe pasarse por alto el hecho que tras esa cuestión formal subyace una cuestión material de mucho más calado que la Sala de lo Social parece evitar: la compleja naturaleza de la relación laboral de los médicos internos y residentes y su doble contenido formativo y laboral¹⁹. Planteada en estos términos la controversia relativa a la percepción de los trienios, hubiera podido justificarse su negación incluso con anterioridad a la entrada en vigor del propio Real Decreto 1146/2006.

4. CONCLUSIONES: EL ELEMENTO FORMATIVO COMO FUNDAMENTO DEL CARÁCTER ESPECIAL DE LA RELACIÓN DE RESIDENCIA

La delimitación entre el trabajo y la formación no ha sido nunca tarea fácil. Al margen de su estrecha relación de complementariedad – trabajar forma del mismo modo que las personas se forman para trabajar –, la concurrencia de ambas actividades en la misma relación plantea un importante problema de adscripción normativa²⁰. En el caso del personal MIR la elección resultaba aún

¹⁹ Conviene recordar que también en la serie de sentencias anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto, la Sala de lo Social del TSJ de Valencia evitaba entrar en el fondo de la naturaleza de la relación laboral del personal MIR, pues planteaba su comparación con otras figuras contractuales sin detenerse a analizar en profundidad el objeto y causa de los contratos de trabajo de los médicos internos y residentes.

²⁰ Para un estudio más detenido sobre la concurrencia simultánea de formación y trabajo en una misma relación jurídica vid. Fernández Márquez, O.: “Nuevas normas sobre los becarios y el personal sanitario residente: otra ocasión para la reflexión sobre el trabajo formativo”, en *Temas Laborales*, núm. 74, 2004, 11-42.

más compleja pues, además de los estatutos laboral y formativo, podría también plantearse la aplicación de ciertos aspectos del marco normativo del personal estatutario con el que los médicos internos y residentes guardan una particular relación de proximidad.

A pesar de que con anterioridad a la Ley 44/2003 y al Real Decreto 1146/2006, se había ya declarado el carácter laboral de la relación contractual de los residentes y su exclusión del régimen estatutario del personal sanitario²¹, el nivel de conflictividad generado en este ámbito resultaba elevado debido a la dificultad de conciliar la legislación laboral común con las peculiaridades de la organización de los centros sanitarios, la doble dimensión formativa y laboral de los residentes e incluso las particularidades de las diversas políticas sanitarias autonómicas.

De los diversos rasgos que fundamentan la especialidad de la relación laboral del personal MIR, el elemento formativo es con toda probabilidad el más determinante²². La conexión entre el trabajo y la formación es clara en el personal MIR, como se encarga de poner de manifiesto la Ley 44/2003 al señalar que “la formación de Especialistas en Ciencias de la Salud implicará tanto una formación teórica y práctica como una participación personal y progresiva del especialista en formación en la actividad y en las responsabilidades propias de la especialidad de que se trate” (art. 20.1) o, en otros términos, se habla tanto de la realización de un “programa formativo”, como de la “actividad profesional de los residentes” (art. 20.3a y 20.3b). Así, el sistema de residencia constituye una “formación reglada y de carácter oficial” (art. 15), en la que se asume que la prestación de trabajo sanitario – la actividad profesional – es el instrumento fundamental de la misma. Resulta, por tanto, evidente que en la relación del personal sanitario en formación mediante el sistema de residencia coexisten una causa formativa (la formación como especialista) y una causa laboral (la prestación de servicios sanitarios profesionales en el centro

²¹ Como ya se indicó anteriormente, fue el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, la norma que declaró la naturaleza laboral de su relación contractual y su no sometimiento al régimen estatutario del personal sanitario. Para un análisis detenido del contrato de trabajo de los médicos internos y residentes a la luz de dicha normativa vid. Goerlich Peset, J.M.: “Los médicos residentes: un supuesto especial de contrato en prácticas”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 45, 1991, 51-84. Por su parte, la Jurisprudencia ha venido afirmando reiteradamente ese carácter laboral, como se deriva de las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1991 y de 10 de enero de 2005, entre otras.

²² Prueba de ello es que el elemento formativo presente en la relación laboral del personal MIR ha sido uno de los factores que el Tribunal Supremo ha manejado para excluir al personal residente del ámbito de aplicación de los Convenios Colectivos para el personal laboral dependiente de las Comunidades Autónomas. En este sentido vid. SSTS de 9 de diciembre de 2004, de 10 de enero de 2005 o la de 7 de julio de 2006).

acreditado a cambio una retribución salarial), de donde se deriva la necesidad de cohesión dos estatutos jurídicos en la misma relación.

El elemento formativo ha estado siempre presente en la relación de trabajo de los residentes, integrando y condicionando la dimensión jurídico-laboral de la misma y, en consecuencia, caracterizándola y distinguiéndola frente a otras relaciones laborales o estatutarias de facultativos al servicio de la administración sanitaria. Como se apuntaba anteriormente, tales circunstancias podrían haber sido suficientes para justificar diferencias de trato no discriminatorias frente a otro tipo de personal sanitario. No obstante, es cierto que la Ley 44/2003 y el Real Decreto 1146/2006 han supuesto un avance substancial al dar respuesta a una necesidad ineludible: reconocer y precisar la trascendencia jurídica de las características especiales de la relación de los residentes y dotarlos de una regulación específica y homogénea de sus derechos y deberes laborales.

Como no podría ser de otra forma, en el Real Decreto 1146/2006, regulador de la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, se deja sentir con particular intensidad la impronta formativa que la caracteriza²³. Así puede advertirse en numerosas materias y elementos del contrato de trabajo como la configuración de los derechos y deberes de los residentes, que se encuentran claramente vinculados con los aspectos formativos del mismo (piénsese, por ejemplo, en el principio de dedicación a tiempo completo); el régimen de suspensión o extinción del contrato, condicionado por la consecución de los objetivos formativos del mismo; el régimen disciplinario del personal de residencia, que presta especial atención a los incumplimientos de deberes formativos; o bien, el carácter necesariamente temporal de la relación laboral de residencia.

En relación con el tema objeto de la controversia resuelta por las sentencias referidas en este comentario, cabe advertir igualmente la incidencia del componente formativo en la regulación del régimen retributivo del personal MIR. Así, más allá de la deliberada falta de previsión del complemento de antigüedad por trienios entre los componentes de la estructura salarial de los

²³ No obstante, conviene precisar que las cuestiones relativas a los ámbitos docente, formativo y científico-investigador quedan fuera del objeto de la norma reglamentaria, que se ciñe a las cuestiones laborales, por lo que tales materias deberán ser objeto de regulación separada en normas específicas. En este sentido, algunas de las organizaciones consultadas en el expediente previo al Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto regulador de la relación laboral especial del personal MIR, pusieron de manifiesto la conveniencia de intentar arbitrar una regulación simultánea de los aspectos laborales y formativos que finalmente no se ha llevado a cabo. Vid. Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, aprobado el 28 de septiembre de 2006. Expediente núm. 1717/2006, pág. 6.

médicos internos y residentes (*ex art. 7 Real Decreto 1146/2006*), cumple llamar la atención sobre la previsión de un complemento específico – el complemento de grado de formación – cuya percepción se devengará a partir del segundo curso de formación, y que se destina a retribuir no sólo el tiempo de permanencia sino también el desempeño en términos de nivel de conocimientos, así como de progresiva adquisición de responsabilidades en el ejercicio de las tareas asistenciales. La configuración de un complemento salarial de tales características supera con creces la limitada finalidad del complemento de antigüedad²⁴, a la vez que resulta mucho más coherente con la doble naturaleza – formativa y laboral – de la relación contractual del personal MIR.

Un planteamiento distinto en relación con el complemento de antigüedad hubiera sido la previsión del cómputo del tiempo de residencia a efectos de la percepción de dicho complemento en caso de acceso a una relación estatutaria o a una relación laboral de carácter indefinido al término de la relación laboral especial de residencia, siempre que el facultativo continuara prestando sus servicios para la misma administración o centro sanitario. Sin embargo, no se contempla ninguna previsión de tales características en el Real Decreto 1146/2006, ni en la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de Servicios de Salud; cosa que sí hacía la normativa que históricamente regulaba los aspectos retributivos de los médicos internos y residentes, como se encarga de señalar el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en su sentencia 689/2007, de 18 de julio, al recordar que el devengo de trienios se encontraba supeditado a la adquisición de la condición de fijo de plantilla²⁵.

Por último, es menester destacar brevemente que el elemento formativo no es el único rasgo determinante del carácter especial de la relación laboral de residencia que incide, a su vez, en la regulación del contrato de trabajo del personal MIR. Junto a aquel elemento, el contenido asistencial de la prestación y su desarrollo en centros sanitarios, que deben ofrecer determinados servicios a los usuarios de forma permanente y continuada, explican que algunos aspectos esenciales de la relación laboral, como es la organización de la jornada y el horario de trabajo, se regulen siguiendo las pautas que al respecto marca la normativa específica aplicable al personal estatutario de los Servicios de Salud.

²⁴ El complemento de antigüedad retribuye la mera permanencia en la empresa sin introducir criterio modulador alguno como podría ser la productividad.

²⁵ Así resultaba de lo dispuesto en el artículo 38 de la Orden de 8 de agosto de 1986, que establece que las retribuciones a percibir por el personal contratado tanto de los eventuales como de los interinos, serán las mismas que las del personal de plantilla de su misma categoría que desempeñe la misma función, con excepción de los complementos personales y del premio de antigüedad; de tal manera que el premio de antigüedad que se reconocía al personal de las instituciones sanitarias nacía hacia el futuro. Vid. F.J. 4º de la sentencia referida.

**LA JUBILACIÓN FORZOSA: CAUSA DE EXTINCIÓN
DE LA RELACIÓN LABORAL Y SU VINCULACIÓN
CON LA POLÍTICA DE EMPLEO**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social),
de 22 de diciembre de 2008*

MANUEL GARCÍA MUÑOZ*

SUPUESTO DE HECHO: El artículo 156 del III Convenio Colectivo de AENA establecía la extinción del contrato de trabajo al cumplir el empleado la edad de 65 años, siempre que el trabajador reuniera los requisitos para acceder a la prestación de jubilación. No obstante, en atención a la doctrina del Tribunal Supremo (TS) contenida en la Sentencia de 9 de marzo de 2004, que, en síntesis, negaba la posibilidad, ante la ausencia de habilitación legal, de que los convenios colectivos pudieran recoger cláusulas con este u otro contenido similar, la empresa no aplicó provisionalmente esta disposición, aceptando la previa solicitud de uno de sus trabajadores de no extinguir su relación laboral en la fecha de cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, acontecida el 3 de marzo de 2005. Escasamente, tres meses más tarde, la Disposición Transitoria Única, de la ley 14/2005, de 1 de julio, revistió de validez las cláusulas de este tenor recogidas en los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley. Así pues, con esta cobertura legal, la empresa comunicó al trabajador el cese de sus servicios, por jubilación, con fecha de efectos el 15 de septiembre de 2005, ordenándose el abono de las cantidades correspondientes a sus derechos consolidados en el Plan de Pensiones de AENA para su ingreso en el Fondo de Pensiones, con objeto de que pudiera retirarlos en los términos establecidos en su reglamento de desarrollo. Igualmente, y debido a la condición del trabajador de miembro del Comité de Centro por el sindicato ASEPAM, se le facilitó a una tarjeta de acceso permanente a

* Profesor Contratado Doctor del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

las dependencias de la empresa, para que pudiera continuar desarrollando las funciones representativas.

El trabajador, disconforme con la actuación de la empresa, planteó la correspondiente demanda por despido, que fue desestimada por sentencia de fecha 26 de diciembre de 2006 dictada por el Juzgado de lo Social número 31 de Madrid. Frente a esta resolución, el demandante interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que, tras los trámites oportunos, lo estimo y declaró que el cese del actor constituía despido improcedente, imponiéndose los pronunciamientos relativos a la readmisión del actor, la indemnización correspondiente, en su caso, y los salarios de tramitación.

La empresa no compartió este fallo y, consecuentemente, planteó ante el Tribunal Supremo (TS) recurso para la unificación de doctrina, aportando como sentencia de contratante la dictada, con fecha 30 de enero de 2006, por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en la que, sobre hechos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegó a un pronunciamiento distinto. Efectivamente, el supuesto de referencia recoge el cese del trabajador al cumplir la edad de jubilación, mediante la aplicación del convenio colectivo, celebrado antes de la entrada en vigor de la Ley 14/2005, de 1 de julio, que preveía la terminación del contrato de trabajo respecto de los trabajadores que cumplieran la edad de 65 años, y los requisitos exigidos para causar la pensión de jubilación. Igualmente, este trabajador demanda a su empleador por despido, pero el Tribunal declara que la extinción de la relación laboral no constituye despido, sino únicamente aplicación del contenido del convenio colectivo y, por tanto, confirma ajustada a la legalidad la actuación extintiva empresarial.

RESUMEN: La doctrina expresada en sentencia de 22 de diciembre de 2008 (Recurso 856/2007) continúa la línea iniciada por el TS en la sentencia de 9 de marzo de 2005 sobre la configuración jurídica de la denominada “jubilación forzosa”, en la que declaraba que, tras la derogación de la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores (ET), no era posible pactar en convenio colectivo la jubilación forzosa de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, al no existir un habilitación legal expresa que la permitiera. En la presente sentencia, el TS igualmente se inclina por una interpretación restrictiva sobre esta figura, considerando, en definitiva, que la extinción de la relación de trabajo, motivada por cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación y los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para causar la pensión por esta contingencia, solamente es posible si está vinculada a los objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo. A esta conclusión llega el Tribunal, al analizar el supuesto concreto sometido a su enjuiciamiento, en el que, por el contrario, sostenía la parte recurrente que solamente era necesario que se garantizara al trabajador

afectado por la extinción que reuniera los requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la prestación por jubilación en su modalidad contributiva, de acuerdo con la Disposición Transitoria Única de la Ley 14/2005, de 1 de julio, que consideró válidas las cláusulas sobre jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley, que respetaran esta última exigencia.

La argumentación del TS que avala esta conclusión se asienta, como expone la sentencia, en una interpretación histórica, sistemática y finalista de la Disposición Única estudiada, pues una interpretación estrictamente literal, como la que se propone, supondría una vulneración del principio de igualdad por no estar justificada objetiva y razonablemente o por desproporcionada. Asimismo, esta interpretación no contraviene el equilibrio interno del convenio, como se alega en el recurso, ya que no se puede predicar un equilibrio o contraprestación respecto de una cláusula ilegal, que hasta la fecha de la entrada en vigor de la citada Disposición Transitoria Única no contaba con el apoyo del legislador para imponer el cese de los trabajadores por cumplir la edad de jubilación ni, además, se compadece con los precedentes jurisprudenciales que, por el contrario, proclaman una solución inversa a la alegada en el recurso. Finalmente, recoge la sentencia que, pese a no invocarse explícitamente por las partes, debe señalarse que la naturaleza pública de la entidad empleadora no puede desvirtuar los criterios enunciados, puesto que el legislador no ha excluido a las entidades de esta naturaleza de la aplicación de la exigencia de vincular el cese forzoso del trabajador en edad de jubilación ordinaria con la política de empleo.

No obstante esta última precisión, la sentencia finaliza con el voto particular de un Magistrado, al que se adhiere otro Magistrado, que acoge la argumentación expuesta en el voto particular formulado en otro recurso anterior, a la que, para impedir reiteraciones, se remite y que considera aplicable a los organismos públicos la Leyes de Presupuestos y reglamentos que disciplinan las ofertas anuales de empleo público.

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES AL CRITERIO UNIFICADO
 - 1.1. Primera etapa: instauración
 - 1.2. Segunda etapa: modificación
 - 1.3. Tercera etapa: supresión
 - 1.4. Cuarta etapa: reincorporación.
2. ELEMENTOS ARGUMENTATIVOS DEL CRITERIO UNIFICADO SOBRE LA JUBILACIÓN FORZOZA ESTABLECIDA EN CONVENIO COLECTIVO
 - 2.1. Vigencia de la cláusula del convenio colectivo y vigencia de la ley
 - 2.2. Nuevas exigencias de la ley sobre el establecimiento en convenio colectivo de la jubilación forzosa
 - 2.3. Naturaleza pública de la entidad empleadora
3. JUBILACIÓN FORZOZA COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES AL CRITERIO UNIFICADO

En la evolución de la institución de la jubilación forzosa, desde su regulación en la versión original del ET, aprobado por la Ley 10/1980, de 8 de marzo, hasta la actualidad, se pueden distinguir las siguientes etapas: instauración, modificación, supresión y reincorporación.

1.1. Primera etapa: instauración

La Disposición Adicional 5ª del ET, en primer lugar, regulaba como una causa más de extinción de la relación de trabajo, el cumplimiento de una edad concreta por el trabajador, establecida legalmente como máximo a los sesenta y nueve años. En segundo lugar, habilitaba al Gobierno para que pudiera fijar, una u otras edades de extinción, pero no libremente, sino condicionada, de un lado, a las disponibilidades –seguramente, financieras– de la Seguridad Social y, de otro, a la situación –población activa y tasa de ocupación por edades– del mercado de trabajo, sin poder superar, en ningún caso, la edad máxima establecida legalmente. En tercer lugar, facultaba a la negociación colectiva para que pudiera acordar libremente edades de jubilación, es decir, sin estar sometidas a ningún límite máximo, sino en función de las condiciones de los distintos sectores y actividades económicas, a los distintos segmentos de edades ocupados y al recambio generacional de trabajadores experimentado, sin que ello pudiera suponer modificación alguna en lo previsto en la legislación de Seguridad Social sobre la edad de jubilación.

Sin embargo, la vigencia de esta norma pronto se condicionó a una interpretación concreta, señalada por el Tribunal Constitucional (TC), en su Sentencia 22/1981, de 2 de julio, en la que se declaraba la inconstitucionalidad

de su contenido, en los términos expresados, a no ser que el trabajador afectado por la extinción de la relación laboral reuniera los requisitos para acceder a la prestación de jubilación y su aplicación tuviera la finalidad de fomentar el empleo. Así pues, según el máximo intérprete de la Constitución (CE), la inconstitucionalidad de la Disposición Adicional 5ª del ET derivaba, fundamentalmente, de que se establecía por imposición legal una causa de ineptitud para prestar trabajo por cuenta ajena, basada únicamente en el cumplimiento de una determinada edad que, sin base constitucional, anulaba de hecho el contenido esencial del derecho a trabajo. Y sin que, además, esta limitación al derecho al trabajo pudiera justificarse por ser el resultado de una medida protectora a la tercera edad, consistente en introducir un beneficio para los trabajadores que la alcanzan, ya que la jubilación forzosa se caracteriza “por su obligatoriedad y su radicalidad o falta de progresividad”, y no por su la voluntariedad y la progresividad que son las notas que realmente la configuran como acción positiva para este segmento de la población activa.

No obstante, el TC el señalaba que, pese a estas razones, la institución de la jubilación forzosa podría tener encaje en el ámbito de la norma máxima, puesto que la citada limitación al derecho al trabajo que supone la fijación de edad máxima para trabajar puede justificarse si proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro; lo que sucede si no conlleva la amortización del puesto de trabajo ocupado por el trabajador, cuya relación laboral se extingue al cumplir una determinada edad, siempre que reúna los requisitos para causar la prestación de jubilación. De este modo, concluía el TC, que la previsión de la jubilación forzosa, como causa de extinción del contrato de trabajo, solamente podría superar el control de constitucionalidad se interpretara conjugando los siguientes condicionantes: 1) facultad del legislador (legal y reglamentario) y de la negociación colectiva para fijar edades de jubilación forzosa; 2) posibilidad de acceso del trabajador afectado a la prestación de jubilación (compensación de la limitación); 3) finalidad de política de empleo (fomento de la ocupación).

Asimismo, el TC, en la sentencia 58/1985, de 30 de abril, reiteraba la facultad de la negociación colectiva para fijar edades de jubilación forzosa con los condicionantes anteriormente expuestos, en tanto que no vulnera ningún derecho constitucional la limitación al derecho al trabajo que supone la jubilación forzosa establecida en convenio colectivo, ni contradice la adecuada relación entre la autonomía colectiva y la individual. Ello se debe, concluía el TC, a que es ley la que determina la extensión de los derechos individuales y el ámbito de actuación de la negociación colectiva, de modo que no es inconstitucional que el convenio colectivo pueda fijar un límite temporal al derecho individual al trabajo, siempre que se establezca con compensación para el trabajador afectado, como sucede, en este caso, al poder percibir la pensión de jubilación.

En consecuencia, la doctrina del TC precisaba que ni la ley ni el reglamento ni la negociación colectiva encontraban ningún impedimento de carácter constitucional para poder establecer, en sus respectivos ámbitos y con los condicionantes del fomento del empleo y de la compensación del perjuicio al trabajador afectado, la jubilación forzosa. Sin embargo, en ningún caso hizo uso de la facultad atribuida por la ley, en este marco constitucional, para imponer edades de jubilación forzosa por le legislador legal o reglamentario. En cambio, si se materializó esta facultad por la negociación colectiva, que, desde un primer momento, recogió en sus textos convencionales edades máxima de jubilación obligatoria.

1.2. Segunda etapa: modificación

La modificación, más formal que sustancial, de la institución de la jubilación forzosa, se produce con la refundición del contenido del ET, en la que el legislador se limitó a adaptar la redacción de la originaria Disposición Adicional 5ª a las condiciones que sustentaban la interpretación del TC sobre la adecuación de esta institución a la norma máxima. Como resultado, el Texto Refundido del ET, de 24 de marzo de 1995, recogió una nueva Disposición Adicional 10ª, en la que se establecían las habilitaciones y condiciones legales para que el cumplimiento de una determinada edad pudiera ser causa de extinción del contrato de trabajo. Concretamente, la norma reproducía literalmente los términos de la primigenia Disposición Adicional 5ª –*“La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia por la jubilación. En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos–*, con el añadido para su ajuste constitucional, *“dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo”*.

Esta nueva redacción, en su aplicación práctica, no supuso cambio alguno respecto a al situación anterior, pues el Gobierno continuó sin utilizar la habilitación legal para establecer edades de jubilación forzosa y la negociación colectiva siguió pactándolas en sus respectivos ámbitos.

1.3. Tercera etapa: supresión

La eliminación de la nueva Disposición Adicional 10ª, efectuada por la Disposición derogatoria del Real Decreto–Ley 5/2001, de 2 de marzo, de

Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo, transformado acto seguido en la Ley 12/2001, de 9 de julio, de igual denominación, generó no pocas dudas acerca, sobre todo, de la posibilidad de establecer en convenio colectivo edades y condiciones de jubilación obligatoria. Como no podía ser de otro modo, las respuestas doctrinales y judiciales fueron diversas y de sentido contrario. Así, una parte de la doctrina científica y judicial sostenía, en síntesis, que la derogación de la mencionada Disposición únicamente significaba una deslegalización de la materia, pero no prohibía que la negociación colectiva pudiera pactar como causa de extinción de la relación laboral el cumplimiento de una determinada edad. En cambio, otra posición doctrinal y judicial consideraba, básicamente, que la derogación de la Disposición Adicional 10ª del ET eliminaba la posibilidad de que por convenio colectivo pudiera establecerse edades de jubilación forzosa, en tanto que su contenido tenía carácter constitutivo y no simplemente declarativo.

El TS, con sus sentencias de 9 de marzo de 2004 (recursos 765/03 y 2913/03), puso fin a la dialéctica doctrinal, al menos en el plano judicial, al considerar correcta la interpretación jurídica que rechazaba la capacidad de la negociación colectiva para pactar edades de jubilación forzosa, con posterioridad a la derogación de la Disposición Adicional 10ª del ET, puesto que, si se admitiera se estaría discriminando precisamente por motivo de edad y estaría limitando un derecho objeto de reserva de ley, como es el derecho al trabajo por mandato constitucional. Además, las circunstancias del mercado laboral en la fecha de la derogación no eran coincidentes con las de los años ochenta, dirigiéndose en esos momentos la política económica y social a introducir criterios de flexibilidad en la edad de jubilación para que se pueda acceder de forma gradual y progresiva, facilitándose incluso la compatibilidad entre trabajo y pensión, en la línea marcada en el ámbito de la Unión Europea, como se deduce, por ejemplo, de la Directiva 78/2000, de 27 de noviembre, transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

1.4. Cuarta etapa: reincorporación

La última etapa, en la que se produce, por la Ley 14/2005, de 1 de julio, la reincorporación de la Disposición Adicional 10ª al ET, aunque no en sus mismos términos, se caracteriza porque nuevamente se faculta a la negociación colectiva no para que pueda pactar libremente edades de jubilación, sino para que pueda establecer la extinción del contrato de trabajo, al alcanzar el trabajador la edad ordinaria de jubilación, fijada por la legislación de Seguridad Social a los sesenta y cinco años. No obstante, del mismo modo que en su versión anterior, no se configura esta causa de extinción de forma directa e incondicionada sino que, de un lado, continúa conectada a la política de

empleo, de forma particularmente vinculada a los objetivos coherentes con esta política expresados en el convenio colectivo, como *“la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”*. Con ello, se favorece que la jubilación forzosa, como instrumento de política de empleo, no se centre únicamente en el mantenimiento cuantitativo del empleo, mediante la prohibición de los puestos de trabajo dejados vacantes por los trabajadores que se jubilan obligatoriamente, sino que se procure su aumento, su estabilidad o su calidad. De otro lado, esta causa de extinción, igualmente, debe estar compensada en su aplicación, imponiéndose que únicamente puede afectar a los trabajadores que acrediten el cumplimiento de los requisitos para causar la prestación de jubilación de Seguridad Social, en su modalidad contributiva. Concretamente, que acredite el cumplimiento del período de carencia mínimo o, a diferencia de la regulación precedente, uno mayor, si así se pacta en el convenio colectivo, reforzándose con ello la posición jurídica del trabajador que extingue su relación laboral por esta causa. En consecuencia, la nueva regulación de la jubilación forzosa no sólo observa los presupuestos jurídicos expresados por el TC a principios de la década de los ochenta, sino que en buena medida los supera. Finalmente, también como diferencia respecto a la anterior redacción de la Disposición Adicional 10ª del ET, no se mantiene la habilitación al Gobierno para que pueda establecer edades máximas de extinción del contrato de trabajo con los mismos condicionantes que la negociación colectiva, probablemente por su falta de utilización durante el período en que estuvo vigente, así como por considerarse que la jubilación forzosa puede ser regulada más efectivamente por la negociación colectiva, al circunscribir su ámbito de aplicación a cada sector o actividad específicamente.

Asimismo, Ley 14/2005, de 1 de julio, con objeto de ofrecer una cierta seguridad jurídica a las situaciones originadas durante el período de tiempo en que estuvo derogada la Disposición Adicional 10ª del ET, regularizó *ope legis* las cláusulas introducidas en los convenio colectivos pactados en ese período que hubieran establecido la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación. En este sentido, su Disposición Transitoria Única dispuso que estas cláusulas *“se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva”*, precisando, a continuación, que esta medida no produciría efecto alguno sobre las situaciones que hubieran alcanzado firmeza antes de la entrada en vigor de la Ley 14/2005, de

1 de julio. No obstante, esta norma no evitó que, igualmente, surgieran problemas interpretativos acerca de su alcance, puesto que se cuestionó si las mencionadas cláusulas eran válidas. En todo caso, si sólo se ajustaban al tenor literal de esta Disposición Transitoria o si, por el contrario, debían acomodarse también al contenido de la Disposición Adicional 10ª del ET que la ley introducía. Los pronunciamientos judiciales, igualmente, fueron contradictorios, al considerar válida tanto una como otra interpretación.

Nuevamente, por tanto, el TS ha tenido que intervenir, en su función unificadora de la doctrina jurisprudencial, para resolver la contradicción originada, ofreciendo, en la sentencia objeto de este comentario, los argumentos que permiten concluir la doctrina justada a derecho sobre esta cuestión.

2. ELEMENTOS ARGUMENTATIVOS DEL CRITERIO UNIFICADO SOBRE LA JUBILACIÓN FORZOZA ESTABLECIDA EN CONVENIO COLECTIVO

Efectivamente, en la sentencia de 22 de diciembre de 2008, dictada en el recurso 856/2007 (igualmente en la dictada el mismo día en el recurso 3460/2006), el TS expone las razones jurídicas que permiten alcanzar la conclusión de que la cláusulas de los convenios colectivos sobre jubilación forzosa celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/2005, de 1 de julio, deben observar los presupuestos exigidos en la Disposición Adicional 10ª del ET incorporada por la mencionada ley. No obstante, en nuestra opinión, la trascendencia de esta sentencia no se limita a la resolución de la contradicción judicial creada en torno a extensión de la Disposición Transitoria Única de la citada ley, sino que, además, avanza la interpretación ajustada a derecho sobre el alcance de la recuperada Disposición Adicional 10ª del ET.

El TS, antes de exponer las razones que sustentan la resolución de la cuestión planteada, enumera determinadas consideraciones previas, tanto formales como sustantivas, para enmarcar el supuesto sometido a su examen. Así, tras comprobar la acreditación de la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, mediante la constatación de la existencia de contradicción entre la resolución judicial que se impugna y la resolución judicial de referencia, esboza un relato histórico, normativo y jurisprudencial sobre la extinción forzosa del contrato de trabajo por cumplir el trabajador la edad de acceso a la prestación de jubilación de la Seguridad Social (en términos similares a los expresados en el epígrafe anterior). Igualmente, con carácter previo, señala que la cuestión debatida no ofrece una respuesta clara, existiendo argumentos a favor de una u otra conclusión, dependiendo de los criterios inter-

pretativos que se utilicen y de los expresados por el TC y por Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. En este sentido, el TS, de un lado, rechaza una interpretación estrictamente literal de la Disposición legal discutida (Disposición Transitoria Única de la Ley 14/2005, de 1 de julio), puesto que, si bien llevaría a entender que la exigencia legal establecida para los convenios colectivos pactados con anterioridad a la entrada en vigor de esta disposición, se limitaría a que el trabajador afectado por el cese tuviera derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, no casa con los criterios interpretativos históricos, sistemáticos y finalísticos sobre la misma, que expresan, de acuerdo con la Disposición Adicional 10ª del ET, introducido por la Ley 14/2005, de 1 de julio, que el cese debe estar conectado a los objetivos de política de empleo que debe contener la norma colectiva. Asimismo, realiza un excursus sobre la jurisprudencia comunitaria vertida sobre la mencionada Disposición Transitoria Única (Asunto Palacios de la Villa, STJCE\2007\272, de 16 de octubre), que sostiene que la falta de referencia formal al objetivo de la política de empleo no supone por sí sola la exclusión de la posibilidad de que la medida esté justificada a la luz de dicha disposición, ya que otros elementos del contexto general de la misma pueden permitir la identificación del objetivo que se pretende, concluyendo que no es determinante para la interpretación que deba hacerse de esta disposición en el presente recurso, sin que ello suponga desconocimiento del principio de primacía del Derecho Comunitario. A este respecto, recuerda el TS que la prevalencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina judicial de los países miembros solamente alcanza a la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho Comunitario, por tener atribuida su interpretación uniforme, pero no a la interpretación de las disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales, que debe realizarse en consonancia con los principios constitucionales y de acuerdo con la reglas hermenéuticas del ordenamiento interno.

Efectivamente, estos principios y estas reglas son las que sustentan la argumentación para resolver la cuestión central de la controversia en el sentido contrario a la dirección señalada por la parte recurrente, que básicamente se concretaba, como se ha mencionado anteriormente, en la interpretación literal de la Disposición Transitoria Única de la Ley 14/2005, de 1 de julio y, adicionalmente, en el mantenimiento de la regla del equilibrio interno del convenio colectivo. En este sentido, como se puede deducir fácilmente de la sentencia, el TS analiza, explícita o implícitamente, tres cuestiones fundamentales: la vigencia de la cláusula sobre jubilación forzosa del convenio colectivo y la vigencia de ley; las nuevas exigencias de la ley sobre el establecimiento en convenio colectivo de la jubilación forzosa y la naturaleza pública de la entidad empleadora.

2.1. Vigencia de la cláusula del convenio colectivo y vigencia de la ley

En el análisis de esta cuestión, el TS, en primer lugar, con base en la doctrina sostenida en sus sentencias de 9 de marzo de 2004 (recursos 765/03 y 2913/03), considera que las cláusulas de los convenios colectivos sobre jubilación forzosa, pactadas tras la derogación de la Disposición Adicional 10ª del ET, son nulas por no contar con la habilitación legal necesaria para su establecimiento y, en consecuencia, la extinción obligatoria por cumplimiento de la edad recogida en el convenio colectivo aplicable al supuesto hecho enjuiciado carece de validez, por contradecir los principios de igualdad y no discriminación. En segundo lugar, considera, igualmente, que, aunque la Disposición Transitoria Única de la Ley 14/2005, de 1 de julio, reconoce la licitud de las cláusulas de este tipo, pactadas con anterioridad a la entrada de vigor de esta ley, siempre que se garantice que el trabajador afectado pueda causar la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, permaneciendo inalteradas las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la mencionada entrada en vigor, solamente son válidas, de acuerdo con una interpretación histórica, sistemática y finalista, si cumplen los objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo. De este modo, al no contener el convenio colectivo aplicable previsiones en este sentido, no puede declararse la validez de la cláusula sobre jubilación forzosa alegada por la parte recurrente, sustentada en una interpretación estrictamente literal de la norma, que únicamente menciona expresamente el requisito de la compensación del trabajador afectado por la jubilación forzosa, a través del acceso a la pensión de jubilación de la Seguridad Social en su modalidad contributiva. En este sentido, según el TS, si se admitiera la interpretación literal propuesta se concedería mejor tratamiento a las cláusulas de los convenios colectivos pactados antes de la entrada en vigor de la Ley 14/2005, de 1 de julio, viciadas de nulidad desde su origen, como se ha indicado anteriormente, que las recogidas en los convenios colectivos acordados con posterioridad, originándose un contrasentido comprometedor de la seguridad jurídica que pretende la ley citada.

Además, el principio de igualdad, constitucionalmente reconocido, requiere que la Disposición Transitoria Única de la ley 14/2005, de 1 de julio, se interprete en conexión con la Disposición Adicional 10ª del ET, puesto que su interpretación aislada supondría la vulneración de este principio, al determinar un tratamiento distinto (las empresas podrían extinguir el contrato de trabajo por razón de edad con menor nivel de exigencia en el caso de unos trabajadores –afectados por convenios anteriores a la ley discutida– que el de otros –afectados por convenio posteriores– sin una justificación objetiva y razonable o proporcionada). Lo cual no se acomoda a la doctrina jurisprudencial sobre este principio que, en síntesis, se concreta: a) la diferencia de tratamiento

debe ser objetiva y proporcional a las finalidades que se persiguen por la ley; b) la configuración de los supuestos de hecho de la norma no debe suponer trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación; c) los órganos judiciales pueden vulnerar el mencionado derecho cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca o no corrija el trato discriminatorio en relación con otras situaciones válidamente comparables y, además, la norma a aplicar sea susceptible de distinta interpretación que, siendo admitida en derecho, conduzca a eliminar la desigualdad injustificada.

Por último, la alegada ruptura del equilibrio interno del convenio colectivo que supondría la nulidad de la cláusula sobre la jubilación forzosa es, igualmente, desestimada por TS, puesto que considera que, en el momento de pactarse, la normativa no permitía su establecimiento. En este sentido, se sostiene en la sentencia comentada que su aplicación solamente podría provocar una alteración del equilibrio convencional favorable a los intereses del empleador, al poder imponer el cese de la relación laboral por cumplimiento de la edad de jubilación, sin estar previsto legalmente. Tampoco, puede decirse que se haya producido, con la regulación legal de la jubilación forzosa, un cambio absoluto y radical de las circunstancias que permitan aplicar la regla *rebus sic stantibus*.

No obstante, pese a la corrección jurídica de esta argumentación, como la propia sentencia menciona, son posibles otras argumentaciones sobre este aspecto, según los criterios interpretativos utilizados, e, incluso, en nuestra opinión, sin diferir sustancialmente de los criterios acogidos por el TS en su argumentación. Ciertamente, no parece que quepa duda de que una interpretación estrictamente literal de la Disposición Transitoria Única de la Ley 14/2005, de 1 de julio, no es posible, en atención a doctrina del TC sobre la institución de la jubilación forzosa, puesto que no es suficiente que el convenio colectivo que la fije garantice solamente que el trabajador afectado reúna los requisitos exigidos para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, sino que, además, es necesario que el cese del trabajador por cumplimiento de la edad de jubilación esté conectado con la política de empleo. Sin embargo, la duda puede surgir con relación a si este último requisito debe exigirse, para superar el canon de constitucionalidad, en los términos establecidos por la actual Disposición Adicional 10ª del ET o, en cambio, en los términos en que se expresaba la mencionada Disposición Adicional antes de su derogación por la Ley 12/2001, de 9 de julio. Ante esta alternativa, como se ha expuesto, el TS se inclina por la primera opción, si bien, en nuestra opinión, también sería jurídicamente posible la solución expresada en segundo lugar e, incluso, podría mantenerse que se ajustaría más estrechamente a la finalidad de la Disposición Transitoria Única de la Ley 14/2005, de 1 de julio, debido a las

siguientes razones. En primer lugar, porque si la intención del legislador hubiera sido declarar la legalidad de las cláusulas de los convenios colectivos sobre jubilación forzosa en los términos en que se expresa la reincorporada Disposición Adicional 10ª del ET, le hubiera bastado con establecer expresamente la retroactividad de esta norma sobre las cláusulas de los convenios colectivos pactados durante el período en que estuvo derogada la mencionada Disposición Adicional, si bien es cierto que con ello se podrían generar problemas sobre la constitucionalidad de la medida en cuanto a su carácter retroactivo (seguramente solo sería aplicable, para salvar estos problemas, a las jubilaciones forzosas aplicadas, tras la entrada en vigor de esta Disposición, en atención a las cláusulas recogidas en los convenios colectivos pactados durante el periodo comprendido entre la derogación y la reincorporación de la Disposición Adicional 10ª del ET que continuaran vigentes). Pero, igualmente, se podrían generar estos problemas con relación a la interpretación del TS, puesto que en la práctica esta interpretación conlleva la aplicación retroactiva de la nueva Disposición Adicional 10ª del ET, al exigir que los convenios colectivos, anteriores a la entrada en vigor de esta norma, regulen la jubilación forzosa en los mismos términos en los que se expresa la mencionada Disposición Adicional. En segundo lugar, porque la norma se dirige a regularizar las situaciones de inseguridad jurídica creadas tras la derogación de la anterior Disposición Adicional 10ª del ET, sobre las que, como se ha expuesto, no faltaron opiniones doctrinales y resoluciones judiciales contradictorias, resueltas, finalmente, por el TS en las sentencias en las que declaró su nulidad por falta de habilitación legal. Probablemente, ante tesis del TS, el legislador consideró que la solución más conveniente sería convertir a la legalidad las cláusulas de los convenios colectivos que se ajustaran a los criterios constitucionales recogidos en la Disposición Adicional 10ª del ET con anterioridad a su derogación. Con ello, se resolvía, por una parte, el problema formal que impedía a la negociación colectiva introducir cláusulas sobre jubilación forzosa y, por otra, el problema material sobre el contenido concreto de estas cláusulas, al considerarse legal el que había estado vigente hasta su supresión en el año 2001. No obstante, esta solución tampoco estaría exenta de problemas interpretativos, puesto que la Disposición Transitoria Única no mencionaba expresamente el condicionante de que la extinción de la relación laboral por cumplimiento de la edad de jubilación estuviera conectada con la política de empleo. Así pues, igualmente, podría entenderse que la redacción de la Disposición Transitoria Única de la Ley 14/2005, de 1 de julio, establecía un régimen menos estricto, al no recoger literalmente este requisito, por tratarse de una norma transitoria dirigida a resolver determinadas situaciones provocadas por la derogación de la disposición que habilitaba a la negociación colectiva para que pudiera establecer el cese forzoso de la relación de trabajo por cumplimiento de la edad de

jubilación. Pero, como es sabido, el requisito de que la jubilación obligatoria esté conectada con la política de empleo es indispensable, en todo caso, para que la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo pueda acomodarse a la doctrina constitucional. En tercer lugar, también podría considerarse que la norma transitoria no contraviene el principio de igualdad y no discriminación, puesto que todos los trabajadores de la empresa están sometidos al mismo régimen jurídico vigente en cada momento. Esto es, al existente con anterioridad o con posterioridad a la Ley 14/2005, de 1 de julio, según la vigencia del convenio colectivo, de manera que la relación laboral de la toda la plantilla de la empresa estaría regida por las disposiciones del convenio colectivo que estuviera en vigor. Ciertamente, el régimen jurídico recogido en los convenios colectivos pactados con posterioridad a la entrada en vigor de la mencionada ley es, si se quiere más, estricto en relación con el anterior, pero ello por sí solo no supone una vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, sino que es consecuencia del principio de modernidad de las normas jurídicas, que permite que la regulación de las mismas situaciones jurídicas pueda variar, en función de la normativa que sea aplicable en cada momento.

Estos argumentos, en definitiva, permitirían sostener la validez de las cláusulas sobre jubilación forzosa de los convenios colectivos pactados durante el período en que no estaba en vigor la Disposición Adicional 10ª del ET, siempre que exigieran que el trabajador afectado reuniera los requisitos para causar la prestación de jubilación en su modalidad contributiva y la extinción de su relación laboral estuviera conectada con la política de empleo.

2.2. Nuevas exigencias de la ley sobre el establecimiento en convenio colectivo de la jubilación forzosa

Con relación al análisis de esta segunda cuestión, el TS parte de la necesidad de que el cese forzoso por edad se conciba como instrumento de empleo, toda vez que justifica el equilibrio entre la vertiente individual y la vertiente colectiva del derecho al trabajo. Por ello, la extinción de la relación laboral del trabajador que alcanza la edad de jubilación, debe ser razonable y proporcional, ya que, en caso contrario, se convertiría en un mero instrumento de saneamiento empresarial y de amortización de puestos de trabajo sin coste para la empresa, pero sí con coste para la Seguridad Social, al satisfacer la correspondiente entidad gestora la pensión del trabajador cesado si opta por solicitarla.

A continuación, lo que supone la importancia hacia el futuro de la doctrina recogida en esta sentencia, el TS expresa la interpretación que debe hacerse del contenido de la Disposición Adicional 10ª del ET, respecto a la exigencia de que la jubilación forzosa “*deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresada en el convenio colectivo*”. En este sentido, el TS

analiza el qué, el cómo y el dónde del contenido de esta exigencia, con objeto de comprobar, en el caso objeto de recurso, si el convenio aplicable observa las previsiones legales de la citada disposición.

En cuanto al qué, la expresión no ha de entenderse limitada a la ocupación de la vacante dejada por el trabajador cesado, sino en el sentido más amplio de mantenimiento o mejora del empleo, que se concreta en los tres motivos señalados, a título de ejemplo, por la norma: estabilidad en el empleo (conversión de contratos temporales en indefinido), sostenimiento del empleo (contratación de nuevos trabajadores) e incremento de la calidad en el empleo (referencia a medidas como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc.)

Respecto al cómo han de expresarse los objetivos coherentes con la política de empleo, no basta la concreción de cualquier objetivo (por ejemplo, reproducción abstracta de la ley), sino una especificación que permita sostener el equilibrio razonable y proporcionado entre el sacrificio individual que comporta el cese y la contrapartida colectiva de una beneficiosa política de empleo.

Sobre el dónde, ha de señalarse que las medidas de política de empleo, como contrapartida al cese, deben estar expresamente referidas en el propio convenio colectivo, sin que sea suficiente una justificación *ad extra* de ellas. Así pues, el convenio colectivo debe recoger expresamente la vinculación entre el cese por edad y las medidas de fomento de empleo.

De todo ello, se desprende que la nueva redacción de la Disposición Adicional 10ª del ET, es más estricta en cuanto al condicionante de que el cese de la relación laboral por cumplimiento de la edad de jubilación este conectado con la política de empleo, puesto que ya no se considera cumplido por el mero hecho de que se contemplen medidas generales de fomento de empleo en el convenio colectivo aplicable, sino que estas medidas tienen que estar vinculadas directamente con la extinción de la relación laboral por razón de edad, en los términos indicados por el TS. Quizás, el reforzamiento de esta exigencia respondía a la situación del mercado laboral español en la fecha de su aprobación, en el que la tasa de desempleo se encontraba en cifras próximas a las que se consideran de pleno empleo, dirigiéndose las medidas legislativa, en este aspecto, no solo a no incentivar el cese de la relación laboral por cumplir el trabajador la edad de jubilación o, incluso, con anterioridad a esta edad, como había sucedido en años anteriores (fundamentalmente en la segunda mitad de la década de los ochenta), sino en incentivar el retraso de la extinción laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación. Probablemente, la opción del legislador en la actualidad, en la que la tasa de desempleo ha aumentado sustantivamente, situándose en valores que se alejan ampliamente de los que se estiman como pleno empleo, sería diferente, en tanto que nuevamente podría recurrir a la jubilación forzosa como una medida de fomento de empleo idónea para disminuir

la alta demanda de empleo, sobre todo de las generaciones más jóvenes. Con ello, puede que la tendencia legislativa no se encaminara tanto a procurar la calidad en el empleo, como pretendía la reincorporada Disposición Adicional 10ª del ET en 2005, sino en conseguir elevar el número de empleados y, consecuentemente, en disminuir la tasa de desempleo.

2.3. Naturaleza pública de la entidad empleadora

La última cuestión analizada por el TS, pese a no alegarse expresamente por la parte recurrente, se refiere a si la naturaleza pública del sujeto empleador puede tener alguna relevancia a efectos del recurso planteado, declarando, a estos efectos, que los empleadores públicos están sometidos a las mismas reglas jurídicas que los que tienen naturaleza privada, puesto que el legislador podía, si lo hubiese pretendido, excluirlos del ámbito de aplicación de la normativa sobre jubilación forzosa. No obstante, matiza el TS, que es cierto que en el sector público la aplicación de la Disposición Adicional 10ª del ET, encuentra un claro obstáculo, al acordarse la política de empleo en un marco mucho más amplio que el convenio colectivo, como es la Ley de Presupuestos Generales y la Oferta Pública de Empleo. Sin embargo, no puede decirse que esta solución apreciada por la Sala sea unánime entre todos sus miembros, puesto que uno de los magistrados formula un voto particular en el que discrepa de la opinión mayoritaria, al que se adhiere otro de los magistrados de la Sala. En este voto, el magistrado reitera la posición mantenida en el voto emitido en el recurso nº 3460/06 (recoge, a su vez, la tesis mantenida en la sentencia de 14 de mayo de 2008, recurso 56/07), en el que concluía que el recurso debía haber sido estimado y, en consecuencia, desestimada la demanda de despido interpuesta en su día por el trabajador, remitiéndose a las razones expuestas en el citado voto que justifican su decisión. Estas razones básicamente, se concretan en: a) la política de empleo exigible a un ente de derecho público viene determinada por las Leyes de Presupuestos o las normas que anualmente ordenan la oferta pública de empleo para toda la Administración; b) en consecuencia, las concreciones posibles en materia de política de empleo están referidas a las citadas normas de Presupuestos y de oferta pública de empleo; c) la Directiva 2000/78, recoge entre otros motivos de discriminación la edad, pero permite que los Estados miembros puedan disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios; d) el contenido del convenio cuestionado constituye suficiente justificación, objetiva y razonable, de la diferencia de trato por motivos de edad que

podiera encontrarse implícita en una medida de solidaridad intergeneracional como es la jubilación forzosa a los sesenta y cinco años para los trabajadores que reúnen los requisitos para percibir la correspondiente prestación pública; e) en el convenio cuestionado la jubilación forzosa se encuentra suficientemente vinculada a los objetivos de empleo en los términos exigidos por la Disposición Adicional 10ª del ET, en la redacción dada por la Ley 14/2005, de 1 de julio, e, incluso, aunque se hubiera limitado a establecer la jubilación forzosa sin más contrapartida que el trabajador afectado pudiera acceder a pensión de jubilación, la solución sería la misma, porque, al ser el Estado el empleador, cualquier precisión en torno a las políticas de empleo en el convenio resultaría innecesaria por el sometimiento a la legalidad de la Administración en general; f) las relaciones laborales en materia de empleo público son relaciones materialmente especiales, en tanto que los principios y los intereses en juego son, en parte distintos de los del ámbito privado, en el que el empresario actúa con libertad de actuación, de modo que en el empleo público las políticas de empleo se contienen en normas de carácter imperativo, que justifican la medida de solidaridad intergeneracional que supone la jubilación forzosa; g) por último, el ámbito de la Administración General del Estado concurren empleados que se rigen por la legislación laboral con otros que se rigen por el régimen funcional que tienen establecida la jubilación a los sesenta y cinco años, por lo que no resulta justificable que los primeros, pese a la voluntad colectiva expresada en convenio, puedan continuar prestando servicios para el mismo empleador y los segundos dejen de hacerlo por imperativo legal, por los que se ha de tener presente que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, pretende ordenar el sistema de empleo público en su conjunto, de modo que la jubilación forzosa prevista a los sesenta y cinco años en el convenio colectivo equipara a los contratados laborales con el régimen funcional.

En nuestra opinión, consideramos planamente acertada la posición mayoritaria de la Sala, sustentada en la literalidad de la norma, que considera que, en los supuestos en los que legislador decide excluir a las Administraciones públicas de una determinada regulación o de parte de ella, como se habitual, expresamente las exime del cumplimiento de los requisitos o condiciones que estima necesario, con la finalidad de atender adecuadamente los objetivos que tienen encomendados. Así, suele plasmarse en las medidas de fomento de empleo, en su vertiente de aumentar la ocupación o, al menos, en que no disminuya, como se observa, por ejemplo, en las últimas acciones en materia de Seguridad Social, encaminadas a prolongar la vida laboral, animando a los trabajadores que alcanzan la edad de jubilación a que no extingan su relación laboral, mediante el incentivo de disminuir sus cotizaciones y de incrementar sus prestaciones por jubilación en el momento en que decidan causarlas. Pero, además de este argumento puramente formal, entendemos que el legislador no

debe establecer un régimen distinto para las Administraciones públicas y, muchos menos para las empresas públicas, cuando decide someterlas a las normas que regulan un ámbito concreto del ordenamiento jurídico, distinto al ámbito administrativo. Efectivamente, la política legislativa dirigida a someter al sector público a la regulación, en principio, prevista para el sector privado, sin duda puede, presentar determinadas ventajas para la Administración pública, pero al mismo tiempo, también puede entrañar determinados inconvenientes, por lo que resultaría, siquiera sea ética y estéticamente, injustificado establecer un régimen peculiar tendente a evitar exclusivamente dichos inconvenientes. Por ello, si la Administración pública decide estructurarse y organizarse de conformidad con una legislación concreta del derecho privado, debe tener en cuenta que el conjunto de las reglas contenidas en esta legislación serán aplicación en su integridad y no selectivamente. Es decir, en estos caos, las Administraciones públicas no pueden regirse exclusivamente por las normas que pueden beneficiar su actuación, eximiéndose, en cambio, de aquellas otras que pueden resultarles menos idóneas o más gravosas. Así sucede concretamente si, en materia de personal, la Administración pública opta por encuadrarse en el ámbito del derecho del trabajo, en cuyo caso, su normativa le será de aplicación en su totalidad, sin que quepan más excepciones que las estrictamente previstas por la norma para la satisfacción de los intereses generales y que sean incompatibles con la naturaleza pública de la Administración. Además, debe serle de aplicación la normativa laboral en su totalidad, con mayor razón, si las entidades públicas adoptan las formas previstas en el derecho privado, constituyéndose en alguno de los modelos de sociedades mercantiles, sin que a ello obste que su capital social sea mayoritariamente público. Lo contrario, en nuestra opinión, carecería de justificación jurídica, por más que políticamente pudiera ser oportuno, encontrando, en consecuencia, difícil encaje en nuestro ordenamiento.

3. LA JUBILACIÓN FORZOSA COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Con ocasión de la doctrina del TS, expresada en la sentencia que se comenta, quizás, puede que no esté demás realizar una breve reflexión sobre la institución de la jubilación forzosa como causa de extinción del contrato de trabajo. En primer lugar, aunque no sea preciso mencionarlo, pues su generalización ha determinado su utilización en un sentido concreto, la expresión jubilación (forzosa) no es coincidente absolutamente con la idea que pretende evocar de causa de extinción de la relación de trabajo, pues el sustantivo jubilación alude a una contingencia de Seguridad Social que se genera una vez que

el trabajador ha cesado en su puesto de trabajo y ha cumplido la edad establecida por la normativa de Seguridad Social, derivándose de ella la correspondiente prestación, si el sujeto protegido la solicita y acredita el cumplimiento de los requisitos del hecho causante. Por ello, pese a que literalmente el artículo 49.1 f) del ET enumera la jubilación como causa de extinción, entendemos que no lo es o, al menos, no lo es directamente, sino, a la sumo, indirecta o mediáticamente, en tanto que el trabajador, al alcanzar la edad fijada por la norma y con la finalidad de acceder a la prestación, extingue su relación laboral para acreditar la concurrencia de los presupuestos configuradores de esta contingencia. Cosa distinta es que el legislador pretenda imponer con esta causa la extinción de la relación de trabajo, significando así que los trabajadores que reúnan los requisitos para acceder a la prestación de jubilación cesen en su puesto de trabajo, independientemente de que, a continuación, soliciten o no la pensión de jubilación. En este caso, el término jubilación se estaría refiriendo a la modalidad conocida como forzosa, que, en nuestra opinión, para ser causa de extinción debe cumplir los criterios constitucionales incorporados actualmente a las prescripciones legales sobre esta institución –recuérdese que son aplicables tanto al legislador como a la negociación colectiva–. A no ser que el trabajador acuerde con su empresario, previamente o en el momento de poder acceder a ella, la extinción de su contrato, comportándose, por tanto, como una causa de extinción sometida a condición final, si el acuerdo es previo, o como una causa de extinción por mutuo acuerdo, si se concluye en el momento en que el trabajador pueda causar la prestación. Pero, igualmente, la contingencia de jubilación no sería causa de extinción, sino efecto, puesto que la contingencia, no es anterior al cese en la prestación de servicios, sino posterior al mismo, como lo son todas las contingencias de Seguridad Social, surgidas como consecuencia de la extinción de la relación laboral (por ejemplo, desempleo). En caso contrario, el legislador se estaría refiriendo a la jubilación “voluntaria” (siempre lo es, al configurarse jurídicamente la prestaciones de Seguridad Social como derechos que se materializan previa solicitud del interesado), constituyendo una causa de extinción por voluntad del trabajador, lo que es innecesario, ya que éste, con carácter general, puede extinguir su relación laboral, sin alegar causa alguna.

Así pues, en segundo lugar, más que la jubilación ser causa de extinción, podría argumentarse que la causa de extinción es el cumplimiento de una determinada edad, que coincide con la edad establecida en la legislación de Seguridad Social para acreditar la concurrencia de uno de los presupuestos de la contingencia de jubilación. En este caso, el cumplimiento de la edad de jubilación, fijada, con carácter ordinario, a los sesenta y cinco años, sería causa de extinción del contrato de trabajo, si lo estimara alguna de las partes, sobre todo el empresario, puesto que, como se ha mencionado, el trabajador no nece-

sita alegar causa alguna para resolver su contrato de trabajo, independientemente de que el trabajador afectado reuniera o no los requisitos exigidos para poder, si lo considera oportuno, solicitar la prestación de jubilación. Con ello, se estaría implícitamente haciendo referencia a la jubilación forzosa, si bien menos reforzada, en cuanto a las garantías del trabajador de Seguridad Social, pues ni siquiera se exigiría que el trabajador afectado reuniera los requisitos para causar la prestación por esta contingencia. Ciertamente, ello no es posible, de acuerdo con la legislación y con los criterios jurisprudenciales, constitucionales y ordinarios, establecidos al respecto. Por lo que podría señalarse que se trataría de una causa de extinción completamente contraria a los derechos sociales del trabajador, máxime si ni siquiera se exige que el trabajador, al cumplir los sesenta y cinco años, acreditara los requisitos para obtener la prestación de jubilación.

Sin embargo, el cumplimiento de una determinada edad como causa de extinción de la prestación de servicios profesionales, tanto si se cumplen o no los requisitos para acceder a la prestación de jubilación, no es desconocida en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que en el ámbito de la función pública está legalmente establecida. Efectivamente, la normativa de la función pública tradicionalmente ha previsto la jubilación forzosa por razón de edad como causa de extinción de la condición de funcionario. Actualmente, el artículo 63.b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público enumera como causa de pérdida de la condición de funcionario de carrera la jubilación total, con carácter obligatorio al cumplir la edad fijada legalmente, declarándose de oficio al cumplir sesenta y cinco años, según prescribe el artículo 67.1. b) y 3. de esta ley. Es cierto, que, en contraste con las relaciones laborales, no se ha discutido su constitucionalidad, limitándose únicamente las controversias surgidas a las reducciones sucesivas de la edad fijada, en cada momento, como causa de jubilación forzosa respecto a concretos cuerpos de funcionarios (Magistrados, Jueces, Fiscales y Secretarios Judiciales, por ejemplo). Lo cual, según el TC (sentencia 108/1986, de 29 de julio) no es contrario a la norma máxima, básicamente, porque la reducción de la edad de jubilación no supone una privación de derechos, sino solamente una modificación de su régimen jurídico establecida por el legislador constitucionalmente permitida. También, es cierto que los fundamentos constitucionales de la relación funcional son distintos a los de la laboral (derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, así como inamovilidad del funcionario) y que los presupuestos y condiciones de actuación del sector público, en general, y de la Administración pública, en particular, son igualmente distintos a los del sector privado. Por lo que no puede decirse que la jubilación forzosa del funcionario persiga la amortización del puesto de trabajo, ya que el desarrollo de su actividad viene impuesta por el

ordenamiento jurídico y para su desempeño necesita un determinado volumen de funcionarios. Incluso, podría decirse que para garantizar la objetividad y eficacia, que la CE impone a la Administración pública en la consecución de los intereses generales, la extinción de la relación a una cierta edad (en muchas ocasiones más elevada que la edad ordinaria de jubilación, al poderse prolongar hasta los setenta años) está justificada, en atención a que, realmente, las facultades físicas, psíquicas y sensoriales disminuyen progresivamente con el transcurso del tiempo. Por último, aunque por las características de acceso a la función pública es bastante improbable que el funcionario no reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, la normativa no lo exige para determinar el cese del funcionario por jubilación forzosa, sino que únicamente la regulación de Clases Pasivas prevé, excepcionalmente, que el funcionario, con algunas condiciones, pueda aplazar su jubilación, prolongando su prestación de servicios, hasta la fecha en que reúna los períodos de cotización exigidos para su devengo.

Pero, pese a las diferencias señaladas, estos argumentos podrían trasladarse al ámbito de las relaciones laborales, así como los establecidos respecto a la configuración de la jubilación forzosa en el ámbito laboral podrían predicarse en el de la función pública. Ciertamente, la aplicación de la jubilación forzosa referida al personal laboral en el sector público se produce de la misma forma que en el sector privado, como ha señalado el TS en la sentencia comentada, por lo que faltaría comprobar si el régimen de la jubilación forzosa en el seno de la función pública podría desarrollarse en el de las relaciones laborales.

En nuestra opinión, dependería fundamentalmente de razones de política legislativa, es decir, si el legislador considerara oportuno establecer un régimen de jubilación forzosa similar al previsto para la función pública. En este supuesto, seguramente con objeto de introducir una mayor o menor flexibilización en la relación individual de trabajo, barajaría, al menos, las siguientes opciones de configuración de la jubilación forzosa. En primer lugar, en los términos señalados por el TC, en su sentencia 22/1981, de 2 de julio, esto es: a) fijar una edad de jubilación, como causa de extinción del contrato de trabajo, coincidente con la establecida por la normativa de Seguridad Social para acceder la prestación por esta contingencia, lo que podría llevar aparejado una elevación de esta edad, probablemente cercana a los setenta años, b) exigir que el trabajador acreditara el cumplimiento de los requisitos, igualmente, exigidos por la normativa de Seguridad Social en la fecha del cese; c) conectar el cese con la política de empleo, pero de una manera no tan rígida como se prevé en la legislación actual, sino más bien en un modo semejante al que parece deducirse de la jurisprudencia comunitaria, en el sentido de que toda jubilación, en estos términos, puede suponer una medida de política de empleo, por conllevar probablemente, en la mayoría de los casos, una renovación de la plantilla (susti-

tución de trabajadores de mayores por trabajadores jóvenes). En segundo lugar, apartándose de la citada doctrina constitucional, exigiendo solamente el condicionante compensador de que trabajador afectado pueda causar la prestación de jubilación en el momento del cese, por reunir los requisitos necesarios para ello, sobreentendiéndose que la medida por sí sola se encuadra en una genérica política de empleo. En tercer lugar, únicamente fijando una edad máxima de jubilación, sin más condicionantes, salvo, quizás, el de que el trabajador afectado pudiera permanecer en el puesto de trabajo hasta completar el período de carencia exigido, si acreditara un período próximo a éste, de modo similar al previsto actualmente en el Régimen de Clases Pasivas del Estado. Es cierto que éstas dos últimas opciones no respetan los criterios constitucionales sobre la materia, pero también es cierto que no comportan una incapacitación legal para el trabajo con sucedía en la primera versión de la Disposición Adicional 10ª del ET, sobre la que se pronunció el TC a principios de los ochenta, ni tampoco las condiciones sociales y económicas son las mismas de aquellos momentos.

Con todo ello, probablemente se disminuiría la protección de los trabajadores de edad avanzada (aunque, no debe olvidarse que no siempre, sin embargo, la mayor protección produce el efecto buscado, ya que existen ejemplos en la legislación social que evidencian que el exceso de protección provoca desprotección por exclusión), pero podría ser que, también y simultáneamente, y al menos en hipótesis, se considerara más atractiva su contratación e incluso su mantenimiento en los puestos de trabajo, ya que el empresario tendría la seguridad, hoy no existente, de que podría, si así lo estimara, extinguir la relación laboral en un momento concreto, desapareciendo la falta de certeza de que el trabajador resuelva voluntariamente su relación laboral al alcanzar la edad de jubilación. Asimismo, igualmente, pudiera ser que repercutiera negativamente en la financiación de la Seguridad Social, pues, puede pensarse que los empresarios cesarían a los trabajadores en la fecha en que alcanzaran la edad de jubilación, determinando que éstos solicitaran la prestación por esta contingencia, al ser bastante improbable que por su edad pudieran encontrar un nuevo empleo. Pero tampoco esta consecuencia tendría que desplegarse necesariamente, puesto que, al menos en hipótesis, en la mayoría de las ocasiones son los trabajadores los que voluntariamente resuelven sus contratos de trabajo para causar la prestación de jubilación, muchas veces con edades inferiores a la ordinaria e incentivados por los empresarios que, sin vislumbrar un término fijo para proceder a la extinción por razón de la edad, deciden extinguir la relación laboral con bastante antelación a la edad de jubilación. Igualmente, podría argumentarse que los empresarios no tendrían tanto recelo en contratar trabajadores con edades relativamente próximas a la de jubilación, al tener la seguridad de que, si lo estiman, pueden resolver el contrato de trabajo a la llegada de un término final cierto. Por último, no son infrecuentes los análisis estudios y

opiniones políticas que proponen la elevación de la edad ordinaria de jubilación, lo que supondría un menor gasto de la Seguridad Social en el abono de pensiones por esta contingencia.

Sin embargo, no parece que la política legislativa se incline en esta dirección, al menos a medio plazo, sino en la dirección totalmente contraria, ya que, por una parte, la recuperación de la Disposición Adicional 10ª del ET se ha realizado en términos más estrictos que en los contemplados en la anterior redacción (vinculación coherente con los objetivos de la política de empleo expresados en el convenio colectivo, en términos de estabilidad, sostenimiento y calidad en el empleo). Por otra, porque las últimas medidas adoptadas en materia de Seguridad Social se dirigen a fomentar el retraso en el acceso a la jubilación, mediante la ordenación de incentivos económicos, de una lado, principalmente a los empleadores (de naturaleza privada, están excluidos de esta medida los de naturaleza pública), consistentes en la concesión de bonificaciones de las cuotas de Seguridad Social correspondientes a los empleados de una determinada edad. De otro lado, a los trabajadores, materializados estos incentivos en la atribución de porcentajes adicionales para el cálculo de la pensión de jubilación, si la causan con posterioridad a la edad ordinaria prevista (establecidos actualmente para los sujetos protegidos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social y en el futuro no muy lejano a los protegidos por Clases pasivas). Todo ello en armonía con la doctrina del TC y del TS sobre la jubilación forzosa. Finalmente, por tanto, corresponderá al legislador de cada momento la decisión sobre el régimen más idóneo de esta institución para la salvaguarda, el respeto y la garantía de los derechos sociales de los trabajadores.

EL CASO COLEMAN: UN PASO MÁS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU EXTENSIÓN A LOS CUIDADORES

*Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06*

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ*

SUPUESTO DE HECHO: La Sra. Coleman trabajaba como secretaria jurídica en un despacho de abogados en Londres desde 2001. Un año después tuvo a su primer hijo a quien por razón de su discapacidad le dispensaba la mayor parte de sus cuidados. Coleman asegura que se vio obligada a dejar su trabajo porque sufrió discriminación y acoso por parte de su empleador. Alega que, en circunstancias similares, la empresa trataba de modo diferente a los padres de hijos no discapacitados. En concreto, argumenta que su antiguo empresario se negó a reintegrarla, una vez finalizó su permiso de maternidad, en el puesto que había ocupado con anterioridad. También argumenta que su empresario no le concedió flexibilidad horaria y que dirigió comentarios “insultantes y fuera de lugar” tanto contra ella como contra su hijo.

El Tribunal de Justicia británico plantea cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para pedirle que dilucide si la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación debe interpretarse en el sentido de que únicamente prohíbe la discriminación directa por motivo de discapacidad y el acoso relacionado con esta última cuando el propio trabajador es la persona discapacitada, o si se aplica también cuando el trabajador no es la persona discapacitada, pero sí la víctima de un trato desfavorable por motivo de la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien dicho trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

¹ Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: La trascendencia del fallo comunitario reside en que extiende la tutela antidiscriminatoria prevista en la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a los cuidadores de las personas discapacitadas. La citada Directiva, a juicio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no debe aplicarse de forma restrictiva, es decir, que no sólo debe englobar a los propios discapacitados sino que también protege a aquellas personas que, sin estar ellas mismas discapacitadas, sufran discriminación o acoso en el ámbito del empleo y la ocupación por estar vinculadas a una persona discapacitada. Esta nueva forma de discriminar— tutelada por el Derecho Comunitario a partir del Caso Coleman— se denomina discriminación por transferencia. La novedad de este planteamiento abre numerosos interrogantes, a los que se da respuesta en el presente Comentario como, por ejemplo, cuáles son los orígenes y desarrollo de la discriminación transferida, qué manifestaciones de discriminación engloba dicha noción y cuál es el alcance de la doctrina, qué efectos tiene el fallo judicial sobre la legislación española y, en particular, qué valoración merece la sentencia objeto de comentario desde la perspectiva de la evolución y desarrollo del modelo social de discapacidad de la Unión Europea.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL SUPUESTO DE HECHO
3. EL SIGNIFICADO DEL CASO COLEMAN
 - 3.1. La consolidación del modelo social de discapacidad de la unión europea y su implantación en los estados miembros
 - 3.2. El reconocimiento de la doctrina de la discriminación transferida
 - 3.2.1. Orígenes y desarrollo de la discriminación transferida
 - 3.2.2. Las diferentes manifestaciones de la discriminación transferida y el alcance de la doctrina
 - 3.3. Los efectos del caso Coleman en España

1. INTRODUCCIÓN

El análisis de las políticas comunitarias sobre la cuestión de la discapacidad pone de relieve una evolución desde el enfoque médico, individual o asistencial hacia un modelo social de discapacidad. Mientras las primeras medidas se dirigen únicamente a la persona discapacitada buscando la rehabilitación y educación de ésta para su inclusión en la Sociedad, las segundas operan en el entorno ambiental del discapacitado removiendo las barreras sociales que

condicionan la plena integración de todos sus miembros². La aprobación de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, constituye un exponente del cambio general de orientación.

La complejidad del fenómeno de la discapacidad ha derivado en la identificación de nuevas formas de discriminación que han dado lugar a la aparición de novedosos enfoques y estrategias dirigidas a combatir las mismas. En este sentido, se ha observado que el riesgo de discriminación no sólo es padecido por los discapacitados sino también por aquéllos que les prestan cuidados o asistencia. Según los estudios realizados, entre los rasgos que conforman el perfil social del cuidador de la persona con discapacidad o dependiente, cabe subrayar su condición de desempleado debido a las dificultades de conservar el empleo³.

Lo cierto es que el tratamiento europeo de esta cuestión se ha visto sustancialmente transformado con la adopción de nuevos criterios judiciales sobre el alcance de la Directiva 2000/78. La jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha proyectado la tutela antidiscriminatoria no sólo hacia el sujeto discapacitado sino también sobre un tercero que se encuentra estrechamente asociado con aquél (le presta cuidados y asistencia) y que también es víctima de exclusión en el empleo. Esto es lo que se ha denominado discriminación transferida y que, debido a la novedad de sus planteamientos, merece un estudio detenido.

2. EL SUPUESTO DE HECHO

El caso resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, *Coleman y otros*, C-303/06, ha suscitado un fuerte interés porque, tal y como se verá, se trata de una resolución que no tiene precedentes⁴. La Sra. Coleman trabajó como secretaria jurídica en un

² Las primeras iniciativas comunitarias partían de la base de que la discapacidad era una desviación de la normalidad y como tal la orientación en los contenidos de dichas políticas tenía como finalidad la rehabilitación, esto es, intentar compensar tal desviación ayudando a las personas discapacitadas a situarse lo más cerca posible de la sociedad entendida como normal, Garrido Pérez, E., *El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades*, Temas Laborales, núm. 59/2001, p. 166.

³ Durán Heras, M^a A., *Dependientes y cuidadores: el desafío de los próximos años*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 60, 2006, p. 59.

⁴ La resolución judicial tuvo una fuerte repercusión en Inglaterra, país en el que ocurrieron los hechos, vid. "Disability discrimination ban applies to carers too", *The Times* 29 July 2008.

bufete de Londres a partir de enero de 2001. En el año 2002, la trabajadora tuvo un hijo que debido a su enfermedad (padece crisis de apnea, así como laringomalacia y broncomalacia congénitas) precisaba cuidados específicos y especializados que la trabajadora le dispensaba.

El 4 de marzo de 2005, la Sra. Coleman aceptó dimitir por exceso de plantilla (“voluntary redundancy”), lo que puso fin al contrato que la vinculaba a su empresario. El 30 de agosto de 2005 presentó una demanda ante el Employment Tribunal, London South en la que sostenía que había sido víctima de un despido encubierto (“unfair constructive dismissal”) y de un trato menos favorable que el que obtuvieron los restantes empleados, debido al hecho de tener a su cargo un hijo discapacitado. Alegaba que se vio obligada, como consecuencia del trato recibido, a dejar de trabajar para su empresario.

La trabajadora fundamenta el trato discriminatorio y el acoso por razón de la discapacidad de su hijo en los siguientes hechos. En primer lugar, al reincorporarse al trabajo tras el permiso de maternidad, su empresario se opuso a que se reintegrara en el puesto que había ocupado hasta ese momento, en circunstancias en las que si se habría permitido que padres de hijos no discapacitados recuperaran sus antiguos puestos. El empresario también se negó a concederle la misma flexibilidad horaria y las mismas condiciones de trabajo que aquellos de sus compañeros de trabajo que son padres de hijos no discapacitados. En segundo lugar, la Sra. Coleman fue calificada de “perezosa” cuando solicitó una reducción de la jornada laboral para cuidar a su hijo, mientras que tales facilidades sí se concedieron a padres de hijos no discapacitados. La reclamación oficial que formuló contra el mal trato que padecía no fue objeto de la debida consideración, de manera que se sintió obligada a retirarla. A lo anterior, se suman comentarios insultantes o fuera de lugar tanto contra ella misma como contra su hijo. En el mismo sentido, al haber llegado en ocasiones tarde a la oficina, a causa de problemas en el cuidado de su hijo, se le dijo que sería despedida si volvía a faltar a la puntualidad.

En tales circunstancias, el Employment Tribunal se dirige al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para pedirle que dilucide si la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación debe interpretarse en el sentido de que únicamente prohíbe la discriminación directa por motivo de discapacidad y el acoso relacionado con esta última cuando el propio trabajador es la persona discapacitada, o si se aplica también cuando el propio trabajador no es la persona discapacitada, pero sí la víctima de un trato desfavorable por motivo de la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien dicho trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

Tanto el Abogado General como el Tribunal Comunitario estiman que se trata de un supuesto protegido por el Derecho Comunitario pero resulta interesante poner de relieve la diferente argumentación de uno y otro.

En la Opinión del Abogado General formulada el 31 de enero de 2008 razona éste que la Directiva 2000/78 fue aprobada por el Consejo sobre la base del artículo 13 del Tratado CE (que permite al Consejo tomar las acciones apropiadas para combatir la discriminación basada en el sexo, raza u origen étnico, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual) y que la Directiva debe ser interpretada a la luz de tales objetivos. Más aún, sitúa el peso de la argumentación en el articulado de la citada Directiva que apunta como objetivo “establecer un marco general para combatir la discriminación...con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”. Se enfatiza en las Conclusiones que la igualdad se configura como un principio fundamental del Derecho Comunitario y que la Directiva constituye un aspecto práctico de dicho principio. Adoptando un enfoque filosófico, argumenta el Abogado General que “una vía más sutil y menos evidente” de atacar una persona y socavar su dignidad y autonomía consiste en dirigirse no contra él, sino contra un tercero que está estrechamente vinculado con éste. Para el Abogado General “una concepción sólida de la igualdad conlleva que estas formas sutiles de discriminación deberían ser protegidas por la legislación de discriminación, en la medida en que éstas también afectan a las personas que pertenecen a las clasificaciones sospechosas”. Se advierte además que en tales casos, la persona que sufre la discriminación se convierte en el medio a través del cual se socava la dignidad de la persona que pertenece a la categoría sospechosa.

Por su parte, el Tribunal Comunitario para alcanzar idéntico resultado apoya su tesis en una concepción amplia del ámbito subjetivo protegido por la Directiva Comunitaria que no sólo comprende a la persona efectivamente discapacitada sino que también puede afectar a otros que forman parte del entorno del afectado por la discapacidad y que se vinculan con el motivo de la discriminación. Señala el Tribunal Comunitario que de las disposiciones de la Directiva 2000/78 no se desprende que el principio de igualdad de trato que ésta pretende garantizar se circunscriba a las personas que padezcan ellas mismas una discapacidad en el sentido de dicha Directiva. Antes al contrario, la Directiva tiene por objeto, en lo que atañe al empleo y al trabajo, combatir todas las formas de discriminación basadas en la discapacidad. En efecto, el principio de igualdad de trato que en esta materia consagra la citada norma no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la misma. Corrobora esta interpretación el tenor literal del artículo 13 TCE, disposición que constituye la base jurídica de la Directiva 2000/78 y que atribuye a la Comunidad competencia para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo, entre otros, de discapacidad.

Por consiguiente, el hecho de que la Directiva 2000/78 contenga disposiciones destinadas a tener en cuenta específicamente las necesidades de las

personas con discapacidad no permite llegar a la conclusión de que el principio de igualdad de trato que la misma consagra deba interpretarse de manera restrictiva, es decir, en el sentido de que prohíbe únicamente las discriminaciones directas por motivo de discapacidad que afecten exclusivamente a las propias personas con discapacidad. Por lo demás, el sexto considerando de la Directiva, al mencionar la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, se refiere tanto a la necesidad de erradicar toda forma de discriminación como a la adopción de medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas con discapacidad.

Con el propósito de evitar cualquier contradicción con la doctrina precedente, el propio Tribunal Comunitario reconoce la interpretación restrictiva del concepto de discapacidad adoptada en el Caso Chacón Navas de 11 julio de 2006 (C-13/05). Señala al respecto que, aunque en el citado caso, se precisó que, a la vista del tenor literal del artículo 13 CE, el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 no puede ampliarse a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva— de manera que un trabajador que haya sido despedido por su empresario a causa exclusivamente de enfermedad no está comprendido en el marco general establecido por la Directiva 2000/78—, este Tribunal, sin embargo, no declaró que el principio de igualdad de trato y el alcance *ratione personae* de dicha Directiva deban interpretarse de manera restrictiva en lo que atañe a los motivos de que se trata.

3. EL SIGNIFICADO DEL CASO COLEMAN

El Caso Coleman tiene una trascendencia notable por varias razones. En primer lugar, se debe destacar que supone la consolidación del modelo social de discapacidad y, muy significativamente, su traslación a los Estados Miembros. Estrechamente vinculado con lo anterior, la Sentencia objeto de análisis introduce una novedosa categoría jurídica como es la discriminación transferida que, tal y como se verá, supone una ampliación de la tutela de la discriminación a aquellas personas asociadas con las personas discapacitadas, como por ejemplo sus cuidadores, precisamente por el particular riesgo de discriminación en el trabajo que tienen éstos.

3.1. La consolidación del modelo social de discapacidad y su implantación en los estados miembros

Tradicionalmente, la respuesta comunitaria al fenómeno de la minusvalía ha consistido esencialmente en medidas de compensación social a través de la

beneficencia, un tratamiento al margen de la sociedad y el desarrollo de servicios de asistencia especializada, que, aunque bien intencionados, no han hecho sino agravar el problema de la exclusión y de la infraparticipación. El tradicional compromiso de la Unión Europea a favor de sus ciudadanos con discapacidad partía del planteamiento que consideraba a las personas con discapacidad meros beneficiarios pasivos de asistencia, siendo por tanto el objetivo de la Unión Europea contribuir a configurar una sociedad plenamente incluyente⁵.

Las primeras medidas reflejan los orígenes de la discapacidad como un modelo médico que concibe la discapacidad como un problema personal del individuo, directamente causado por sus limitaciones y no referido a ningún factor externo. Sin embargo, desde los años 1960 el modelo médico, asistencial o rehabilitador ha ido cambiando por otra concepción de la discapacidad, conocida como el modelo social. Según esta nueva perspectiva, la discapacidad no es un estado intrínseco al individuo sino el resultado de la situación del individuo afectado en su ambiente y en la más amplia estructura de la sociedad, que coloca al individuo en una posición de desventaja. Mientras el modelo rehabilitador considera la discapacidad como un perjuicio funcional, el modelo social comprende la discapacidad como una particular relación entre el perjudicado y la sociedad⁶.

El modelo social de discapacidad fue primero mencionado por la Comisión Europea en 1996, cuando la Comisión anunció una nueva estrategia basada en la igualdad de oportunidades para las personas discapacitadas⁷. El nuevo

⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, Bruselas 30.10.2003. COM (2003) 650 final, p. 7.

⁶ Los precursores del modelo social de discapacidad (social model of disability) han sostenido que supone una reformulación de la aproximación tradicional y que se articula a partir de tres puntos cardinales: 1) A diferencia del modelo convencional, el modelo social dirige el centro del análisis fuera de las limitaciones funcionales del individuo hacia las barreras de la inclusión social creadas por los medios, actitudes y culturas. 2. Se trata de una aproximación que enfatiza la interrelación de estas barreras y que atraviesan la vida diaria, tales como la educación inaccesible y los sistemas de información y comunicación, medio ambiente laboral, prestaciones inadecuadas de discapacidad, servicios sociales de salud discriminatorios, transporte inaccesible, edificios públicos y servicios, etc.. 3. La perspectiva social no infravalora la importancia de aquellas intervenciones específicas individuales en las vidas de las personas discapacitadas (por ejemplo, iniciativas médicas, rehabilitación, educacional y de empleo) pero enfatiza que estas son insuficientes para lograr la inclusión en la sociedad previamente construida por y para personas no discapacitadas, Oliver, M. *Social Work with Disabled People*, Basingstoke, Macmillan, 1983. Barnes, C. y Mercer, G., *Disability, work, and welfare: challenging the social exclusion of disabled people*, Work, Employment and Society, Vol. 19 (3), 2005, pp. 530–531.

⁷ Comunicación de la Comisión, de 30 de julio de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas minusválidas – Una nueva estrategia comunitaria en materia de minusvalía. COM (96) 406 final.

enfoque basado en los derechos enfatizó la necesidad de identificar y remover barreras para la plena participación de las personas discapacitadas, y ayudar a establecer la igualdad y el valor de la diversidad humana en la política comunitaria de discapacidad. La Comunicación fue aprobada por el Consejo y los Estados miembros en una Resolución sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad⁸. Como tal, el modelo social supone una reformulación crítica de la perspectiva tradicional que asume como premisa básica que la discapacidad no es una construcción médica sino social.

Un claro exponente de la estrategia del cambio fue la aprobación de la legislación contra la discriminación que establece el marco jurídico de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohíbe la discriminación directa e indirecta, así como el acoso y la orden de discriminar por varios motivos, entre lo que se incluye la discapacidad. Además existen disposiciones específicas para fomentar la igualdad de trato para las personas con discapacidad. Los empleadores públicos y privados, así como los demás destinatarios de la Directiva, como los proveedores de formación, deben realizar ajustes razonables para las personas con discapacidad. Asimismo, deben adoptar las medidas adecuadas para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o recibir formación⁹.

En la directiva comunitaria el concepto de discapacidad no está definido. Los beneficiarios de las medidas recogidas en el Marco de la Directiva ni están especificados ni limitados y se permite a los Estados miembros adoptar una definición de discapacidad y fijar los contornos de la misma. Ahora bien, dicha opción tiene el riesgo de que la transposición de la Directiva comunitaria por parte de los Estados miembros no respete el espíritu y finalidad de la norma europea. En este sentido, la Comisión Europea ya había advertido en trabajos anteriores las fuertes discrepancias que existían en las legislaciones nacionales de los Estados Miembros en las definiciones y los criterios que se utilizan para determinar la discapacidad en función de sus diferentes percepciones y planteamientos. Un estudio comparativo encargado por la Comisión había puesto de

⁸ Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de 20 de diciembre de 1996 sobre la igualdad de oportunidades para las personas con minusvalías [Diario Oficial C 12 de 13.1.1997].

⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el plan de acción europeo 2006–2007, p. 6.

relieve que las personas con discapacidad no constituyen un grupo homogéneo y que existen múltiples definiciones de discapacidad¹⁰.

Precisamente, la norma británica— Disability Discrimination Act 1995 (Ley de 1995 relativa a la discriminación por motivo de discapacidad), que tiene como finalidad esencial prohibir toda discriminación contra las personas con discapacidad, especialmente en materia de empleo, había sido criticada con anterioridad al fallo comunitario por parte de la doctrina porque había formulado la discapacidad sobre la base de factores médicos y excluía además a algunos colectivos que en otras circunstancias formarían parte de las personas discapacitadas objeto de tutela¹¹, a lo que se añade, la tendencia de los tribunales a interpretar la definición en un sentido rígido y formal, frustrando de este modo los objetivos más amplios de la Unión Europea¹². La norma británica considera que “se practica discriminación contra una persona con discapacidad cuando, a) por un motivo relacionado con la discapacidad que padece la persona con discapacidad, se trata a ésta de un modo menos favorable a como se trata o trataría a otras personas a las que no se aplica el motivo en cuestión, y b) siempre que no pueda demostrarse que tal trato esté justificado” (artículo 3 A, apartado 1). Precisa a continuación dicha norma que se considera que “se practica discriminación directa contra una persona discapacitada cuando se dispensa a ésta, por motivo de la discapacidad que padece, un trato menos favorable que el que obtiene u obtendría una persona que no tenga esa discapacidad específica y cuyas características pertinentes, incluidas las capacidades, sean las mismas que las de la persona discapacitada o no difieran sensiblemente de ellas” (artículo 3 A, apartado 4).

Tal y como han puesto de relieve los autores, la legislación británica se basa en la visión ortodoxa de la discapacidad, conforme a la cual los impedimentos de la persona con discapacidad son la causa de la discapacidad en vez de la forma en que la Sociedad está organizada. La ley establece sólo una protección limitada de la discriminación en el empleo¹³. Según dicha norma, la discapacidad es un concepto médico, basado en el daño psíquico o físico que sustancialmente limita la funcionalidad del individuo. La redacción de la norma

¹⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, Bruselas 30.10.2003. COM (2003) 650 final, p. 7.

¹¹ Así lo ponen de manifiesto Barnes, C. y Mercer, G., *Disability, work, and welfare: challenging the social exclusion of disabled people*, cit., p. 534.

¹² Wells, K., *The impact of the Framework Employment Directive on UK disability discrimination law*, *Industrial Law Journal*, 32 (4), 2003, p. 256.

¹³ Barnes, C., *A working social model? Disability, work and disability politics in the 21 st century*, *Critical Social Policy*, 2000, 20, pp. 447–448.

refleja los orígenes de la discapacidad que concibe la misma como un problema personal del individuo, directamente causado por sus limitaciones y no referido a ningún factor externo¹⁴.

En esta dirección, las palabras del Tribunal Comunitario son esclarecedoras en el sentido que frente a la interpretación restrictiva británica apoya una concepción amplia del ámbito subjetivo protegido por la Directiva Comunitaria que no sólo comprende a la persona efectivamente discapacitada sino que también protege a los trabajadores que tienen hijos discapacitados a su cuidado que precisamente por razón de la discapacidad de sus hijos sufran tratos discriminatorios en el empleo. Los objetivos de la Directiva Marco sobre la Igualdad no son respetados por el sistema vigente británico y entran en conflicto con éste al recoger una definición de la discapacidad que por su carácter restrictivo y esencialmente médico no resulta suficiente para combatir la discriminación por razón de la discapacidad

La interpretación formulada constituye, según nuestra opinión, un avance muy significativo del modelo social de discapacidad que en esta ocasión extiende su tutela a los cuidadores. Se amplía el ámbito de protección de la norma comunitaria a los cuidadores que se ven afectados negativamente en el empleo por la discapacidad de las personas a las que prestan cuidados y asistencia. Lo que se comprende si se atiende a la complejidad del fenómeno de la discapacidad donde hay al menos dos sujetos implicados en la relación; el que necesita y el que es necesitado, siendo este último en muchas ocasiones discriminado en el empleo. Precisamente, por tales motivos, algunos autores habían demandado con anterioridad al fallo comunitario la extensión del estatuto de discapacitado a sus cuidadores¹⁵.

Pero, más allá de este análisis, se debe advertir en este punto del control que ha ejercido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la calidad de la norma de incorporación. Esto es, junto al control puramente formal de transposición de la norma comunitaria en el plazo estipulado, se debe poner de relieve el principio de calidad de la norma de incorporación que se traduce en la exigencia de que la Directiva se incorpore a un texto que regule de manera completa la materia de que se trate, sin lagunas ni omisiones¹⁶. Apli-

¹⁴ Wells, K., *The impact of the Framework Employment Directive on UK disability discrimination law*, cit., pp. 253–256.

¹⁵ El perfil social del cuidador es el de una mujer, que tiene una edad intermedia entre 50 y 60 años como promedio, no tiene empleo, si antes lo tuvo, ha tenido que abandonarlo y que dedica más de 40 horas semanales al cuidado del dependiente, asumiendo casi en exclusiva el cuidado del mismo, Durán Heras, M^a A., *Dependientes y cuidadores: el desafío de los próximos años*, cit., pp. 59 y 60.

¹⁶ Pascua Mateo, F., *Derecho comunitario y calidad del ordenamiento español*, Madrid, Civitas, 2006, p. 276.

cando el referido principio, el Tribunal de Justicia rechaza de plano los actos de incorporación parcial de las Directivas comunitarias, así como también, las incorporaciones que sean contrarias a los fines y espíritu del Derecho comunitario. Con todo ello, se pone de relieve que el margen de maniobra que se reconoce a los Estados miembros no es discrecional, tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia¹⁷. La libertad interpretativa del legislador nacional queda condicionada por el deber de incorporar el contenido completo de la norma objeto de transposición, lo que supone también el respeto del espíritu y finalidad de dicha norma¹⁸.

3.2. El reconocimiento de la doctrina de la discriminación transferida

No cabe duda que cuando un individuo experimenta situaciones de discriminación debido a que él posee una de las características recogidas en las Directivas Comunitarias (sexo, raza, discapacidad, etc.), el Derecho Comunitario y, de forma derivada, las leyes internas de los Estados Miembros contienen mecanismos para erradicar tales prácticas. Sin embargo, hasta ahora no se había planteado, al menos en el ámbito de la Unión Europea, qué ocurre en la situación en la que un sujeto experimenta discriminación no debido a las características que él o ella posee, tales como su propia discapacidad, origen étnico o religión, sino debido a la relación que mantiene con alguien que posee tales características. Esto es, se trata del supuesto donde el sujeto A discrimina contra el sujeto B a causa del vínculo de B con el sujeto C. Esta nueva forma de discriminación es lo que se ha denominado discriminación transferida (*transferred discrimination*) y la cuestión que se plantea aquí es si tal situación está protegida por el Derecho Comunitario.

3.2.1. Orígenes y desarrollo de la discriminación transferida

Los orígenes de la doctrina de la Discriminación Transferida se hallan en la propia legislación británica y en su desarrollo por los Jueces y Tribunales. La doctrina de la discriminación transferida surge de una sutil diferencia en el lenguaje usado en la definición de la discriminación directa en la norma británica que se dirige a combatir la discriminación por razón de raza, *The Race Relations Act 1976*. Esta diferencia en el lenguaje con respecto a otras normas

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, asunto C-377/98.

¹⁸ Pascua Mateo, F., *Derecho comunitario y calidad del ordenamiento español*, cit., p. 294.

con finalidad semejante, como por ejemplo la norma contra la discriminación por razón de sexo, ha creado la posibilidad que la discriminación directa por raza pueda ser alegada cuando una persona alega que ha sido discriminado por razón de la raza de un tercero.

Si bien es cierto que la legislación no establece explícitamente que la discriminación transferida es protegida, los Tribunales ingleses han interpretado que la prohibición de discriminación por razón de la raza tutela tales modalidades de discriminación. A través de una formulación amplia de la expresión “on racial grounds” se alcanza la conclusión por los Tribunales de que tales normas protegen tanto a la persona que posee las características calificadas como discriminatorias como también a otros sujetos vinculados con los primeros. Precisamente, en el Caso *Showboat Entertainment Centre Ltd. v. Owens* el Employment Appeals Tribunal señaló que el término “on racial grounds” protege tanto los casos en los que la discriminación ocurre sobre la base de las características de la raza del trabajador como aquéllos otros en los cuales la discriminación acontece sobre la base de las características de otros¹⁹.

En definitiva, en el Reino Unido la cuestión de la discriminación transferida ha sido explícitamente introducida en el ámbito de la legislación a través del Case Law en los supuestos de discriminación por razón de la raza, orientación sexual, religión o creencia. La norma aprobada sobre orientación sexual y religión o creencias sigue el texto de la norma sobre la raza y en consecuencia adopta un enfoque similar. La *Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003* utiliza una redacción semejante a la empleada en la *Race Relations Act 1976* permitiendo entonces que los casos de discriminación transferida formen parte del campo de aplicación de esta ley. El uso de la expresión “on the grounds of sexual orientation/religion or belief” (en vez de “on the grounds of his/her sexual orientation/religion or belief”) adopta la fórmula usada en la norma sobre la raza que, como se ha dicho, ha sido interpretada ampliamente por los Jueces y Tribunales. Esta elección de las palabras “on the grounds of sexual orientation/religion or belief” se ha calificado de deliberada e intencionada para incluir la discriminación transferida. Lo que por otra parte es confirmado en las notas explicativas de esta nueva regulación donde se señala que: “la discriminación directa protege la discriminación contra una persona por razón de su orientación sexual/religión o creencia o de alguien con el que está asociado. Por ejemplo, un trabajador podría ser tratado menos favo-

¹⁹ [1984] 1 WLR 384. Forshaw, S. y Pilgerstorfer, M., *Taking Discrimination Personally? An analysis of the Doctrine of Transferred Discrimination*, *King's Law Journal*, 19, 2008, p. 268.

rablemente por razón de la religión de su compañero, o porque su hijo es gay”²⁰.

Resulta interesante poner de relieve aquí que frente a las regulaciones expuestas en materia de raza, orientación sexual y creencias religiosas, la Disability Discrimination Act 1995 no recoge la discriminación transferida. Esto significa que, por ejemplo, cuando un trabajador es despedido porque tiene un hijo discapacitado, éste trabajador no tiene la posibilidad de impugnar el despido alegando las disposiciones contenidas en la Disability Discrimination Act 1995.

De todo lo expuesto, cabe deducir que la regulación británica no adopta un enfoque coherente en todas las normas que prohíben la discriminación por lo que se refiere a la discriminación transferida. Parece que no hay protección común para tal discriminación en la Sex Discrimination Act 1975, la Disability Discrimination Act 1995 y la Age Regulations pero que sí se permite una aplicación amplia de esta doctrina en la Race Relations Act 1976 y la Sexual Orientation and the Religion or Belief Regulations 2003.

Es evidente que, tras el fallo judicial comunitario, en el Derecho de la Unión Europea existe el concepto de discriminación transferida, al menos por lo que se refiere a la discapacidad. El Caso Coleman reconoce por primera vez como una materia propia del Derecho Comunitario, la noción de discriminación por transferencia. Pero, incluso con anterioridad a dicha Sentencia, cabía defender la existencia de tal concepto por los siguientes argumentos. En primer lugar, cabe alegar que la definición de discriminación directa en las Directivas 2000/78 y 2000/43 es materialmente idéntica a la recogida en la norma británica, Race Relations Act 1976. Conviene recordar en este punto que el artículo 2, apartado 1, de las citadas Directivas, define el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1. Añade el apartado 2 que existe discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1.

En segundo lugar, la tesis que sostiene que la discriminación por asociación es tutelada en determinadas circunstancias por las citadas Directivas es compartida también por la Comisión Europea. Así se deduce al menos de la lectura del Informe Anual de 2005 referido a la Igualdad y no Discriminación, que señala que el propósito de estas Directivas es “proteger a todos contra la

²⁰ DTI, Explanation of the Provisions of the Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003 and Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003, [23]. Puede consultarse en: <http://www.berr.gov.uk/files/file29350.pdf>.

discriminación por razón de la raza u origen étnico, sus creencias, su edad, su orientación sexual o cualquier discapacidad que padezcan...Esto se aplica igualmente a cualquiera que es discriminado por razón de su asociación con las personas de cierta raza, religión, orientación sexual, etc.”²¹.

En tercer lugar, cabe destacar que abunda más en la idea expuesta que en algunos países comunitarios se ha incluido la discriminación transferida bien a través del acto de transposición de las Directivas Comunitarias o la interpretación posterior que se ha dado por los Tribunales a esta legislación nacional de transposición. Así, por ejemplo, las legislaciones contra la discriminación de Suecia e Irlanda se modificaron en 2003 y 2004 respectivamente con el propósito de adaptarlas al texto de las normas europeas y ambas normas prohibieron la discriminación por asociación. Concretamente, la norma irlandesa, la Employment Equality Act 1998–2004, establece que: “*A los propósitos de esta norma... la discriminación ocurre cuando...(b) una persona es asociada con otra persona– Es tratada por virtud de la asociación, menos favorablemente que una persona que no es asociada, ha sido o sería tratada en una situación comparable*”. Por lo que se refiere a la legislación sueca, la Prohibition of Discrimination in Working Life of People with Disability Act, prohíbe que “*un empresario rechace una solicitud de empleo o trate a un trabajador peor que a otros, de lo que sería tratado otra persona en una situación comparable, cuando la desventaja esté conectada a la discapacidad*”. Normas parecidas pueden encontrarse en la legislación sueca relativa a la discriminación por razón de la etnia, religión o creencia, y orientación sexual²².

En definitiva, la ausencia de definiciones en la Directiva 2000/78 concede un considerable potencial al Tribunal Comunitario para desarrollar el derecho

²¹Equality and non-Discrimination Annual Report 2005. European Commission. http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/annualrep05_en.pdf. Vid. Waddington, L., *Protection for family and Friends: Addressing Discrimination by Association*, European Anti-Discrimination Law Review, Issue N. 5, 2007, pp. 15–16.

²²Otros países han incluido la prohibición de discriminación pero en este caso limitando explícitamente dicha prohibición a la discapacidad, mientras que no han otorgado una atención similar a otras formas de discriminación por asociación. La razón de esta opción se debe al particular riesgo de discriminación que tienen aquellos que facilitan cuidados o asistencia a las personas con discapacidad, así como también la necesidad de promover la provisión de asistencia a los individuos con discapacidad. Las Leyes austríacas, Disability Equality Act and Act on the Employment of People with Disabilities extienden la protección de la discriminación a aquellos que son requeridos para realizar deberes de cuidado en relación con miembros de su familia o compañeros con una discapacidad. Una motivación similar se observa en la legislación francesa que ha extendido el derecho a una específica forma de ajustes razonables a los familiares de las personas con discapacidad bajo determinadas circunstancias. El objetivo de tal ajuste es permitir a los miembros de la familia apoyar a los individuos con discapacidad, Waddington, L., *Protection for family and Friends: Addressing Discrimination by Association*, cit., pp. 17–20.

a la igualdad de las personas discapacitadas en el empleo. El Tribunal Comunitario puede asegurar la más amplia protección para la discriminación “on grounds of disability” desarrollando un poco más el modelo social de la discapacidad²³. Esto es lo que ha ocurrido precisamente en el Caso Coleman. Aunque las Directivas no confieren de forma explícita protección a los individuos discriminados por asociación, simplemente interpretando la expresión “on grounds of” a la luz del significado actual, la protección de la discriminación directa se ha extendido a los individuos que experimentan desventajas basadas en la asociación con otra persona. Un trabajador que es discriminado porque tiene un hijo con discapacidad es, después de todo, discriminado “on the grounds” de la discapacidad.

3.2.2. *Las diferentes manifestaciones de la discriminación transferida y el alcance de la doctrina*

La problemática de la discriminación transferida no es del todo sencilla porque, debido a su novedad, suscita importantes interrogantes pendientes de solución. En primer lugar, debemos advertir que bajo esta categoría cabe identificar diferentes formas de discriminar y que, en principio, todas ellas son conductas discriminatorias²⁴. La primera modalidad aglutina los supuestos de discriminación por asociación (Discrimination by Association), entendiéndose por tales las situaciones en las que un individuo es discriminado por razón de la discapacidad de otro con el que se encuentra vinculado. El caso Coleman encaja en esta modalidad y es el supuesto que ha sido expresamente tutelado por la reciente jurisprudencia comunitaria.

A su vez, se debe hacer referencia a los casos que implican órdenes discriminatorias (Discriminatory Instructions). Se trata del supuesto en el que un individuo es objeto de un perjuicio o es despedido como resultado de incumplir una orden discriminatoria. Un ejemplo es el caso británico *Showboat Entertainment Centre Ltd v. Owens* donde Owens alega que ha sido despedido porque ha rechazado cumplir una orden discriminatoria por razón de raza que consistía en excluir a las personas de una particular etnia del centro de entretenimiento de su empleador. Owens presentó una reclamación de discriminación por razón de raza. El Tribunal afirmó que la frase “on racial grounds” es

²³ Wells, K., *The impact of the Framework Employment Directive on UK disability discrimination law*, cit., p. 262.

²⁴ Las diferentes manifestaciones son expuestas y desarrolladas en el trabajo de Pilgerstorfer, M. y Forshaw, S., *Transferred Discrimination in European Law*, *Industrial Law Journal*, Vol. 37, No. 4, 2008, pp. 390–392.

susceptible de ser interpretada de forma restrictiva con el resultado de que sólo se aplica a la raza del individuo objeto de un trato menos favorable, o, alternativamente, cabe una interpretación más amplia, que podría referirse a la raza de alguien diferente del individuo objeto de un trato menos favorable. El Tribunal dictaminó que la segunda de las interpretaciones era la correcta. En palabras del Tribunal “ciertamente el principal objetivo de la legislación es dar protección a los discriminados por razón de sus propias características de raza. Sin embargo, la expresión “on racial grounds” es perfectamente adecuada en su sentido ordinario para proteger cualquier acción discriminatoria basada en la raza”.

En este punto, conviene subrayar que la doctrina que fue originariamente diseñada para articular un mecanismo de tutela para aquellos supuestos donde un individuo es discriminado por asociación con otro que posee las características protegidas ha sido ampliada en una serie de casos relativos a individuos que han sido despedidos u objeto de un perjuicio con motivo de la negativa a ejecutar una orden discriminatoria dictada por su empresario. La doctrina británica califica este desarrollo de poco afortunado porque abre la puerta a una interpretación extremadamente amplia de la discriminación transferida que va más lejos de la intención del Parlamento cuando éste aprobó la legislación contra la discriminación²⁵. Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho Comunitario, no cabe duda que se trata de un supuesto protegido por la norma. Conviene recordar que la Directiva 2000/78 en su artículo 2.4 establece que “toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos indicados en el artículo 1 se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1”.

En segundo lugar, el caso Coleman se refiere a la discapacidad pero cabe plantear si la doctrina sentada en este supuesto es trasladable al resto de las causas de discriminación (por origen racial o etnia, religión, orientación sexual, etc.) o por el contrario limita su campo de aplicación a la discapacidad. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no ha aclarado nada al respecto. Sin embargo, los argumentos expuestos en la Sentencia Comunitaria son perfectamente trasladables al resto de las causas de discriminación. En concreto, la Directiva 2000/43, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, emplea la misma fórmula amplia en la definición de la discriminación objeto de tutela por la norma. Dicha norma define en el artículo 2, párrafo 1, el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico. A su vez, el párrafo segundo

²⁵ Forshaw, S. y Pilgerstorfer, M., *Taking Discrimination Personally? An analysis of the Doctrine of Transferred Discrimination*, cit., p. 291.

del mismo artículo señala que “a efectos del apartado 1: a) existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable”. Siguiendo el razonamiento del Tribunal Comunitario, la Directiva no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en la misma. En este punto, conviene recordar de nuevo el Informe de 2005 referido a la Igualdad y no Discriminación que refuerza la argumentación expuesta al señalar que la Directiva 2000/43 junto con la Directiva 2000/48 se aplican también a cualquiera que es discriminado por razón de su asociación con las personas de cierta raza, religión, orientación sexual, etc.

3.3. Los efectos del caso Coleman en España

El análisis del bloque normativo relativo a la discapacidad pone de relieve un ligero avance en nuestro país desde el modelo rehabilitador hacia el modelo social de discapacidad. Esto significa que algunas parcelas de este conjunto de normas conservan la lógica asistencial o rehabilitadora para combatir la exclusión de las personas discapacitadas del empleo. Así, por ejemplo, la definición de minusválido que recoge la Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos, adopta una ideología netamente rehabilitadora porque la norma concibe que la disminución de las posibilidades de integración laboral o social de una persona con discapacidad es la consecuencia directa y exclusiva de una deficiencia. En la misma dirección, supedita la integración de las personas con discapacidad a la rehabilitación, siendo ésta una de las características del modelo rehabilitador. Con ello, excluye toda consideración de las carencias o falta de adaptación de la propia sociedad y del entorno²⁶.

Frente a ello, la Ley 51/2003, de 3 diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, desde la propia Exposición de Motivos, reconoce que las desventajas que muchas veces padece la persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales pero también— y sobre todo— en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos. Siguiendo esta lógica, las medidas previstas son la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal.

²⁶ Palacios, A., *¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el Derecho Español*, en AA.VV. Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina, Madrid, Dykinson, 2007, espec., pp. 268–305.

A los efectos de este Comentario, se debe prestar una especial atención a la noción de discriminación adoptada por las normas nacionales de transposición de la Directiva 2000/78 con el propósito de verificar si se ha incluido expresamente la discriminación transferida, tal y como han hecho otros países europeos. En este sentido, la Ley 51/2003 en su artículo 1 señala que tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Define la igualdad de oportunidades como la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social. Más adelante, el artículo 6 de la citada ley clarifica que las medidas contra la discriminación son aquellas que tienen por finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable.

En parecidos términos, la Ley 62/2003, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, introduce numerosas modificaciones para adaptar la legislación laboral a las directrices comunitarias. Las más importantes se refieren a la modificación del párrafo c) del apartado 2 del artículo 4 del ET que añade la razón de la discapacidad entre las causas ilegítimas de diferenciación de trato. Se modifica asimismo el artículo 17, apartado 1, al declararse nulos y sin efecto alguno los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de la discapacidad. La Ley introduce en el apartado 2 del artículo 54 la figura del acoso mediante la prohibición del mismo por razón de discapacidad sea al empresario o a las personas que trabajan en la empresa. Se modifica también el artículo 96 de la LPL introduciendo la inversión de la carga de la prueba, de forma que en aquellos procesos en que las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad, corresponderá al empresario la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

De todo lo expuesto, cabe deducir que la legislación española de transposición de la Directiva 2000/78 no ha reconocido de forma explícita la doctrina de la discriminación transferida, a diferencia de la experiencia comparada analizada. Pero tampoco ha optado por restringir el principio de igualdad de trato y no discriminación a las personas discapacitadas como por ejemplo sí hizo Gran Bretaña. La norma española utiliza la fórmula amplia al igual que la Directiva comunitaria, prohibiendo la discriminación que tenga su causa en una discapacidad.

Lo que parece claro es que a partir del fallo comunitario debe prevalecer una interpretación amplia de esta normativa que comprenda los tratamientos peyorativos que se fundamenten no sólo en la pura y simple constatación de la discapacidad de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tenga con la discapacidad de una persona una conexión directa e inequívoca. Con todo ello, se ofrecen nuevas pautas de análisis a las situaciones laborales que incidan no ya exclusivamente sobre los trabajadores discapacitados sino también sobre aquellos otros estrechamente vinculados con los primeros y que son también víctimas de discriminación. La interpretación formulada contribuye a reforzar la perspectiva constitucional de aquellas prácticas de empresa que afecten a los trabajadores–cuidadores de hijos o familiares con discapacidad y que supongan desigualdades de trato sin una justificación objetiva y razonable. El rechazo injustificado en los procesos de selección, el cambio de puesto de trabajo a otro con requerimientos funcionales y de responsabilidad muy inferiores tras la finalización del permiso por maternidad, o en fin, las decisiones disciplinarias (como el despido) por razón de la discapacidad de su hijo o familiar deberán ser objeto de revisión bajo los parámetros del principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación.

Reseña de Legislación

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

Prof. Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

DECRETO 536/2008, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 246/2003, de 2 de septiembre, por el que se regulan los ingresos y traslados de personas con discapacidad en Centros residenciales y Centros de día, y el Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, por el que se regulan la organización y funciones de los Centros de Valoración y Orientación de personas con discapacidad de Andalucía. (BOJA núm. 12 de 20 de enero)

La norma que se comenta modifica a su vez a otras dos normas precedente: el Decreto 246/2003, de 2 de septiembre, por el que se regulan los ingresos y traslados de personas con discapacidad en Centros residenciales y Centros de día y el Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, por el que se regulan la organización y funciones de los Centros de Valoración y Orientación de personas con discapacidad en Andalucía. Con relación a la primera de las normas, la modificación obedece a la necesidad de redefinir la tipología de Centros Ocupacionales, que pasan a denominarse Unidades de Estancia Diurna con Terapia Ocupacional, para incluir en su ámbito de actuación a personas con discapacidad, independientemente de cual sea su grado de autonomía. Adicionalmente, se introduce la posibilidad de una reserva temporal de la plaza en estos centros para fomentar la

realización de un trabajo de duración determinada o de un curso de Formación Profesional para el Empleo. Por otra parte, se atribuye a la Dirección General competente en materia de personas con discapacidad la competencia para dictar resolución en los casos de ingreso por urgencia social en un Centro residencial, que hasta ahora recaía en las Delegaciones Provinciales correspondientes. Con relación a la segunda, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, previó la creación de equipos multiprofesionales para asegurar una atención interdisciplinaria para facilitar la integración de estos en su entorno. El Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los Centros Especiales de Empleo, estableció que para el acceso al empleo, la oficina de empleo recabaría de los equipos

multiprofesionales informe sobre adecuación a las características del puesto de trabajo de los trabajadores que se encontrasen inscritos como demandantes de empleo. Por su parte, el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se regulan los Centros Especiales de Empleo, atribuye a los equipos multiprofesionales de valoración que determinen las posibilidades de integración real y capacidad de trabajo de las personas con discapacidad que se incorporen a los Centros Especiales de Empleo. Con el Real Decreto 1752/1984, de 1 de agosto, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía, de servicios y funciones de la Seguridad Social en materias encomendadas al Instituto Nacional de Servicios Sociales, estos equipos, continúan realizando estas funciones. Por último, el Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, regula la organización y funciones de los Centros de Valoración y Orientación de personas con discapacidad de Andalucía, en desa-

rollo y aplicación de lo establecido en la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a Personas con Discapacidad en Andalucía. La evolución de las tasas de incorporación de las personas con discapacidad al mercado de trabajo, y la asunción por la Comunidad Autónoma de Andalucía de las políticas activas de empleo justifican, a juicio del gobierno andaluz, la desvinculación a los centros de valoración y orientación de algunas de las funciones otorgadas por la normativa citada a los equipos multiprofesionales en materia de integración laboral, para ser asumidas por el Servicio Andaluz de Empleo. Por su parte, el art. 3 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, por la que se crea el Servicio Andaluz de Empleo, atribuye a dicho organismo, entre otras funciones, la orientación e información profesional, y las acciones de apoyo para la mejora de la cualificación profesional y el empleo.

DECRETO 48/2009, de 3 de marzo, por el que se crea la Comisión Consultiva Tripartita en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Andalucía. (BOJA núm. 53 de 18 de marzo).

El artículo 63.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Junta de Andalucía la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora en materia de empleo y relaciones laborales, y añade que, a través de los mecanismos de cooperación previstos en el propio Estatuto de Autonomía, se establecerán las fórmulas de garantía para el 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. La Ley

42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, configura a ésta como un 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.

La Orden de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de 18 de octubre de 2000, publicó el acuerdo bilateral entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Andalucía como instrumento para impulsar y asegurar la efectividad de los principios de colaboración y cooperación entre ambas Administraciones y la adecuación al modelo del Estado Autonómico, regulándose en dicho instrumento bilateral la Comisión Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía. En este sentido, la disposición final primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, establece que las organizaciones sindicales y empresariales más representativas serán consultadas y podrán formular propuestas sobre los objetivos y programas del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ámbito de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, a través de órganos de representación de carácter consultivo de composición tripartita y paritaria. La

norma objeto de comentario tiene por objeto la mejora de la eficacia y eficiencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, institucionalizando la colaboración y cooperación administrativa, así como la participación social en el ámbito de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, mediante la creación de un órgano «ad hoc» en la Comunidad Autónoma de Andalucía, bajo la denominación de Comisión Consultiva Tripartita en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía, órgano colegiado asesor, adscrito a la Viceconsejería de la Consejería de Empleo (art. 1). La Comisión, de naturaleza tripartita, estará integrada por representantes de la Administración Pública y de las Organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel regional (art. 2). La Comisión ejercerá funciones propositivas con relación a las estrategias de actuación, iniciativas, prioridades y objetivos de la Inspección y de información en materia de recursos humanos y en materia de ejecución de las actuaciones de la Inspección (art. 3).

ORDEN de 3 de diciembre de 2008, por la que se establece para el año 2009 la población con derecho a la prestación asistencial dental que regula el decreto 281/2001, de 26 de diciembre. (BOJA núm. 5 de 9 de enero)

La disposición adicional única, apartado segundo, del Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, por el que se regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autónoma de Andalucía reconoce al titular de la Consejería de Salud la competencia de determinar los grupos de edad que se incorporan anualmente a la garantía de la prestación reconocida en el

mismo, incluyéndose, en cualquier caso, los niños que cumplan seis años. El artículo único de la Orden comentada reconoce para el presente año el derecho a la asistencia dental básica y a los tratamientos especiales establecidos en el

Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, a los niños y niñas nacidos en los años 1994 a 2003, ambos inclusive.

RESOLUCIÓN de 23 de diciembre de 2008, del Instituto Andaluz de la Mujer, por la que se convoca la concesión de subvenciones a Ayuntamientos, Mancomunidades de Municipios y Consorcios para el desarrollo del Programa de Unidades de Empleo de Mujeres (Unem) durante el año 2009. (BOJA núm. 8 de 14 de enero)

La disposición Final 1ª de la Orden de 26 de junio de 2007, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a Ayuntamientos, Mancomunidades de Municipios y Consorcios para el desarrollo del Programa de Unidades de Empleo de Mujeres (Unem) encomienda a la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer la realización de las convocatorias anuales de dichas ayudas, y para la adopción de las medidas necesarias en su ejecución y aplicación. El art. 1 de la Orden comentada contiene la convocatoria de estas subvenciones para el ejer-

cicio de 2009. 4.º La financiación de las subvenciones se efectuará con cargo a los créditos presupuestarios del Instituto Andaluz de la Mujer, participando en la misma la Unión Europea a través del Fondo Social Europeo, y quedando su concesión condicionada a las disponibilidades presupuestarias del ejercicio 2009. El abono de las subvenciones que se concedan se llevará a cabo mediante un único (art. 5). El plazo de ejecución de las acciones objeto de subvención será el comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2009 y el plazo para justificar el empleo de la misma finalizará el día 31 de marzo de 2010 (art. 6).

RESOLUCIÓN de 20 de enero de 2009, por la que se anuncia la convocatoria para el año 2009 para la solicitud de las subvenciones destinadas a Consorcios Escuela de Formación para el Empleo participados por la Junta de Andalucía reguladas en la Orden de 10 de mayo de 2005. (BOJA núm. 29 de 12 de febrero)

La Orden de 10 de mayo de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a Consorcios Escuela de Formación para el Empleo participados por la Junta de Andalucía (BOJA núm. 106, de 2 de junio de 2005), establece en su Disposición Adicional Segunda que la convocatoria para sucesivos ejercicios de las subvenciones destinadas a los referidos Consorcios Escuela se realizará mediante Resolución del Consejero de Empleo, en la que se fijará el plazo

de presentación de solicitudes. El artículo primero de la Resolución comentada procede a convocar para el año 2009 las subvenciones reguladas en la Orden de 10 de mayo de 2005, estableciendo el plazo de presentación de solicitudes en veinte días naturales desde el día siguiente de su publicación oficial. Los beneficiarios de las subvenciones previstos en la norma son los Consorcios Escuela relacionados en el Anexo I de la mencionada Orden de 10 de mayo de 2005.

CONSEJERÍA PARA LA IGUALDAD Y BIENESTAR SOCIAL

DECRETO 536/2008, de 30 de diciembre, por el que se modifica el Decreto 246/2003, de 2 de septiembre, por el que se regulan los ingresos y traslados de personas con discapacidad en Centros residenciales y Centros de día, y el Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, por el que se regulan la organización y funciones de los Centros de Valoración y Orientación de personas con discapacidad de Andalucía.

El presente Decreto tiene como finalidad modificar, por una parte el Decreto 246/2003, de 2 de septiembre, por el que se regulan los ingresos y traslados de personas con discapacidad en Centros residenciales y Centros de día, y por otra el Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, por el que se regulan la organización y funciones de los Centros de Valoración y Orientación de personas con discapacidad en Andalucía.

En cuanto al primero, la modificación del Decreto 246/2003, de 2 de septiembre, obedece, por un lado, a la necesidad de redefinir la tipología de Centros Ocupacionales, que pasan a denominarse Unidades de Estancia Diurna con Terapia Ocupacional, para incluir en su ámbito de actuación a personas con discapacidad, independientemente de cual sea su grado de autonomía. Asimismo, se introduce la posibilidad de una reserva temporal de la plaza en estos centros para fomentar la realización de un trabajo con carácter temporal o de un curso de Formación Profesional para el Empleo.

Por otra parte, se atribuye a la persona titular de la Dirección General competente en materia de personas con discapacidad la competencia para dictar resolución en los casos de ingreso por urgencia social en un Centro residencial, que hasta ahora recaía en las personas titulares de las Delegaciones Provinciales correspondientes.

En relación al Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, la Ley 13/1982,

de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, previó la creación de equipos multiprofesionales para asegurar una atención interdisciplinaria a cada persona que lo precisara, para garantizar su integración en su entorno sociocomunitario. Entre sus funciones estaba la de acreditar las condiciones personales de aptitud para su integración laboral.

El Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo, estableció que para el acceso al empleo, la oficina de empleo recabaría de los equipos multiprofesionales informe sobre adecuación a las características del puesto de trabajo de los trabajadores que se encontrasen inscritos como demandantes de empleo.

Por su parte, el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se regulan los Centros Especiales de Empleo, atribuye a los equipos multiprofesionales de valoración que determinen las posibilidades de integración real y capacidad de trabajo de las personas con discapacidad que se incorporen a los Centros Especiales de Empleo.

Desde que se ponen en marcha los equipos de valoración y orientación en España se vienen desarrollando estas funciones. Tras el Real Decreto 1752/1984, de 1 de agosto, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía, de servicios y funciones de la Seguridad Social en materias encomendadas al Instituto

Nacional de Servicios Sociales, estos equipos, integrados en los centros de valoración y orientación de las personas con discapacidad, continúan con las mismas funciones.

El Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, regula la organización y funciones de los Centros de Valoración y Orientación de personas con discapacidad de Andalucía, en desarrollo y aplicación de lo establecido en la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a Personas con Discapacidad en Andalucía.

La evolución de la sociedad, de las tasas de incorporación de las personas con discapacidad al mercado de trabajo, y la asunción por la Comunidad Autónoma de Andalucía de las políticas activas de empleo, aconsejan desvincular a los centros de valoración y orientación de algunas de las funciones otorgadas por la normativa citada a los equipos multiprofesionales en materia de integración laboral, para ser asumidas por el Servicio Andaluz de Empleo.

Por su parte, la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, por la que se crea el Servicio Andaluz de Empleo, como Organismo Autónomo adscrito a la Consejería competente en materia de empleo, en su artículo 3 le atribuye, entre otras funciones, la orientación e información profesional, y las acciones de apoyo para la mejora de la cualificación profesional y el empleo.

Asimismo, el Consejo de Gobierno, ha aprobado mediante Acuerdo de 20 de noviembre de 2007 el Plan de Empleabilidad para las personas con discapacidad en Andalucía 2007-2013, en el que se manifiesta que la Consejería de Empleo se constituye como organismo responsable de las políticas autonómicas de empleo para personas con discapacidad. Este mismo Plan, contempla como principios transversales la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, así como la adop-

ción del enfoque integrado de género en el diseño, ejecución y evaluación de todas las actuaciones contenidas en él.

Por otro lado, y en consonancia con la legislación vigente en materia de igualdad de género, la puesta en marcha de las modificaciones que contienen el presente Decreto tienen como referencia la consideración efectiva del objetivo de la igualdad por razón de género en su aplicación y desarrollo, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

Por todo ello, y en aras de una clarificación normativa, se ha estimado conveniente la modificación del Decreto 258/2005, de 29 de noviembre.

En su virtud, de conformidad con las disposiciones finales primera y segunda de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las personas con discapacidad en Andalucía, y en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 27.9 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta conjunta del Consejero de Empleo y de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 30 de diciembre de 2008,

DISPONGO

Artículo primero. Modificación del Decreto 246/2003, de 2 de septiembre, por el que se regulan los ingresos y traslados de personas con discapacidad en Centros residenciales y Centros de día.

El Decreto 246/2003, de 2 de septiembre, por el que se regulan los ingresos y traslados de personas con discapacidad en Centros residen-

ciales y Centros de día queda modificado como sigue:

Uno. La letra b) del artículo 4.1 queda con la siguiente redacción:

«b) Unidades de Estancia Diurna con Terapia Ocupacional: centros destinados a la atención de personas con discapacidad en edad laboral que no puedan integrarse, transitoria o permanentemente, en un medio laboral normalizado, y que, mediante la realización de tareas prelaborales u ocupacionales, pretenden la integración social y, en su caso, laboral de las personas destinatarias, mejorar su adaptación personal y social, normalizar sus condiciones de vida y, cuando sea posible, habilitarles laboralmente, garantizando la igualdad de oportunidades entre las mujeres y hombres con discapacidad.»

Dos. El apartado 3 del artículo 12 queda con la siguiente redacción:

«3. El ingreso en Unidades de Estancia Diurna con Terapia Ocupacional exigirá que la persona solicitante no pueda acceder directamente a un empleo ordinario o especial a consecuencia de su discapacidad. Excepcionalmente, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 32, podrá reservarse la plaza durante el tiempo de realización de un trabajo con carácter temporal o de un curso de Formación Profesional para el Empleo. Dicha reserva requerirá la autorización de la persona titular de la Dirección General competente en materia de personas con discapacidad o persona en quien delegue, previo informe de la correspondiente Comisión de Valoración.»

Tres. El artículo 23.1 queda con la siguiente redacción:

«1. Cuando una persona con discapacidad se halle en una situación de extrema necesidad causada por ausencia, maltrato, abandono, violencia de género, u otras circunstancias debidamente justificadas, por parte de familiares o de las personas que la viniesen atendiendo,

la persona titular de la Dirección General competente en materia de personas con discapacidad podrá dictar resolución motivada declarando su ingreso urgente en un Centro residencial, prescindiendo para ello de la relación de prioridad existente.»

Artículo segundo. Modificación del Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, por el que se regulan la organización y funciones de los Centros de Valoración y orientación de personas con discapacidad en Andalucía.

El Decreto 258/2005, de 29 de noviembre, por el que se regulan la organización y funciones de los Centros de Valoración y orientación de personas con discapacidad en Andalucía, queda modificado como sigue:

Uno. Se suprime la letra e) del artículo 4.

Como consecuencia de esta supresión, los actuales apartados f) a o) de dicho artículo pasan a ser los apartados e) a ñ), respectivamente.

Dos. Se modifica el artículo 11, que quedará redactado de la siguiente forma:

«Artículo 11. Unidad de seguimiento y evaluación laboral.

Es el órgano que colaborará con el Servicio Andaluz de Empleo en el seguimiento y evaluación de procesos de inserción en el ámbito laboral de personas con discapacidad, así como de las posibles repercusiones que, sobre las discapacidades de estos y estas trabajadoras, pudiera ocasionar el desempeño de las tareas que requiera el puesto de trabajo, tanto en el mercado ordinario de trabajo como en el ámbito del empleo protegido.»

Disposición adicional única. Competencias del Servicio Andaluz de Empleo.

En los supuestos en los que se establece en el ordenamiento jurídico

vigente, la emisión de los informes relativos a la adecuación y adaptación de puestos de trabajo a las personas con discapacidad, será competencia del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, que mediante Orden establecerá la designación del órgano competente para su emisión, así como aquellos supuestos en los que dichos informes sean preceptivos.

Disposición derogatoria única.

Normas derogadas.

Quedan derogadas cuantas normas, de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en el presente Decreto.

Disposición final primera. Habilitación normativa.

Se faculta a las personas titulares de las Consejerías competentes en

materia de empleo y de integración social de personas con discapacidad a dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución del presente Decreto.

Disposición final segunda.

Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 30 de diciembre de 2008

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de
Andalucía

GASPAR ZARRÍAS ARÉVALO
Vicepresidente Primero de la
Junta de Andalucía y Consejero de la
Presidencia

CONSEJERÍA DE EMPLEO

DECRETO 48/2009, de 3 de marzo, por el que se crea la Comisión Consultiva Tripartita en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Andalucía.

El artículo 63.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía atribuye a la Junta de Andalucía la competencia ejecutiva sobre la función pública inspectora en materia de empleo y relaciones laborales, y añade que, a través de los mecanismos de cooperación previstos en el propio Estatuto de Autonomía, se establecerán las fórmulas de garantía para el 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.

La Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección

de Trabajo y Seguridad Social, configura a ésta como un 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.

En el marco de la citada Ley, el 9 de octubre de 2000 se formalizó un acuerdo bilateral, publicado por Orden de la Consejería de Empleo y

Desarrollo Tecnológico de 18 de octubre de 2000, entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Andalucía como instrumento para impulsar y asegurar la efectividad de los principios de colaboración y cooperación entre ambas Administraciones y la adecuación al modelo del Estado Autonómico, regulándose en dicho instrumento bilateral la Comisión Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía.

El Convenio número 81 de la Organización Internacional del Trabajo señala en su artículo 5 que la autoridad competente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá adoptar las medidas pertinentes para fomentar la colaboración de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con los empleadores y trabajadores o sus organizaciones.

En este sentido, la disposición final primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, establece que las organizaciones sindicales y empresariales más representativas serán consultadas y podrán formular propuestas sobre los objetivos y programas del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el ámbito de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas, a través de órganos de representación de carácter consultivo de composición tripartita y paritaria. A tal efecto, las Comunidades Autónomas, en función de su capacidad de autoorganización, establecerán las correspondientes instancias de esta participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

El presente Decreto persigue reforzar el Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para mejorar la eficacia y eficiencia del mismo, institucionalizando la colaboración y cooperación administrativa, así como la participación social en el ámbito de la Inspección de Trabajo y

Seguridad Social, mediante la creación de un órgano «ad hoc» en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En su virtud, de conformidad con lo establecido en los artículos 21.3 y 27.9 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta del Consejero de Empleo y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su sesión del día 3 de marzo de 2009,

DISPONGO

Artículo 1. *Creación y adscripción.*

Se crea la Comisión Consultiva Tripartita en materia de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía, como órgano colegiado asesor, adscrito a la Viceconsejería de la Consejería de Empleo.

Artículo 2. *Composición y estructura.*

1. La Comisión estará integrada, de forma tripartita, por representantes de la Administración Pública, entendiéndose, a estos efectos, como tal la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía y la Dirección Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía, y de las Organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel regional, con la siguiente composición:

a) Por parte de la Administración Pública, serán miembros de la Comisión Consultiva Tripartita:

- La persona titular de la Viceconsejería de Empleo.

- La persona titular de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo.

- La persona titular de la Presidencia del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

- La persona titular de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.

- La persona titular de la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral.

- La persona titular de la Dirección Gerencia del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

- La persona titular de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Empleo.

- La persona titular de la Dirección Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía.

En caso de imposibilidad de asistencia por parte de los miembros titulares, serán sustituidos por personal funcionario de los respectivos órganos directivos y de la Dirección Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía, con rango, al menos, de Jefatura de Servicio, que hayan sido designados como suplentes por la Presidencia de la Comisión Consultiva Tripartita.

b) Cuatro representantes propuestos por las organizaciones sindicales más representativas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y designados por la Presidencia de la Comisión Consultiva Tripartita.

En caso de imposibilidad de asistencia de los miembros titulares, éstos podrán ser sustituidos por aquellos que hayan sido designados como suplentes en la misma forma establecida para el nombramiento de los vocales titulares.

c) Cuatro representantes propuestos por las organizaciones empresariales más representativas en la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional sexta del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, designados por la Presidencia de la Comisión Consultiva Tripartita.

En caso de imposibilidad de asistencia de los miembros titulares, éstos podrán ser sustituidos por aquellos que hayan sido designados como suplentes en la misma forma establecida para el nombramiento de los

vocales titulares.

2. Ostentará la Presidencia de la Comisión Consultiva Tripartita la persona titular de la Viceconsejería de Empleo, y en caso de ausencia o imposibilidad de asistencia, será sustituida por la persona titular de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo.

3. La Comisión Consultiva Tripartita será asistida por una Secretaría, con voz pero sin voto. La persona titular de esta Secretaría será nombrada por la persona titular de la Presidencia de la Comisión Consultiva Tripartita, entre el personal funcionario de carrera que preste servicio a la Consejería de Empleo, con rango al menos de Jefatura de Servicio, debiendo ser sustituida en caso de vacante, ausencia o enfermedad por otra persona designada en la misma forma dispuesta anteriormente, que deberá cumplir los mismos requisitos de la persona titular.

4. Los vocales correspondientes a las organizaciones sindicales y organizaciones empresariales más representativas, y sus suplentes, se nombrarán, por la persona titular de la Presidencia de la Comisión Consultiva Tripartita, con carácter indefinido, procediéndose a la revocación de su nombramiento a instancia de la organización que propuso el mismo.

5. De conformidad con lo establecido en el artículo 11.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, y en los artículos 18 y 19.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, el nombramiento de los miembros de la Comisión Consultiva Tripartita deberá respetar el principio de representación equilibrada de mujeres y hombres. De este cómputo se excluirán aquellos que sean miembros en razón del cargo público que desempeñan.

Artículo 3. Funciones.

La Comisión Consultiva Tripartita ejercerá las siguientes funciones:

a) Formular propuestas de estrategias para la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito territorial de Andalucía.

b) Proponer a la Consejería de Empleo iniciativas, prioridades y objetivos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, campañas de inspección y demás actuaciones inspectoras.

c) Conocer de la situación de los recursos humanos y materiales del Sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía.

d) Conocer sobre la ejecución de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Artículo 4. Funcionamiento.

1. La Comisión Consultiva Tripartita se reunirá, con carácter ordinario, al menos una vez cada seis meses, previa convocatoria de la persona que ostenta su Presidencia con una antelación mínima de diez días, y, con carácter extraordinario, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, previa convocatoria de la persona que ostenta la Presidencia, a iniciativa propia, o a petición de, al menos, seis Vocales, con aportación de la propuesta del orden del día y la documentación en que se sustenta la convocatoria.

2. Para la válida constitución de la Comisión Consultiva Tripartita, se requerirá, en primera convocatoria, la presencia de la persona titular de la Presidencia y de la persona titular de la Secretaría o, en su caso, de quienes les sustituyan, y la asistencia de todas las personas titulares de las vocalías que la integran. Una hora después de la establecida para la reunión en primera convocatoria, podrá constituirse la Comisión Consultiva Tripartita en segunda convocatoria, requiriéndose, en este caso, la presencia de la persona titular de la Presidencia y de la Secretaría o, en

su caso, de quienes le sustituyan, y la del cincuenta por ciento de los vocales de cada uno de los grupos que componen la Comisión Consultiva Tripartita.

Artículo 5. Régimen jurídico y adopción de acuerdos.

1. Los acuerdos se adoptarán por mayoría de los votos de las personas miembros presentes.

La persona titular de la Presidencia de la Comisión Consultiva Tripartita, o quien le sustituya, dirimirá con su voto los empates a los efectos de la adopción de acuerdos.

2. En todo lo no previsto por este Decreto, el régimen jurídico y actuación de la Comisión Consultiva Tripartita se ajustará a lo dispuesto en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, y en el Capítulo II del Título IV de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

Disposición final primera.

Desarrollo y ejecución.

Se habilita al Consejero de Empleo para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo de este Decreto.

Disposición final segunda.

Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 3 de marzo de 2009

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de
Andalucía

ANTONIO FERNÁNDEZ
GARCÍA
Consejero de Empleo

CONSEJERÍA DE SALUD**ORDEN de 3 de diciembre de 2008, por la que se establece para el año 2009 la población con derecho a la prestación asistencial dental que regula el decreto 281/2001, de 26 de diciembre.**

El Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, por el que se regula la prestación asistencial dental a la población de 6 a 15 años de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en su disposición adicional única, apartado 2, establece que el titular de la Consejería de Salud determinará mediante Orden los grupos de edad que se incorporan anualmente a la garantía de la prestación reconocida en el mismo, incluyéndose, en cualquier caso, los niños que cumplan seis años.

El Decreto 281/2001 anteriormente mencionado establece en su artículo 9, apartado 1, que los dentistas de cabecera privados habilitados serán retribuidos mediante sistema capítativo para la cobertura de la asistencia dental básica y por tratamiento realizado para los casos previstos de tratamientos especiales.

En su virtud, de conformidad con lo dispuesto en la habilitación contenida en el de la disposición final primera, apartado 2, del Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, y en uso de las atribuciones que me confiere el artículo 44.2 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma,

DISPONGO**Artículo único.** *Derecho a la asistencia dental*

Durante el año 2009 tendrán derecho a la asistencia dental básica y a los tratamientos especiales establecidos en el Decreto 281/2001, de 26 de diciembre, los niños y niñas nacidos en los años 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.*

Quedan derogadas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la presente Orden.

Disposición final única. *Entrada en vigor.*

La presente Orden entrará en vigor el día 1 de enero de 2009.

Sevilla, 3 de diciembre de 2008

MARÍA JESÚS MONTERO
CUADRADO
Consejera de Salud

RESOLUCIÓN de 23 de diciembre de 2008, del Instituto Andaluz de la Mujer, por la que se convoca la concesión de subvenciones a Ayuntamientos, Mancomunidades de Municipios y Consorcios para el desarrollo del Programa de Unidades de Empleo de Mujeres (Unem) durante el año 2009.

La Orden de 26 de junio de 2007, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, por la que se establecen las bases reguladoras de la

concesión de subvenciones por el Instituto Andaluz de la Mujer a Ayuntamientos, Mancomunidades de Municipios y Consorcios para el desarrollo

del Programa de Unidades de Empleo de Mujeres (Unem), en su disposición final segunda señala que la Directora del Instituto Andaluz de la Mujer efectuará las convocatorias anuales de dichas ayudas; así mismo, en su disposición final primera la faculta para adoptar las medidas necesarias en su ejecución y aplicación.

En uso de las facultades mencionadas y de conformidad con lo establecido en el Título VIII de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el Capítulo I del Título III de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, en la Ley anual del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y en el Reglamento regulador de los procedimientos de concesión de subvenciones y ayudas públicas, aprobado por Decreto 254/2001, de 20 de noviembre,

RESUELVO

1.º Se convoca la concesión de subvenciones en el ejercicio de 2009 a Ayuntamientos, Mancomunidades de Municipios y Consorcios para el desarrollo del Programa de Unidades de Empleo de Mujeres (Unem), de acuerdo con la Orden de 26 de junio de 2007, de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social (BOJA núm. 134, de 9 de julio).

2.º El plazo de presentación de las solicitudes será de un mes, contado a partir del día siguiente al de la publicación de la presente Resolución en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

La presentación de la solicitud implicará que se autoriza a este Organismo para el tratamiento automatizado de todos los datos contenidos en ella.

3.º Las solicitudes deberán formularse conforme al modelo establecido en el Anexo 1 de la Orden reguladora, acompañadas de la documentación prevista en su artículo 8. Dicho Anexo y los de los números 2 y 3 que se citan en dicho artículo se encuentran disponibles en la página web del Instituto Andaluz de la Mujer: <http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer>.

4.º La financiación de las subvenciones a que se refiere la presente convocatoria se efectuará con cargo a los créditos presupuestarios del Instituto Andaluz de la Mujer, participando en la misma la Unión Europea a través del Fondo Social Europeo, y quedando su concesión condicionada a las disponibilidades presupuestarias del ejercicio 2009.

5.º El abono de las subvenciones que se concedan se llevará a cabo mediante un único pago, siempre que así lo posibilite la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2009 u otra disposición.

6.º El plazo de ejecución de las acciones objeto de subvención será el comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2009 y el plazo para justificar el empleo de la misma finalizará el día 31 de marzo de 2010.

Sevilla, 23 de diciembre de 2008.- La Directora, Soledad Pérez Rodríguez.

CONSEJERÍA DE EMPLEO

RESOLUCIÓN de 20 de enero de 2009, por la que se anuncia la convocatoria para el año 2009 para la solicitud de las subvenciones destinadas a Consorcios Escuela de Formación para el Empleo participados por la Junta de Andalucía reguladas en la Orden de 10 de mayo de 2005.

La Orden de 10 de mayo de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones destinadas a Consorcios Escuela de Formación para el Empleo participados por la Junta de Andalucía (BOJA núm. 106, de 2 de junio de 2005), establece en su Disposición Adicional Segunda que la convocatoria para sucesivos ejercicios de las subvenciones destinadas a los referidos Consorcios Escuela se realizará mediante Resolución del Consejero de Empleo, en la que se fijará el plazo de presentación de solicitudes.

Por ello en el ejercicio de las competencias atribuidas por el artículo 104 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.c) de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo.

RESUELVO

Primero. Efectuar la convocatoria para el año 2009 de las subvenciones reguladas en la Orden de 10 de mayo de 2005, estableciendo el plazo de presentación de solicitudes en veinte días naturales desde el día siguiente a la publicación de la presente Resolución en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Segundo. Podrán ser beneficiarios de las subvenciones los Consorcios Escuela relacionados en el Anexo I de la mencionada Orden de 10 de mayo de 2005.

Sevilla, 20 de enero de 2009

ANTONIO FERNÁNDEZ
GARCÍA
Consejero de Empleo

ESTUDIOS

Aspectos laborales y de responsabilidad social de las normas de calidad
José M. Morales Ortega

Stock-options e indemnización por despido: problemas prácticos y soluciones judiciales
Ana de la Puebla Pinilla

La necesidad de flexibilizar y racionalizar el régimen jurídico del despido
Daniel Toscani Giménez

Igualdad y responsabilidad social en los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros andaluzas
Pilar Núñez-Cortés Contreras

El Estatuto del personal investigador en formación: fines y medios
José Manuel Gámez Jiménez

MERCADO DE TRABAJO

El mercado laboral acelera su caída
Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (primer trimestre de 2009)
Santos Ruesga Benito
José Luis Martín Navarro
Carlos Resa Nestares

INFORMES Y DOCUMENTOS

La Negociación Colectiva en Andalucía durante 2008

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad de Almería
Derecho de huelga y libre prestación de servicios en el ámbito comunitario
Juan Escribano Gutiérrez

PODER DE DIRECCIÓN

Universidad de Córdoba
Poder disciplinario, proporcionalidad y discrecionalidad en la imposición de las sanciones
Carmen Moreno de Toro

PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada
Jubilación parcial y pluriactividad sucesiva Reta-Régimen General. Un relevante cambio de criterio de la doctrina unificada
Rosa González de Patto

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva
Denegación del complemento por antigüedad de los médicos internos y residentes
Fernando Pérez Domínguez

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide
La jubilación forzosa: causa de extinción de la relación laboral y su vinculación con la política de empleo
Manuel García Muñoz

DISCRIMINACIÓN Y RELACIÓN LABORAL

Universidad Carlos III de Madrid

El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los cuidadores
Ana Belén Muñoz Ruiz

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía
Rafael Gómez Gordillo

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO