

---

# TEMAS LABORALES

---

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

**114**

Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
Dirección y Administración  
Avda. República Argentina  
núm. 25, 1ª planta  
41011 Sevilla

## CONSEJO ASESOR

### PRESIDENTE

MANUEL RECIO MENÉNDEZ  
Consejero de Empleo

### VOCALES

JUSTO MAÑAS ALCÓN	Viceconsejero de Empleo
ESTHER AZORIT JIMÉNEZ	Directora General de Seguridad y Salud Laboral
DANIEL A. RIVERA GÓMEZ	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía
VICTOR 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
FERMIN 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

### CONSEJO DE REDACCIÓN

MANUEL RECIO MENÉNDEZ	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 de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Huelva

### DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN  
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla

### SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA  
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Huelva

### Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1º, 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>**

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES    DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96  
CONSEJERÍA DE EMPLEO    I.S.S.N.: 0213-0750  
JUNTA DE ANDALUCÍA    Imprime: ALP Impresores S.L.

**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**Nº 114/2012**  
**Segundo Trimestre**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional .....	13
REMEDIOS ROQUETA BUJ	
Especialidades del régimen profesional del TRADE en jornada, interrupciones y extinción de la relación contractual .....	31
FEDERICO NAVARRO NIETO	
Impacto de la ley de igualdad en las empresas andaluzas .....	59
LINA GÁLVEZ MUÑOZ	
MAURICIO MATUS LÓPEZ	
Crisis económica y reformas en materia de empleo: objetivos e instrumentos utilizados para la activación del mercado laboral, la igualdad de oportunidades y la flexibilidad interna de las empresas .....	79
MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA	
La dimensión local de las políticas activas de empleo. Una revisión competencial tras la aprobación de la estrategia española de empleo 2012-2014.....	119
PATRICIA NIETO ROJAS	

**2. MERCADO DE TRABAJO**

El paro juvenil no es el principal desequilibrio del mercado laboral. Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (cuarto trimestre de 2011) .....	149
SANTOS RUESGA BENITO	
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO	
LAURA PÉREZ ORTIZ	
JULIMAR DA SILVA BICHARA	

**3. INFORMES Y DOCUMENTOS**

La Negociación Colectiva en Andalucía en 2011.....	179
FRANCISCO PINA PÉREZ	

**4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA	
Universidad de Cádiz	
Supresión del comité de empresa por simulación de transmisión de empresa.....	199
MARÍA DEL JUNCO CACHERO	

<b>RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO</b>	
Universidad de Sevilla	
Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público.....	205
Fco. JAVIER CALVO GALLEGO	
<b>PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL</b>	
Universidad de Málaga	
Excedencia voluntaria y situación legal de desempleo. Inaplicación de la teoría del paréntesis.....	227
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	
M <sup>a</sup> JOSÉ GUIX GONZÁLEZ	
<b>DERECHO PROCESAL LABORAL</b>	
Universidad de Jaén	
La cosa juzgada en los conflictos colectivos y la ampliación de sus efectos en la nueva ley reguladora de la jurisdicción social .....	241
JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ	
<b>5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN</b>	
Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía ..	253
M <sup>a</sup> DOLORES RUBIO DE MEDINA	

## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Diritti lavoro mercati (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Relaciones Laborales (España)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania)*.

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

## 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 a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito 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/> - y siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: [jesuscruz@us.es](mailto:jesuscruz@us.es) y/o [chano@uhu.es](mailto:chano@uhu.es)

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo 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.

## WEB, HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

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



**LABOUR AFFAIRS**  
**INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN**  
**REVIEW**  
**N° 114/2012**  
**Second Trimester**

**INDEX**

**1. STUDIES**

Autonomous workers' collective rights. Professional interest agreements .....	13
REMEDIOS ROQUETA BUJ	
Specialities in the professional regime for Autonomous workers economically dependent (TRADE in Spanish) in working hours, interruptions and cease of contracts.....	31
FEDERICO NAVARRO NIETO	
Equal treatment law impact in Andalusian companies .....	59
LINA GÁLVEZ MUÑOZ	
MAURICIO MATUS LÓPEZ	
Economic crisis and employment reforms: objectives and instruments used to stimulate the labour market, equal opportunities and foster internal flexibility of companies.....	79
MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA	
The local dimension in employment policies. A revision in this field after the 2012-2014 Spanish strategy for employment.....	119
PATRICIA NIETO ROJAS	

**2. LABOUR MARKET**

Youth unemployment is not the main imbalance in the labour market. Report on the labour situation in Spain and Andalusia (fourth trimester 2011) ...	149
SANTOS RUESGA BENITO	
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO	
LAURA PÉREZ ORTIZ	
JULIMAR DA SILVA BICHARA	

**3. REPORTS AND DOCUMENTS**

Collective bargaining in Andalusia in 2011.....	179
FRANCISCO PINA PÉREZ	

**4. JUDICIAL COMMENTS**

REPRESENTATION AND COLLECTIVE PARTICIPATION	
University of Cadiz	
Extinction of the works council by simulation of transmission of company.....	199
MARÍA DEL JUNCO CACHERO	

<b>EMPLOYMENT CONTRACT REGIME</b>	
University of Seville	
Transfer of companies, successive contracts and the public sector,.....	205
FCO. JAVIER CALVO GALLEGO	
<b>SOCIAL SECURITY BENEFITS</b>	
University of Malaga	
Voluntarily extended leave of absence and legal unemployment. Parenthesis theory cannot be applied,.....	227
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	
M <sup>a</sup> JOSÉ GUIX GONZÁLEZ	
<b>LABOUR LEGAL CASE</b>	
University of Jaen	
Res judicata in collective disputes. Enlargement of its effects in the new law on the Social jurisdiction .....	241
JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ	
<b>5. LEGISLATIVE REMARKS</b>	
Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia, ...	253
M <sup>a</sup> DOLORES RUBIO DE MEDINA	





# LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS. LOS ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL

REMEDIOS ROQUETA BUJ

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Valencia

## Extracto

**Palabras clave: Trabajadores autónomos, derechos colectivos, acuerdos de interés profesional**

El Estatuto del Trabajo Autónomo, tras abrir tres opciones asociativas a favor de los trabajadores autónomos (la afiliación a la asociación empresarial o sindical de su elección y la fundación y/o la afiliación a una asociación profesional “específica” de trabajadores autónomos), se ocupa del régimen de estas asociaciones específicas.

Otra de las manifestaciones más novedosas en el régimen jurídico de los trabajadores autónomos, y, muy probablemente, en el conjunto de reglas que proporciona el Estatuto del Trabajo Autónomo para su actividad colectiva, es sin duda el «acuerdo de interés profesional», específico de los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE). Se trata de un peculiar sistema de contratación colectiva, con ámbitos, sujetos e instrumentos jurídicos específicos, que podría desplegar cierta virtualidad como medio de autocomposición de intereses entre aquéllos y la empresa cliente. Sin embargo, la eficacia real del método de contratación colectiva de las condiciones de trabajo de los TRADE es ridícula, seguramente por la excesiva voluntariedad que gobierna el sistema en todos sus aspectos.

Por otra parte, el Estatuto del Trabajo Autónomo contempla la posibilidad de establecer sistemas no jurisdiccionales de solución de las controversias de los trabajadores autónomos a través de los acuerdos de interés profesional, y aunque deja sin aclarar cuestiones de crucial importancia, las mismas han sido resueltas recientemente por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

## ABSTRACT

**Key words: Autonomous workers, collective rights, professional interest agreements**

The Autonomous workers Statute, has three options for association in favour of the autonomous workers that are under this regime and rule these type of specific associations -the affiliation to a company association, to freely select a trade union and/or to became part of an association of autonomous workers “specific” for them-

Considering all rules that give the Autonomous Worker Statute its collective activity, a key issue of the judicial regime for autonomous workers is most probably and without a doubt, the one about the “professional interest agreement” specific to the Autonomous workers economically dependent (as in its Spanish acronym TRADE trabajadores autónomos económicamente dependientes). It’s about a unique system of collective hiring, with areas ruled under specific judicial instruments. Also, such hiring could open certain interest between clients and a company. However, the real efficiency of the collective hiring method in the working conditions of the “TRADE” is ridiculous surely because it’s excessively voluntarily that governs the system in all its aspects.

Moreover, the Autonomous Workers Statute sees the possibility of establish non-judicial systems with a controversial solution of the autonomous workers through professional agreements interest, and even if this leaves crucial questions without answers, the same has been solved recently by the Law 36/2011 of October 10th, Regulatory of the Social Jurisdiction.

## ÍNDICE

1. MARCO CONSTITUCIONAL
2. LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS: OPCIONES Y RÉGIMEN JURÍDICO
3. LOS ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL
  - 3.1. Ámbitos de negociación
  - 3.2. Sujetos negociadores
  - 3.3. Procedimiento de negociación
  - 3.4. Contenido
  - 3.5. Naturaleza de los Acuerdos de Interés Profesional
  - 3.6. Duración de los Acuerdos de Interés Profesional
  - 3.7. Aplicación, interpretación e impugnación
4. MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO
5. CONCLUSIONES

### 1. MARCO CONSTITUCIONAL

El art. 28.1 de la Constitución Española “no comprende más que la sindicación de los trabajadores, pero no la empresarial, cuya cobertura constitucional se encuentra en la genérica libertad de asociación del art. 22 de la misma” (ATC 113/1984, de 22 de febrero; y SSTC 52/1992, de 8 de abril y 75/1992, de 14 de mayo). De este modo, el ejercicio del derecho de asociación de los trabajadores autónomos que tengan la condición de empresarios no se puede articular por la vía de la libertad sindical y ha de reconducirse al derecho genérico de asociación.

Sin embargo, aunque el art. 7 de la Constitución Española parte de la idea de que los sindicatos son organizaciones de trabajadores asalariados, el art. 28 de la norma constitucional al establecer que “*todos tienen derecho a sindicarse libremente*”, parece mostrar una voluntad de no introducir limitaciones o exclusiones desde la perspectiva subjetiva al ejercicio de este derecho fundamental, de suerte que el mismo también alcanza a los trabajadores autónomos que no sean al tiempo empleadores de otros trabajadores. Y así lo viene a confirmar el art. 3.1 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), al disponer que “*los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio {...} podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo expuesto en la presente Ley, pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica*”.

Se trata de un precepto que, a pesar de su dicción en positivo, tiene una amplia carga de limitación de los derechos de libertad sindical de los trabajadores autónomos, en la medida en que los margina de la posibilidad de constituir sindicatos que tengan por objeto la tutela de sus intereses singulares, ni

siquiera en el supuesto de que tales sindicatos se integraran dentro de una confederación “general”. De este modo, el trabajador autónomo, como cualquier afiliado, podrá ejercitar el derecho de libertad sindical *ad intra* como cauce de participación interna y como facultad de uso de los medios acumulados por la organización sindical (GARCÍA MURCIA). Pero su actividad en el plano externo estará muy condicionada o mediatizada por su propia condición profesional, pues de ningún modo podrá hacer aquello que sólo está previsto a favor del trabajador asalariado, como la negociación colectiva (art. 37.1 CE) (STC 51/1984, de 25 de abril) o la huelga (art. 28.2 CE) [STC 11/1981, de 8 de abril, y STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de enero de 1984 (RJ/239)] (GARCÍA MURCIA). Y es que, como señala la STC 98/1985, de 29 de julio, “si se parte de la idea válida de que el sindicato, en cuanto sujeto de la libertad de sindicación, se justifica primordialmente por el ejercicio de la actividad sindical, y que ésta se caracteriza por la existencia de otra parte ligada al titular del derecho por una relación de servicios y frente a la que se ejercita, siendo su expresión una serie de derechos como los de huelga, de negociación colectiva y de conflicto (reconocidos por los arts. 28.2, 37.1 y 37.2 de la CE), que no podría ejercer un sindicato de trabajadores autónomos, no hay motivo para considerar carente de fundamento razonable una regulación que en último término orienta el derecho de los trabajadores autónomos para defender sus intereses o hacia su integración en los sindicatos de trabajadores o, como hemos visto, hacia la constitución de «asociaciones al amparo de la legislación específica», reconociéndoles un derecho que también deriva directamente de la Constitución (art. 22) y está dotado de igual grado de protección y de idéntica autonomía que el derecho de asociación sindical”. Así, es la falta de una contraparte definida en el plano colectivo la que determina la limitación de los derechos de libertad sindical de los trabajadores autónomos.

Sin embargo, en el caso de los trabajadores económicamente dependientes (en adelante, TRADE) sí cabe apreciar la existencia de “una contraparte” en la figura del cliente del que dependen económicamente. Por ello, y habida cuenta el desequilibrio contractual que existe entre los mismos, ello puede justificar y requerir la dotación legal de medios compensatorios de acción colectiva. Medios que no tienen por que tener los mismos presupuestos ni la misma extensión que los reconocidos a los trabajadores subordinados, ya que los derechos de negociación colectiva y huelga vienen referidos únicamente a éstos últimos (arts. 37.1 y 28.2 CE). A mayor abundamiento, aunque los trabajadores autónomos que tienen la condición de “económicamente dependientes” y los subordinados se encuentren muy próximos en sus relaciones con la empresa, los mismos ocupan posiciones radicalmente distintas en el sistema económico: mientras los trabajadores subordinados intervienen en el mercado de trabajo aquéllos lo hacen en el de bienes y servicios, en las mismas condiciones en las que actúan los empresarios (GOERLICH y GUAMÁN).

## 2. LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS: OPCIONES Y RÉGIMEN JURÍDICO

La diversidad de supuestos en el ámbito de los trabajadores autónomos determina que los medios de acción colectiva y de representación de cada uno de los grupos de trabajadores autónomos no puedan ni tengan por qué ser los mismos, pues los intereses colectivos a tutelar difieren de unos a otros en función de los perfiles específicos de cada colectivo. Y, por ello, el art. 19.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, por la que se aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), abre tres opciones asociativas a favor de los trabajadores autónomos, a saber: - La afiliación a la asociación empresarial de su elección (A); - La afiliación a la asociación sindical de su elección (B); - La fundación y/o la afiliación a una asociación profesional “específica” de trabajadores autónomos (C).

A) El art. 19.1.a) de la LETA brinda a los trabajadores autónomos la posibilidad de integrarse como un afiliado más dentro de las asociaciones empresariales, defendiendo a través de estas otras organizaciones sus intereses profesionales particulares. Dicha opción se abre a todos los trabajadores autónomos, y no sólo a los que tengan empleados a su servicio. Lo que se explica por el carácter plural de objetivos y actividades de las asociaciones empresariales que tienden a desbordar su papel de mero interlocutor en el sistema de relaciones laborales, para adentrarse en la representación de otro conjunto de intereses empresariales, básicamente de carácter interlocutorio con los poderes públicos (CRUZ VILLALÓN). Y así, más de un millón de empresarios autónomos y, aproximadamente, 350.000 empresas con trabajadores por cuenta ajena, están vinculados a la Confederación Española de Organizaciones Empresariales. Por su parte, la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa es una Organización Profesional de carácter confederativo e intersectorial, de ámbito nacional, para la defensa, representación y fomento de los intereses de la pequeña y mediana empresa y el empresario autónomo

B) En virtud de lo dispuesto en los arts. 3.1 de la LOLS y 19.1.a) de la LETA, los autónomos sin empleados a su servicio podrán afiliarse al sindicato de su elección; posibilidad que se brinda no sólo a los TRADE, sino también a los trabajadores autónomos en los que concurran las reglas del art. 1.1 de la LETA y que, como se ha visto, no tengan trabajadores a su servicio.

El art. 19.4 de la LETA atribuye a los sindicatos *“todos los derechos del apartado 2 de este artículo respecto de sus trabajadores autónomos afiliados”*, entre los que se encuentran los siguientes:

*“a) Constituir federaciones, confederaciones o uniones, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para la constitución de asociaciones, con acuerdo expreso de sus órganos competentes. Asimismo, podrán establecer los vínculos que consideren oportunos con organizaciones sindicales y asociaciones empresariales.*

*b) Concertar acuerdos de interés profesional para los trabajadores autónomos económicamente dependientes afiliados en los términos previstos en el artículo 13 de la presente Ley.*

*c) Ejercer la defensa y tutela colectiva de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos.*

*d) Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de las controversias colectivas de los trabajadores autónomos cuando esté previsto en los acuerdos de interés profesional.”*

Todos estos derechos podrán ejercitarse “*sin perjuicio de las facultades que corresponden a los sindicatos en el ejercicio del derecho a la libertad sindical*” (art. 19.4 LETA). Mas la actividad de referencia habrá de ejercerse «*en los términos previstos en las normas correspondientes*» [art. 2.2 d) LOLS]. La previsión del art. 19.4 LETA no puede entenderse, en consecuencia, como un soporte general para toda clase de acciones sindicales, ni puede servir para atribuir a los trabajadores autónomos derechos que, como el de huelga, el de negociación colectiva «laboral» o el de implantación de secciones y delegados sindicales, están limitados a los trabajadores asalariados (GARCÍA MURCIA).

Finalmente, el art. 21.5 de la LETA dispone que las organizaciones sindicales más representativas, de conformidad con los arts. 6 y 7 de la LOLS, gozarán de una posición jurídica singular que les otorga capacidad jurídica para actuar en representación de los trabajadores autónomos para:

*“a) Ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista.*

*b) Ser consultadas cuando las Administraciones Públicas diseñen las políticas públicas que incidan sobre el trabajo autónomo.*

*c) Gestionar programas públicos dirigidos a los trabajadores autónomos en los términos previstos legalmente.*

*d) Cualquier otra función que se establezca legal o reglamentariamente.”*

C) Las asociaciones empresariales y sindicales difícilmente pueden universalizarse para el conjunto de los trabajadores autónomos, dado que éstos no constituyen un bloque social y de intereses homogéneo. Además, no toman en consideración el carácter particularizado de cada una de las profesiones autónomas que existen en cada sector de actividad, siendo que los autónomos son más proclives a asociarse en razón de su concreto oficio (CRUZ VILLALÓN). Por ello, los trabajadores autónomos, ordinarios y TRADE, pueden constituir asociaciones específicas de defensa de sus intereses profesionales –sin autorización previa- y, por supuesto, afiliarse a la de su elección.

El régimen de estas asociaciones específicas será el contenido en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, General de Asociaciones (art. 20 LETA), con las particularidades que impone el propio Estatuto del Trabajo Autónomo.

Las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos deben inscribirse y depositar sus estatutos en el registro especial de la oficina pública establecida al efecto en el Ministerio de Trabajo e Inmigración (Cfr. El Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero) o de la correspondiente Comunidad Autónoma, en el que desarrollen principalmente su actividad.

Las asociaciones de trabajadores autónomos tienen derecho a (art. 19.2 LETA):

*“a) Constituir federaciones, confederaciones o uniones, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para la constitución de asociaciones, con acuerdo expreso de sus órganos competentes. Asimismo, podrán establecer los vínculos que consideren oportunos con organizaciones sindicales y asociaciones empresariales.*

*b) Concertar acuerdos de interés profesional para los trabajadores autónomos económicamente dependientes afiliados en los términos previstos en el artículo 13 de la presente Ley.*

*c) Ejercer la defensa y tutela colectiva de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos.*

*d) Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de las controversias colectivas de los trabajadores autónomos cuando esté previsto en los acuerdos de interés profesional.”*

Por su parte, el art. 21 de la LETA regula la figura de las asociaciones de trabajadores autónomos representativas con el fin de seleccionar a las organizaciones con mayor implantación en el ámbito profesional de referencia. Dicha implantación habrá de acreditarse *“a través de criterios objetivos de los que pueda deducirse la representatividad de la asociación, entre ellos el grado de afiliación de trabajadores autónomos a la asociación, el número de asociaciones con las que se hayan firmado convenios o acuerdos de representación o de otra naturaleza, los recursos humanos y materiales, los acuerdos de interés profesional en los que hayan participado, la presencia de sedes permanentes en su ámbito de actuación y cualesquiera otros criterios de naturaleza similar y de carácter objetivo”* (apartado 1). El apartado 2 del citado precepto legal prevé que la condición de asociación representativa en el ámbito estatal será declarada por un Consejo, y añade, que reglamentariamente se determinará su composición, así como sus funciones y procedimiento de funcionamiento, lo que se ha llevado a cabo por medio del Real Decreto 1613/2010, de 7 de diciembre.

Las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos que cuentan con la condición de representativas en el ámbito estatal son las siguientes: la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos (UPTA), la Federación Nacional de Asociaciones de Empresarios y Trabajadores Autónomos (ATA), la Federación de Organizaciones de Profesionales, Autónomos y Emprendedores

(FOPAE), la Unión de Asociaciones de Trabajadores Autónomos y Emprendedores (UATAE) y la Federación Española de Autónomos (CEAT) (Resolución de la Secretaria de Estado de Empleo del Ministerio de Trabajo e Inmigración de 3 de junio de 2011).

Las asociaciones de trabajadores autónomos representativas, al igual que los sindicatos más representativos, gozarán de las facultades de participación institucional previstas en el art. 21.5 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo (art. 19.3 LETA), esto es, la representación institucional, la consulta con las Administraciones Públicas y la gestión de programas públicos dirigidos a los trabajadores autónomos. A tales efectos, el art. 22 de la LETA instituye el Consejo de Trabajo Autónomo. Se trata de un órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y profesional del trabajo autónomo, que debe emitir informes facultativos sobre los anteproyectos de leyes o proyectos de Reales Decretos que incidan sobre el trabajo autónomo (de carácter preceptivo en el supuesto de que se produjeran modificaciones que pudieran afectar a la LETA), sobre el diseño de las políticas de carácter estatal en materia de trabajo autónomo y sobre cualesquiera otros asuntos que se sometan a su consulta por el Gobierno o sus miembros. Presidido por el Secretario General de Empleo y, por delegación, por el Director General de la Economía Social, del Trabajo Autónomo y del Fondo Social Europeo, está compuesto por representantes de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos representativas cuyo ámbito de actuación sea intersectorial y estatal, por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la asociación de Entidades Locales más representativa en el ámbito estatal.

### 3. LOS ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL

Una de las manifestaciones más novedosas en el régimen jurídico de los trabajadores autónomos, y, muy probablemente, en el conjunto de reglas que proporciona la LETA para su actividad colectiva, es sin duda el «*acuerdo de interés profesional*» (AIP). De este instrumento tan singular, limitado al ámbito de los «*trabajadores autónomos económicamente dependientes*», se ocupan varios preceptos de la LETA: el art. 3.2, que lo inserta entre las fuentes del régimen profesional de dichos trabajadores y le proporciona un primer soporte normativo; y el art. 13, que contiene su principal y más minucioso régimen jurídico.

Los AIP no constituyen una manifestación del derecho constitucional a la negociación colectiva, que expresamente queda ceñido al ámbito “laboral”, según el art. 37.1 de la Constitución Española. Así lo dice expresamente el preámbulo de la Ley: “el reconocimiento de los acuerdos de interés profesional, en el artículo 13, al que se aludía en el Capítulo dedicado a las fuentes,

no supone trasladar la negociación colectiva a este ámbito, sino simplemente reconocer la posibilidad de existencia de un acuerdo que trascienda del mero contrato individual, pero con eficacia personal limitada, pues sólo vincula a los firmantes del acuerdo”. De este modo, el legislador ha optado por crear un sistema de contratación colectiva propio de los TRADE, con ámbitos, sujetos e instrumentos jurídicos específicos. Este sistema es paralelo al laboral y no presenta vínculos con la negociación colectiva propiamente dicha, de suerte que el régimen jurídico de ésta no actúa como derecho supletorio, en línea con lo dispuesto en el art. 3.3 LETA (FERNÁNDEZ AVILÉS).

Como se irá comprobando, la regulación legal es muy escueta, destacando que los AIP *“se pactarán al amparo de las disposiciones del Código Civil”* (art. 13.4 LETA); reglas que no pueden ser otras que las correspondientes al Derecho de Obligaciones y Contratos.

### 3.1. Ámbitos de negociación

La LETA parte implícitamente de que los AIP han de suscribirse necesariamente a nivel empresarial, excluyendo de forma tácita la posibilidad de celebrarlos a nivel de grupo (para varias empresas) o de sector (GOERLICH y GUAMÁN). En efecto, los AIT son definidos como los acuerdos concertados *“entre las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que ejecuten su actividad”* (art. 13.1 LETA). Esta restricción de las unidades de negociación de los AIP al ámbito empresarial viene determinada por la necesidad de garantizar la integridad de las normas antitrust. Y es que los AIP de ámbito supraempresarial entrañarían, en todo caso, la voluntad conjugada de varios empresarios y restringirían, de alguna manera, la competencia económica en el sector, al fijar condiciones de trabajo de obligado cumplimiento para todos los empresarios que fueran parte de su ámbito de aplicación.

### 3.2. Sujetos negociadores

En representación de los TRADE pueden intervenir en la celebración de los AIP, como se acaba de indicar, las asociaciones profesionales o los sindicatos. Cualquiera de ambos sujetos colectivos, asociación profesional o sindicato, pueden negociar un acuerdo de interés profesional, simultánea o sucesivamente, con la misma empresa, lo que abre la posibilidad a que en una misma empresa existan varios AIP (SIRVENT HERNÁNDEZ). Efectivamente, la utilización de la conjunción disyuntiva “o” debe interpretarse en sentido alternativo o de opción, y no en sentido excluyente. Además, la Ley no exige a las asociaciones o sindicatos ningún requisito especial a fin de poder intervenir

en la negociación de los AIP. Lo único que se les requiere es que cuenten entre sus asociados o afiliados con trabajadores autónomos a los que vaya dirigido el acuerdo (SIRVENT HERNÁNDEZ).

Según se establece en el art. 13.1 de la LETA, los AIP serán concertados por “*las empresas para las que ejecuten su actividad*” los TRADE, aunque nada impide que aquéllas confieran su representación para negociar a una asociación empresarial.

### 3.3. Procedimiento de negociación

El art. 13.4 de la LETA se limita a señalar que los AIP “*se pactarán al amparo de las disposiciones del Código Civil*”. Por consiguiente, dichos acuerdos se rigen directamente por las normas que el Código Civil dedica a los contratos, en concreto sus arts. 1091 y 1254 a 1258. De este modo, el derecho que toda asociación o sindicato que represente a los TRADE tiene a negociar, ha de compaginarse con el principio de autonomía de la voluntad que los demás negociadores tienen igualmente reconocido por las leyes –art. 38 CE en el caso de la libertad de empresa para negociar con quien considere oportuno y arts. 1089 y ss y 1254 y ss del Código Civil en relación con todos los negociadores de tales pactos privados-. En este contexto, la empresa tiene absoluta libertad a la hora de proceder a la selección de su interlocutor. Por otra parte, los sujetos con legitimación negociadora no pueden obligar a la otra parte a celebrar el AIP por regirse la celebración de éste por el art. 1254 del Código Civil. En definitiva, no existe la necesidad de convocar a todas las partes, ni la obligación de negociar ni atentado al derecho de negociación de ninguno de los que no participen puesto que en estos acuerdos rige el principio de autonomía de la voluntad en su plenitud. Y así, el carácter voluntario que tienen los AIP, tanto para las empresas como para las organizaciones representativas de los TRADE, que pueden rechazar su firma, excluye la posibilidad de considerarlos en condiciones de dominar el mercado (Cfr. el art. 2.1 de la LDC), y posibilita su coexistencia con las normas de defensa de la competencia (GOERLICH y GUAMÁN).

El procedimiento de negociación queda abandonado así al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, sólo limitada por las prohibiciones que pesan sobre el fraude de ley, el abuso de derecho, la mala fe y la vulneración de las normas imperativas.

El único requisito legal es la formalización del acuerdo por escrito (art. 13.2 LETA), por elementales exigencias de seguridad jurídica (FERNÁNDEZ AVILÉS). No caben, por consiguiente, los AIP celebrados verbal o tácitamente. La exigencia escrita puede considerarse como requisito ad solemnitatem, de manera que la ausencia de dicha forma llevará aparejada la falta de validez y eficacia de los acuerdos (FERNÁNDEZ AVILÉS).

Los AIP no se someten a requisito alguno de registro y depósito ante la administración laboral, como tampoco de publicidad, lo que refuerza su carácter contractual. La falta de publicidad implica la necesidad de probar su existencia y contenido en caso de litigio, no siéndoles de aplicación el principio *iura novit curia* (FERNÁNDEZ AVILÉS).

### 3.4. Contenido

Según se establece en el art. 13.1 de la LETA, los AIP *“podrán establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de contratación”*. La referencia a las condiciones de modo, tiempo y lugar remite en última instancia a la noción de condiciones de trabajo tan típica en el ámbito laboral, de suerte que aquéllos podrán abordar todo aquello que interese a la actividad del TRADE en la empresa cliente, incluido lo relativo a sus funciones o tareas, al tiempo de trabajo y de descanso, a posibles permisos o interrupciones, a condiciones de seguridad y salud en el trabajo o, incluso, a previsión social voluntaria o complementaria (GARCÍA MURCIA). La expresión *“otras condiciones generales de contratación”* debe ser interpretada en el sentido técnico o estricto a que se refiere el art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, basado en la predisposición e incorporación unilateral de las mismas al contrato (LOUSADA AROCHENA/GOERLICH y GUAMÁN). Por consiguiente, dicha expresión da cobertura a la negociación de las *“cláusulas predispuestas”* e incorporadas por la empresa cliente a una pluralidad de contratos para la realización de la actividad de los TRADE, sin posibilidad de negociarlas a nivel individual. Y así, se pueden negociar con la empresa las condiciones generales de contratación de todos los TRADE que, estando afiliados a las asociaciones o sindicatos negociadores, acepten el acuerdo, obligándose la empresa a asumir en su política de contratación, lo que se haya pactado a nivel colectivo (LOUSADA AROCHENA).

Además de esta previsión general sobre el contenido de los AIP, la LETA contiene diversas referencias a eventuales contenidos negociales, a saber:

- Acotar los límites máximos de la jornada de actividad (art. 14.2 LETA).
- Determinar la distribución semanal de la jornada máxima de actividad en el caso de que la misma se compute mensual o anualmente (art. 14.2 LETA).
- Instaurar topes máximos a la realización de actividad por tiempo superior al pactado contractualmente (art. 14.3 LETA).
- Establecer el régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos (art. 14.2 LETA).

- Mejorar cuantitativamente el derecho a interrumpir la actividad anual (previsto con carácter general, en 18 días hábiles) (art. 14.1 LETA).
- Fijar causas de interrupción justificada de la actividad profesional adicionales a las previstas legalmente (art. 16.2 LETA).
- Determinar la cuantía de la indemnización a que tenga derecho el TRADE en caso de extinción contractual (art. 15.4 LETA).
- Instituir órganos específicos de solución de conflictos (art. 18.1 LETA).

Dentro de esta referencia al objeto posible de esta peculiar vía de contratación colectiva resulta llamativa la ausencia de una mención expresa al «precio» del trabajo. Tal omisión muy probablemente tenga que ver con las limitaciones que de manera explícita se citan para los AIP, que derivan de *«la legislación de defensa de la competencia»*, en la que se prohíben todas aquellas prácticas que impidan, restrinjan o falseen la competencia en el mercado y, en particular, *«la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio»* [art. 1 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)]. Sin embargo, el silencio legal respecto a la fijación de la contraprestación económica no necesariamente ha de interpretarse como imposibilidad de proceder a efectuarla (GOERLICH y GUAMÁN). En efecto, un resultado de tal envergadura requeriría de una expresa afirmación legal en tal sentido –como la que por cierto se intentó introducir sin éxito en la tramitación parlamentaria-. Asimismo, la locución *“condiciones generales de la contratación”*, que maneja el art. 13.1 de la LETA, debe ser interpretada en sentido técnico dando cobertura, por tanto, a la negociación tarifaria.

La LETA establece dos limitaciones a los AIP: de uno, el necesario respeto a *“los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia”* (art. 13.1) (a); y de otro, la necesaria observancia de las *“disposiciones legales de derecho necesario”* (art. 13.3) (b).

a) Los AIP están referidos a un tipo de trabajador muy singular desde el punto de vista del mercado, pues no pertenece a la plantilla de una empresa, sino que actúa en el mercado de bienes y servicios de modo libre y autónomo, con la trascendencia que ello tiene en orden a la salvaguardia de las normas de defensa de la competencia. De ahí, que el art. 13.1 de la LETA, tras conceptuar y hacer referencia al posible contenido de los AIP, señale que *“en todo caso, los acuerdos de interés profesional observarán los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia”*. Lo que conecta con la prohibición del abuso de la posición dominante (art. 2 LDC) y de las conductas colusorias (art. 1 LDC). Mas es difícil que pueda apreciarse en los AIP abuso de posición de dominio, habida cuenta el pluralismo de las vías de canalización de la representación de los TRADE y el carácter libre que tienen los AIP para quien los firma (GOERLICH y GUAMÁN). Además, para

que la imposición de precios y otras condiciones comerciales o de servicios pueda ser considerada abusiva es preciso que éstos no sean equitativos [art. 2.a) LDC], siendo que los AIP han sido ideados por la LETA con la precisa finalidad de negociar las condiciones de trabajo de los TRADE (GOERLICH y GUAMÁN). Y, en fin, en este contexto también resulta difícil que la presión para la obtención de un AIP pueda llegar a ser considerada abusiva ya que la negativa a la prestación de servicios ha de ser “*injustificada*” para merecer la calificación de explotación abusiva de la posición de dominio [art. 2.2.c) LDC] (GOERLICH y GUAMÁN).

Por lo demás, la necesidad de garantizar la integridad de las normas antitrust determina la imposibilidad de extender forzosamente el contenido de los AIP más allá de su estricto ámbito de aplicación, quedando vedadas entre otras, las siguientes medidas (LOUSADA AROCHENA /GOERLICH y GUAMÁN):

- Imponer a la empresa la extensión de las ventajas incluidas en los AIP a terceros ajenos a su ámbito de aplicación.
- Obligar a la empresa a contratar únicamente a los TRADE a los que fuera aplicable el AIP.
- Obligar a repercutir los precios negociados para la contraprestación de los TRADE en el precio final del producto o servicio de la empresa prestado al usuario o consumidor.
- Obligar a utilizar en exclusiva determinada marca de herramientas, usar tan sólo determinados medios de seguridad o concertar seguros de accidente únicamente con determinadas compañías.

b) El art. 13.3 de la LETA establece que los AIP están sujetos a las “*disposiciones legales de derecho necesario*”, declarándose nulas las cláusulas convencionales contrarias a las mismas. Y es que, aunque la autonomía de la voluntad es principio inspirador del régimen profesional de los TRADE, existen en la propia LETA diversas normas de derecho necesario absoluto que dotan de contenido una materia sin dejar espacios a los AIP, como las que delimitan el concepto de TRADE (art. 11 LETA), dejan libertad a las partes para elegir entre el contrato de actividad temporal o de duración indefinida (art. 7.2 LETA) o sientan el carácter voluntario de la realización de actividad por tiempo superior al pactado contractualmente (art. 14.3 LETA), o de derecho necesario relativo de carácter mínimo, que establecen una protección mínima, general y uniforme para todos los TRADE y encauzan la intervención de los AIP en un sentido unidireccional porque sólo pueden suplementarla, esto es, mejorarla [verbigracia, la interrupción anual de la actividad de 18 días hábiles (art. 14.1 LETA) o las causas debidamente justificadas de interrupción de la actividad por parte del TRADE (art. 16 LETA)]. Con todo, éste último tipo de norma, típica del Derecho del Trabajo, apenas está presente en el estatuto del TRADE, de suerte que la autonomía individual y, en

su caso, la colectiva disponen de un margen de libertad muy superior (GOERLICH PESET). Ciertamente, en el estatuto del TRADE no existe una jornada máxima ni un salario mínimo garantizado, por lo que el régimen integrador de la autonomía privada es prácticamente absoluto.

En fin, la expresión “*disposiciones legales*” ha de entenderse en su acepción material y no formal, de forma que los AIP también deben respetar las prescripciones de derecho necesario dispuestas en el Real Decreto 197/2009, de 27 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones de trabajadores autónomos, y en las disposiciones reglamentarias que sean de aplicación.

### 3.5. Naturaleza de los Acuerdos de Interés Profesional

Los AIP son “*fuerza del régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes*” (art. 3.2 LETA), pero de carácter contractual y no normativo. En efecto, su aplicación a la relación jurídica de los TRADE queda supeditada a que éstos presten su consentimiento expreso (arts. 3.2 y 13.4 LETA). Lo que es consecuencia del seguimiento de dos reglas civiles (FERNÁNDEZ AVILÉS): los contratos sólo producen efectos entre las partes que los conciertan y si el contrato contiene alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada (art. 1257 Cc). Además, el art. 13.4 de la LETA indica que los AIP, aparte de las previsiones de la propia ley, “*se pactarán al amparo de las disposiciones del Código Civil*”. Por consiguiente, son claramente contratos de Derecho privado más que normas convencionales, sometidos con carácter general a la legislación, y su “obligatoriedad” como fuente de obligaciones proviene de esa base jurídica (arts. 1091 y 1278 Cc).

Ahora bien, el art. 3.2 de la LETA indica que, una vez el TRADE haya prestado su consentimiento expreso, “*será nula*” toda cláusula del contrato individual que “*contravenga*” lo dispuesto en el AIP. En consecuencia, el consentimiento del TRADE es irrevocable (GOERLICH PESET), siendo ésta la única novedad de relevancia respecto de los postulados clásicos de la autonomía individual de la voluntad que admite la revocación de lo acordado y el acto de retractarse libremente. Y así, se garantiza la inderogabilidad in peius de los AIP durante su período de vigencia y la irrenunciabilidad de las ventajas previstas en los mismos a favor de los TRADE que previamente hubieran aceptado su aplicación.

Por último, el art. 13.4 de la LETA exige dos requisitos para que los efectos del AIP puedan alcanzar a los respectivos TRADE: el primero, que actúa

como presupuesto base, es la afiliación a la organización firmante del acuerdo; y el segundo es el consentimiento “*expreso*” que podrá prestarse de forma escrita u oral.

### **3.6. Duración de los Acuerdos de Interés Profesional**

Dado el silencio normativo en cuanto a la vigencia de los AIP, habrá que entender que las partes negociadoras podrán fijar la duración temporal que estimen conveniente. Por ende, los AIP pueden tener una duración determinada, con o sin denuncia, o una duración indefinida sometida a la posibilidad de las partes de denunciarlos en cualquier momento con el preaviso razonable para no causar perjuicios injustificados; pueden tener duración homogénea o escalonada, etc. Pueden, incluso, reproducir mecanismos reconocidos por la legislación laboral para los convenios colectivos como la ultraactividad y la prórroga. La libertad e interés de las partes es la regla al respecto (FERNÁNDEZ LÓPEZ).

Ahora bien, los AIP no gozan del efecto de ultraactividad propio de los convenios colectivos estatutarios, por lo que salvo que dispongan otra cosa dejarán de surtir efectos en la fecha prevista como máxima para su duración, no pudiéndose exigir que sigan vigentes reclamando que se mantenga su cumplimiento ni pretender la posterior aplicación de alguna de sus cláusulas con alegado fundamento en la posible existencia de una condición más beneficiosa.

### **3.7. Aplicación, interpretación e impugnación de los Acuerdos de Interés Profesional**

Conforme al art. 17.2 LETA, los órganos jurisdiccionales del orden social “*serán también competentes para conocer de todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia*”. Las cláusulas de los AIP se aplicarán e interpretarán en los procesos individuales y en el proceso de conflicto colectivo si la demanda afecta a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores autónomos económicamente dependientes o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual, tal y como establece el art. 153.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS). La legitimación para promover el proceso de conflicto colectivo corresponderá a las asociaciones y sindicatos representativos de los TRADE cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, así como a las empresas para las que aquéllos ejecuten su actividad y a las asociaciones de éstas siempre que su ámbito de actuación sea al menos igual al del conflicto [art. 154.e) LRJS].

En principio, la remisión del art. 17.2 de la LETA abarca también el control de la legalidad de los AIP. Así lo confirma la LRJS, al disponer que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán “*sobre impugnación de convenios colectivos y acuerdos, cualquiera que sea su eficacia*” [art. 2.h)] y que “*las organizaciones de trabajadores autónomos tendrán legitimación para la defensa de los acuerdos de interés profesional por ellas firmados*” (art. 17.3). Con todo, no parece que en el ámbito competencial del orden social de la jurisdicción esté incluida la vulneración de las normas relativas a la defensa de la competencia, ya que el art. 17.2 de la LETA salva “*lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia*” y ésta encomienda a los Juzgados de lo Mercantil la competencia para declarar la nulidad de las conductas colusorias (Disposición Adicional 1ª. LDC). Se trata, por tanto, de una competencia jurisdiccionalmente compartida en razón del ámbito material de la legalidad conculcada por los AIP, lo que puede propiciar el «peregrinaje de jurisdicciones» (FERNÁNDEZ AVILÉS).

#### 4. MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO

Lo que en algún momento se ha podido llamar huelga de trabajadores independientes, de autopatronos o de profesionales, no encuentra fundamento ni en los arts. 28.2 y 37.2 de la Constitución Española ni en el art. 19.2.c) de la LETA. Cuando éste último predica de las asociaciones el derecho a “*ejercer la defensa y tutela colectiva de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos*”, se está refiriendo a medidas inespecíficas previstas para el conjunto de los ciudadanos, como los derechos de manifestación o petición, etc. (GOERLICH PESET). De este modo, como subraya la STC 11/1981, de 8 de abril, “la cesación en la actividad de este tipo de personas, si la actividad empresarial o profesional es libre, se podrá realizar sin necesidad de que ninguna norma les conceda ningún derecho, aunque sin perjuicio de las consecuencias que haya que arrostrar por las perturbaciones que se introduzcan”.

En cambio, los arts. 19.2.d) y 19.4 de la LETA reconocen a las asociaciones de trabajadores autónomos y a los sindicatos el derecho a “*participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de las controversias colectivas de los trabajadores autónomos cuando esté previsto en los acuerdos de interés profesional*”. En la medida en que estos sistemas de solución extrajudicial de los conflictos han de ser puestos en marcha por AIP, los mismos son específicos de los TRADE. Por lo demás, aunque el antecitado precepto se refiere sólo a los conflictos “colectivos”, el art. 18 de la LETA contempla la posibilidad de sustituir el intento de conciliación o mediación previa al proceso laboral por procedimientos negociados en los AIP sin distinguir entre los conflictos colectivos y los individuales.

Los procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos “*estarán basados en los principios de gratuidad, celeridad, agilidad y efectividad*” (art.

18.2 LETA). Las partes *“podrán igualmente someter sus discrepancias a arbitraje voluntario”* (art. 18.4 LETA). El procedimiento arbitral *“se someterá a lo pactado entre las partes o al régimen que en su caso se pueda establecer mediante acuerdo de interés profesional, entendiéndose aplicable, en su defecto, la regulación contenida en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres o en cualquier otra normativa específica o sectorial”* (art. 18.4 LETA).

En cuanto a los efectos del sometimiento a estos sistemas de solución extrajudicial de los conflictos, cabe subrayar lo siguiente:

- En primer lugar, los sistemas de solución de conflictos previstos en los AIP sustituirán al intento de conciliación/mediación previo a la vía judicial (arts. 63 y 156.1 LRJS).
- En segundo lugar, se suspenderán los plazos de caducidad y se interrumpirán los de prescripción por la suscripción de un compromiso arbitral, celebrado en virtud de los AIP (art. 65.3 LRJS).
- En tercer lugar, las acciones de impugnación y recursos judiciales de anulación de los laudos arbitrales establecidos por los AIP, se sustanciarán, a instancia de los interesados, por los trámites del procedimiento ordinario, ante el juzgado o tribunal al que hubiera correspondido el conocimiento del asunto sometido a arbitraje, con fundamento en exceso sobre el arbitraje, haber resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo, vicio esencial de procedimiento o infracción de normas imperativas (art. 65.4 LRJS). La acción caducará en el plazo de treinta días hábiles, excluidos los sábados, domingos y festivos, desde la notificación del laudo (art. 65.4 LRJS).
- En cuarto lugar, lo acordado en conciliación o en mediación constituirá título para iniciar acciones ejecutivas sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal, y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos en el Libro Cuarto de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (art. 68.1 LRJS). De la misma forma, se entenderán equiparados a las sentencias firmes a efectos de ejecución definitiva los laudos arbitrales establecidos por los AIP, exclusivamente en los concretos pronunciamientos de condena que por su naturaleza sean susceptibles de dicha ejecución y salvo los pronunciamientos que tengan eficacia interpretativa (art. 68.2 LRJS).
- En quinto lugar, lo acordado en conciliación o mediación tendrá, si el conflicto es colectivo, la eficacia correspondiente a los acuerdos de interés profesional regulados en el artículo 13 de la LETA (art. 156.2 LRJS).

## 5. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, se puede concluir que los derechos colectivos de los trabajadores autónomos ordinarios quedan reducidos en realidad a los derechos de asociación profesional y de participación institucional (GARCIA MURCIA). La LETA se ha limitado básicamente a instaurar un cauce para institucionalizar y dar estabilidad a la relación de los trabajadores autónomos con las Administraciones Públicas.

En el terreno de los TRADE, los derechos colectivos sí pueden desplegar cierta virtualidad como medio de autocomposición de intereses entre aquéllos y la empresa cliente. Sin embargo, la eficacia real del método de contratación colectiva de las condiciones de trabajo de los TRADE es irrisoria, seguramente por la excesiva voluntariedad que gobierna el sistema en todos sus aspectos. Ciertamente, la experiencia en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo a través de los AIP, que sepamos, sólo ha desembocado en dos acuerdos, a saber: - El Acuerdo de interés profesional suscrito por la empresa Lozano Transportes, SAU, y la Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC); y el Acuerdo de interés profesional de Panrico SLU. Lo que, tras casi cinco años de vigencia de la LETA, obliga a cuestionar la eficiencia del sistema.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUT GARCÍA, C. y NUÑEZ GONZÁLEZ, C., “La protección del trabajador autónomo económicamente dependiente: ¿el arte de la apariencia?”, en AA.VV., *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- BERMÚDEZ RODRÍGUEZ, C., “Los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, *A.L.*, núm. 22, 2008.
- CRUZ VILLALÓN, J., “La tutela colectiva por los trabajadores autónomos de sus intereses profesionales”, *R.L.*, núm. 7/8, 2000.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., “La regulación colectiva de las condiciones de trabajo de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, *A.L.*, núm. 3, 2009.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M<sup>a</sup>.F., “Los derechos fundamentales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, *R.D.S.*, núm. 42, 2008.
- GARCÍA MURCIA, J., “Los derechos colectivos del trabajador autónomo”, *A.L.*, núm. 9, 2009.

- GARCÍA MURCIA, J., “El Derecho del Trabajo ante el desafío del trabajo autónomo”, en AA.VV., *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup>, “¿Un nuevo enfoque de las relaciones entre la contratación privada de servicios y el contrato de trabajo? A propósito del Estatuto del Trabajo Autónomo de 2007”, en AA.VV., *Pensamientos jurídicos y palabras dedicados a Rafael Ballarín*, Universitat de Valencia, Valencia, 2009.
- GOERLICH PESET, J. M<sup>a</sup> y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Los escenarios del conflicto”, en AA.VV., *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, C.E.S., Madrid, 2011.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., *Derechos colectivos en el trabajo autónomo*, Bormarzo, Albacete, 2010.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo”, *R.L.*, núm. 7/8, 2000.
- SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados”, *T.L.*, núm. 81, 2005.
- SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “Los acuerdos de interés profesional como fuente reguladora de la relación profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 15, 2007.

# ESPECIALIDADES DEL RÉGIMEN PROFESIONAL DEL TRADE EN JORNADA, INTERRUPCIONES Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL\*

FEDERICO NAVARRO NIETO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Córdoba

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Trabajador autónomo, TRADE, tiempo de trabajo, interrupción, extinción del contrato de actividad

El estudio aborda determinados aspectos del régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente (el tiempo de trabajo, la interrupción de la actividad, y la extinción del contrato de actividad del TRADE con la empresa cliente). Una cuestión de primer orden radica en el alcance de determinadas exigencias formales para la aplicación de dicho régimen, sobre las que se ha pronunciado el TS en una jurisprudencia de 2011, aclarando la distinta relevancia que cabe otorgar a la comunicación de la situación de dependencia y la formalización del contrato. En el estudio se toma en consideración el protagonismo que están teniendo los acuerdos de interés profesional y su posible influencia en una *laboralización* de determinados aspectos del régimen jurídico. Igualmente se ha prestado atención al posicionamiento de los tribunales sobre diversos aspectos de dicho régimen normativo, siendo de destacar que la atribución legal a la jurisdicción social de las competencias sobre los procesos relacionados con el régimen profesional del TRADE no parece estar inclinando la orientación de los contenidos de la Ley conforme a la lógica tuitiva del Derecho del Trabajo. La descripción en el estudio de aspectos ambiguos, oscuros o silenciados del régimen jurídico y la respuesta doctrinal y jurisprudencial refleja, en definitiva, el difícil equilibrio de un régimen jurídico asentado en la primacía de la autonomía contractual y la flexibilidad legal, pero que no puede ignorar el objetivo de “juridificación” del desarrollo de la actividad del TRADE como garantía para éste en una relación de dependencia económica del cliente.

## ABSTRACT

**Key words:** Economically dependent worker, working time, interruption and termination of the contractual relationship

The study is a review of some jurisprudential treatment on the formal requirements for access to professional status of the TRADE, and the study of the legal regulation on various aspects of their professional status like working time, interruption of activity, and termination of contract of activity with the client company.

\* El texto reproduce la ponencia con el mismo nombre, dentro del Seminario sobre *El trabajo autónomo: balance y perspectivas tras la Ley 20/2007*, organizado por el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura en octubre de 2011.

**ÍNDICE:**

1. INTRODUCCIÓN
2. REQUISITOS FORMALES PARA LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN PROFESIONAL DEL TRADE: OBLIGACIONES DE COMUNICACIÓN DE LA CONDICIÓN DE TRADE Y DE FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO
3. PRESENTACIÓN DEL RÉGIMEN PROFESIONAL DEL TRADE
4. TIEMPO DE TRABAJO: JORNADAS, DESCANSOS E INTERRUPCIÓN ANUAL
  - 1.1. Reglas sobre jornada y descansos
  - 1.2. El derecho a una “interrupción” de la actividad anual
5. LAS INTERRUPTIONES JUSTIFICADAS DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DEL TRADE.
6. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO
  - 1.1. Las causas extintivas previstas en el art. 15.1 LETA.
  - 1.2. Supuestos específicos de extinción del contrato al margen del art. 15 LETA
  - 1.3. Los efectos indemnizatorios por resolución del contrato
  - 1.4. Cauces procesales para el ejercicio de acciones relacionadas con la extinción del contrato

**1. INTRODUCCIÓN**

El trabajo autónomo (TA) no hace referencia a una categoría general y unitaria de prestación de servicios (como es el trabajo por cuenta ajena), sino que se remite a un conjunto de situaciones sociológicas y de regímenes jurídicos diversos. De un lado, los trabajadores autónomos independientes o por cuenta propia (las profesiones liberales, por ejemplo); de otro lado, los autónomos con trabajadores a su cargo y PYMES (empresarios con una estructura con medios de producción y con una organización del trabajo); finalmente los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE). Afecta a una diversidad de sectores de servicios, tradicionales (como el transporte o la construcción) y no tradicionales<sup>1</sup>. Gráficamente podemos decir que el TA se declina en plural.

En cuanto a la ordenación jurídica del TA cabe decir que los sistemas jurídicos europeos se han construido sobre la doble categoría de trabajo asalariado y trabajo autónomo o independiente. El trabajo por cuenta ajena se rige por el Derecho del Trabajo, mientras que el trabajo autónomo o independiente se rige por normas civiles o mercantiles. España como otros países de la UE ha desarrollado una creciente intervención de tutela del TA en un sentido amplio. Esto es evidente en el campo de la Seguridad Social donde se avanza desde hace tiempo hacia la convergencia con la relación jurídica de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Como los autónomos al servicios de empresas de hostelería (servicios de restauración, servicios para hoteles); medios de comunicación (corresponsales y colaboradores de medios de comunicación y reporteros gráficos de agencias y prensa); marketing, telemarketing, profesionales de sondeos; gestión jurídica, contable; servicios sociales); empresas de formación; servicios médicos; programadores informáticos. Sobre el cambio cualitativo que se está operando en el mundo del TA, véase Libro Verde, *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, 22.11.2006, COM (2006) 708 final.

<sup>2</sup> Una de cuyas más recientes manifestaciones la encontramos en la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

Una importante novedad ha sido la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA). Destacaría dos motivaciones en la Ley. En primer lugar, la LETA es una respuesta a la demanda desde el sector del TA en general de una mayor protección jurídica (protección social, garantías de cobro de créditos, prevención de riesgos). En segundo lugar, el objetivo de la Ley sería el de la tutela de un segmento importante de TA que ya no responde al prototipo tradicional, que busca una adaptación de sus esquemas contractuales a nuevos equilibrios de intereses (donde sea posible conjugar objetivos de mayores ganancias, mayor libertad en la gestión del trabajo o de valoración profesional), y cuya relación profesional se caracteriza por el desequilibrio contractual en las relaciones con las empresas clientes (TRADE)<sup>3</sup>. En mi opinión es la realidad emergente de los TRADE la que ha impulsado los debates, propuestas y reivindicaciones relacionadas con el TA, y que en nuestro país cristaliza en una formulación codificadora<sup>4</sup>.

Respecto del TA, la LETA en términos generales aspira, mediante una técnica legislativa de codificación, a una regulación unificadora y uniformizadora<sup>5</sup>. Tales pretensiones son posibles sólo en parte<sup>6</sup>. La voluntad codificadora de la Ley se resuelve en términos más modestos como una recopilación y sistematización de previsiones dispersas en el ordenamiento jurídico, a las que es necesario remitirse en diversos aspectos<sup>7</sup>.

El régimen profesional del TA se construye sobre el principio de autonomía contractual y un criterio antiformalista en la regulación, en la línea de otras regulaciones dentro del derecho privado (como el contrato de agencia). El sistema de fuentes del Estatuto del TA se va a caracterizar, en síntesis, por el predominio de la autonomía contractual de voluntades, la prevalencia de las normas legales dispositivas y la aplicación supletoria de la normativa de derecho común. Sin embargo, el régimen jurídico del TRADE es diferente en

<sup>3</sup> Cfr. Valdés Dal-Re, “El marco jurídico general de la LETA”, en Cruz Villalón y Valdés Dal-Re (dirs.), *El estatuto del trabajo autónomo*, La Ley, 2008, pág. 38.

<sup>4</sup> El Libro Verde, *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, 22.11.2006, COM (2006) 708 final describe bien las inquietudes más recientes en torno al TA en la UE. Las primeras formulaciones procedentes del ámbito doctrinal tiene como objeto de atención precisamente los TRADE. Destacaría las formuladas en el informe Perulli, “*Trabajo económicamente dependiente (trabajo parasubordinado)*”, Bruselas, junio de 2003; Cruz Villalón, J., *Propuesta para una regulación del trabajo autónomo*, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 17/2003; Sagardoy Bengoechea, J.A., *Los trabajadores autónomos*, Ed. Cinca, 2004.

<sup>5</sup> El Preámbulo de la LETA atribuye a la Ley “una voluntad unificadora y uniformizadora”; subraya en otro momento que “se trata del primer ejemplo de regulación sistemática y unitaria del trabajo autónomo en la Unión Europea, lo que sin duda constituye un hito en nuestro ordenamiento jurídico”.

<sup>6</sup> Se ha observado en este sentido que estamos ante un objetivo que en el ámbito de las relaciones contractuales de los TA parece desacreditada dada la dificultad de una traducción jurídica unitaria para tales relaciones. Véase, Perulli, *Il lavoro autonomo*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, v. XXVII, t. I, Giuffrè Ed., Milano, 1996, pág. 77.

<sup>7</sup> Una sistematización de las remisiones materiales a otras leyes, en. Valdés Dal-Re, “*El marco jurídico general de la LETA*”, cit. pág. 55-56.

algunos aspectos relevantes. A diferencia del TA, en el caso del TRADE la relación contractual podrá ser civil, mercantil o administrativa, pero deberá formalizarse a través del régimen jurídico contractual previsto normativamente (art. 12 LETA y los arts. 4 y 5 RD 197/2009), “siempre por escrito” (art. 12.1 LETA y art. 4.1 RD 197/2009), debiendo hacerse constar una serie de aspectos (art. 4.2 RD), entre ellos los referentes a su régimen profesional. Otra diferencia significativa del TRADE es que el contrato que rige la relación entre TRADE y cliente debe respetar las normas de derecho necesario fijadas en la legislación (LETA y el RD 197/2009) y en los acuerdos de interés profesional (AIP). En suma, la lógica de la LETA se sitúa en la línea de una política del derecho de creciente intervencionismo estatal en materia de contratación en derecho privado que no se limita a una legislación prohibitiva, sino que actúa positivamente ordenando los mismos esquemas contractuales; esta lógica ha ido penetrando con diferente intensidad en los diversos campos del derecho privado, restringiendo el juego de la autonomía de la voluntad<sup>8</sup>.

Antes de pasar a la descripción del régimen profesional del TRADE convendrían algunas consideraciones generales. La más evidente es que la regulación del régimen profesional se plantea desde un objetivo garantista de la posición contractual del TRADE. El Preámbulo de la LETA lo deja claro al indicar que estamos ante un colectivo “que demanda un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena”. Como veremos, el estudio del régimen jurídico de la interrupción y la extinción del contrato se configura con un afán de tutela de la estabilidad de la relación contractual del TRADE. Pero debe puntualizarse que esta lógica está más cerca del Derecho Civil que de la lógica tuitiva del Derecho del Trabajo.

La LETA ha sido cuidadosa en recalcar que se prescinde de una política del derecho de *laboralización* de los TA. En términos formales, el legislador es cuidadoso en el distanciamiento terminológico respecto de las instituciones laborales, como tendremos ocasión de constatar en el acercamiento al régimen profesional del TRADE. Pero hablamos también de un claro distanciamiento en la política del derecho que regula su régimen jurídico. Así, es claro en el sistema de fuentes, donde por un lado, en relación con el marco legal, se establece en el art. 3, apartado 3, que “el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente”. Por otro lado, en relación con una de las más importantes novedades del sistema de fuentes, el acuerdo de interés profesional, recogido en el art. 3.2 LETA, el Preámbulo se encarga de subrayar que el reconocimiento de tales acuerdos “no supone trasladar la negociación colectiva a este ámbito, sino simplemente reconocer la posibilidad de existen-

<sup>8</sup> Cfr. Sánchez Calero, F. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, Thomson Reuters, vol. II, 2011, págs. 187 y sigs.

cia de un acuerdo que trascienda del mero contrato individual<sup>9</sup>. De hecho en el texto de la Ley se evita cualquier coincidencia terminológica con la regulación de la negociación colectiva laboral<sup>9</sup>. Es claro que la naturaleza jurídica de los AIP encaja en el tipo de los contratos de derecho privado<sup>10</sup>. Finalmente, es sintomático del enfoque de la LETA el silencio sobre el régimen sancionador de posibles incumplimientos normativos en la relación contractual entre el TRADE y la empresa cliente (la forma escrita del contrato o la transgresión de reglas sobre tiempo de trabajo o interrupciones de la actividad)<sup>11</sup>, que a la postre se confían a reclamaciones indemnizatorias por incumplimiento contractual.

En definitiva, la LETA está sometida inevitablemente a una tensión derivada de la contradicción entre, de un lado, un rechazo legal a la laboralización del TRADE, plasmado claramente en su sistema de fuentes, y, de otro, la construcción del régimen jurídico del TRADE sobre objetivos de tutela que lo acercan a la lógica de la relación contractual laboral, la utilización de esquemas normativos procedentes del ámbito laboral<sup>12</sup>, la introducción del AIP como instrumento que puede presionar a favor de la laboralización y finalmente la atribución a la jurisdicción social de las competencias jurisdiccionales en torno a esta figura. Esta tensión acaba proyectándose en el debate doctrinal y jurisdiccional sobre numerosos aspectos oscuros o silenciados del régimen jurídico.

Una cuestión de interés en este punto es la orientación de la doctrina jurisdiccional en la integración de lagunas, que se debatirá entre la consideración de la lógica que impone el sistema de fuentes del art. 3 LETA y la lógica ga-

<sup>9</sup> Es cierto que entre los sujetos colectivos que pueden negociar los AIP están los sindicatos de trabajadores a los que pueden afiliarse los TRADE (conforme al art. 19 LETA y art. 3.1 LOLS), pero ello no permite equiparar la negociación de AIP con la negociación colectiva del art. 37.1 CE. Implícitamente se deduce del art. 19.4 LETA, que diferencia el ejercicio del derecho de libertad sindical de los derechos ligados a la actividad de representación de los TA recogidos en el art. 19.2 LETA.

<sup>10</sup> Cfr. Cruz Villalón, “*Los acuerdos de interés profesional*”, en Cruz Villalón y Valdés Dal-Re (dirs.), *El estatuto del trabajo autónomo*, cit. pág. 387. Por lo demás hablamos de contratos colectivos cuya caracterización es ajena a la lógica normativa y *erga omnes* de los convenios del T. III LET. Se trata de contratos colectivos que se imponen a los contratos individuales entre TRADE y empresa cliente (art. 3.2 LETA). Por otra parte, la eficacia contractual de dichos acuerdos se limita a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes (art. 13.4 LETA). Pero es importante el subrayado de ambas normas que exigen el consentimiento del TRADE para que el acuerdo le sea de aplicación. De forma que sería posible cuestionar la misma imperatividad del acuerdo en las relaciones individuales, hasta el punto de que se admite que el TRADE posteriormente pueda retirar su consentimiento y acordar con la empresa cliente la inaplicación del AIP que le estaba siendo aplicado (Cruz Villalón, op. cit. pág. 413).

<sup>11</sup> Cfr. Montoya Melgar, A., *El contrato del TRADE*, Civitas, 2009, pág. 96, en relación con la forma del contrato; Álvarez del Cuervo, A. “*El régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente*”, en Cruz Villalón y Valdés Dal-Re (dirs.), *El estatuto del trabajo autónomo*, cit. pág. 276, en relación con determinados aspectos del régimen profesional.

<sup>12</sup> Ilustrativa la previsión del art. 7 del RD 197/2009, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en la empresa sobre contratos de actividad formalizados, que reproduce el planteamiento del art. 8.3 a) LET.

rantista y tuitiva propia de la LET. La doctrina avanzó la hipótesis de que la atribución legal a la jurisdicción social de las competencias sobre los procesos relacionados con el régimen profesional del TRADE, en sus vertientes individual y colectiva, podría actuar favoreciendo la orientación de los contenidos normativos de la Ley conforme a la lógica tuitiva del Derecho del Trabajo y de sus instituciones. Mi opinión es que esta posibilidad sólo puede ser modesta y probablemente conducirá a la misma situación que tiene lugar con la relación laboral especial de alta dirección (RD 1382/1985), porque la LETA diseña un sistema de fuentes apoyado en el principio de autonomía contractual y la aplicación supletoria de la normativa civil o mercantil, en términos muy parecidos al sistema de fuentes de aquella relación laboral especial. La experiencia es que la traslación por la jurisdicción social de los principios del Derecho del Trabajo resulta muy contenida ante la autosuficiencia de ese sistema de fuentes.

En el caso del TRADE por el momento la doctrina de Suplicación parece orientarse claramente por el rechazo de la aplicación analógica de las normas laborales. La STSJ Cataluña 14-5-2010 (AS 1814) entiende que, a la vista del artículo 3.1 LETA, “parece evidente que el legislador quiso precisar que para aquello que no este regulado en la LETA no es posible acudir al Derecho laboral, sino las normas de Derecho civil o mercantil, incluso administrativo, atendiendo a la naturaleza del contrato suscrito, que en cada caso procedan y se puedan aplicar, y en esa clave es en la que debe leerse e interpretarse todo el Estatuto del Trabajo Autónomo y de resolverse todas las cuestiones que se planteen ante los órganos jurisdiccionales sociales”; y en particular, “en materia de extinción contractual, la ausencia de dicha remisión comporta, que debamos acudir a las normativa civil y mercantil”.

Se añade, en términos más generales, que no cabe aplicar el instituto de la analogía con las soluciones normativas laborales (conforme al artículo 4.1 del Código Civil), porque la aplicación analógica de las normas requiere que se aprecie identidad de razón y una laguna legal respecto del caso contemplado, y en el caso de la LETA, “no existe dicho vacío legal, ya que los TRADE, poseen su propia regulación legal”<sup>13</sup>.

No obstante, los AIP pueden estar favoreciendo la introducción de reglas y garantías tomando como referencia la legislación laboral, y hasta cierto punto laboralizando las relaciones contractuales, en aspectos como el régimen de la jornada, vacaciones, de interrupciones de la prestación, régimen disciplinario o de extinción del contrato.

Observaremos, para concluir esta introducción, que el régimen profesional del TRADE y su problemática no parece concitar especial interés por el momento, salvo en el caso de la extinción del contrato.

<sup>13</sup> STSJ Cataluña 4-10-2010 (AS 2449).

## 2. REQUISITOS FORMALES PARA LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN PROFESIONAL DEL TRADE: OBLIGACIONES DE COMUNICACIÓN DE LA CONDICIÓN DE TRADE Y DE FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO

Para poder acogerse al régimen jurídico del TRADE, el RD 197/2009 exige formalizar el contrato de actividad con los contenidos que indica el reglamento en sus arts. 4 y 5. La LETA y el RD 197/2009 requieren para la aplicación del régimen TRADE una comunicación previa por el TRADE (art. 2.2 RD 197/2009) y la formalización del contrato TRADE de mutuo acuerdo (art. 5.1 RD 197/2009).

En el caso de las relaciones contractuales que cumplen las exigencias del art. 11 LETA, pero que ya estaban vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, la aplicación del régimen jurídico TRADE depende de una comunicación previa por el TRADE y la adaptación de los contratos existentes con anterioridad a la LETA (DT 2ª LETA y DT 1ª RD)<sup>14</sup>, y DT 3ª LETA y DT 2ª RD (para los transportistas y agentes de seguros)<sup>15</sup>. Su aplicación ha sido dilatada en el tiempo y ha planteado dudas de transitoriedad (de adaptación de los contratos anteriores a la LETA). Básicamente los problemas se plantean cuando se reclama la aplicación del régimen TRADE sin que haya existido previamente una comunicación del TRADE a su cliente, ni se haya adaptado el contrat<sup>16</sup>. En estos supuestos, el TS, en una serie de

<sup>14</sup> Comunicación dentro de los tres meses desde la entrada en vigor del RD. (5-6-2009) y adaptación del contrato dentro de los 6 meses desde la entrada en vigor del RD (5-9-2009).

<sup>15</sup> Comunicación dentro de los 12 meses desde la entrada en vigor del RD. (5-3-2010) y adaptación del contrato dentro de los 18 meses desde la entrada en vigor del RD (5-9-2010).

<sup>16</sup> Sobre el debate doctrinal al respecto, remito a López Gandía J. y Toscani Jiménez, D., *El régimen profesional y de seguridad social de los Trabajadores autónomos*, El Derecho, 2010, pág. 77 y sigs. En el ámbito jurisdiccional, un primer posicionamiento ha mantenido que el incumplimiento de la obligación de comunicación no determina la alteración de la regulación jurídica aplicable a la relación entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente, porque la comunicación no tiene la condición de requisito constitutivo para la existencia del contrato (STSJ Castilla y León 29-10-2008 (AS 2009, 2799); STSJ Comunidad Valenciana 11-12-2008 (JUR 2009 34892). STSJ La Rioja de 4 febrero 2010 (AS 2010, 956)). Un segundo posicionamiento en suplicación ha entendido que los contratos que mantenían los TA con sus clientes no se convierten en contratos de TRADE en tanto que no se comunique por el TRADE que concurre la circunstancia de ser “económicamente dependiente” (tal y como resulta de la disposición transitoria tercera de la LETA) (STSJ Galicia 9-2-2011 –JUR 2001, 146571-). Incluso efectuada esa comunicación a su cliente por el TRADE (de ser un autónomo “económicamente dependiente”), la novación del contrato anterior por el propio del TRADE (la adaptación) no surge automáticamente con esa notificación, ya que en esos casos se mantiene el contrato anterior (y sujeto a su régimen jurídico propio), al menos hasta que ambas partes lleguen a un acuerdo de adaptación o, de no llegarse a un acuerdo, hasta que finalice el periodo transitorio. Pero en este último caso se permite que cada uno de los contratantes pueda extinguir el contrato antes de su conversión en un contrato sujeto al régimen TRADE (STSJ País Vasco 24-3-2009 –AS 1851- y otras posteriores; Navarra 21-9-2010 –AS 2606-; STSJ Castilla León 12-5-2010 –JUR 202395- –que manifiesta discrepar de la STSJ Castilla León 29-10-2008-; Cataluña 28-9-2010 –AS 2442- y 22-10-2010 –AS 1949-; Madrid 30-9-2010 –JUR 2011, 24634-). Como veremos a continuación el TS se ha pronunciado sobre esta problemática en unificación de doctrina.

sentencias de 2011<sup>17</sup>, ha interpretado que es necesario que el TA comunique a la empresa cliente la situación de dependencia y se cumplan los plazos para la adaptación para que pueda hablarse de un contrato de trabajo autónomo dependiente, sin que la formalización del contrato tenga valor constitutivo.

Al margen de estos supuestos de transitoriedad, la celebración del contrato específico de TRADE, como queda dicho, exige dos condiciones, la comunicación de la situación de dependencia y la formalización del contrato. Pero ambos requisitos no tiene igual relevancia. En primer lugar, es necesario que el trabajador que considere que reúne los requisitos necesarios para ser TRADE comunique al cliente dicha condición, de tal modo que “no se podrá aplicar el régimen jurídico establecido en este real decreto en el caso de no producirse tal comunicación” (art. 2.2 RD 197/2009). La jurisprudencia de 2011 es clara en el sentido de que “la comunicación de la situación de dependencia es un requisito para la existencia del consentimiento sobre el vínculo contractual que se establece”, teniendo un valor constitutivo para el vínculo contractual<sup>18</sup>.

A la empresa cliente una vez recibida la pertinente comunicación se le ofrece la posibilidad de requerir al trabajador para que acredite el cumplimiento de los requisitos necesarios para la calificación formal de TRADE (art. 2.3 RD 197/2009). Por ello, es necesario que el TRADE lo comunique a la empresa cliente para formalizar el contrato como tal. Si el TRADE realiza la comunicación, no se plantean objeciones por la cliente y no se formaliza el contrato TRADE se entiende que la relación TRADE produce efectos jurídicos plenos. Así parece entenderlo el RD 197/2009 cuando establece que los contratos suscritos con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto del Trabajo Autónomo, entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y el cliente, “producen efectos jurídicos plenos” y deben adaptarse a lo establecido en el RD 197/2009 (DT 1ª RD 197/2009).

El valor de la comunicación se constata en el supuesto singular del denominado “TRADE sobrevenido” (art. 12.3 LETA), en el que un trabajador autónomo que mantiene inicialmente relaciones contractuales con varios clientes y que posteriormente deviene dependiente económicamente de uno de los clientes. En este supuesto sólo se aplica el régimen TRADE por consentimiento de

<sup>17</sup> SSTs 11-7-2011, RJ 6391; 12-7-2011, RJ 6397; 6-10-2011, JUR 406214; 24-11-2011, JUR 2012, 544.

<sup>18</sup> STS 11-7-2011, RJ 6391, que añade: “La aplicación del régimen legal es, desde luego, obligatoria cuando se dan las condiciones necesarias para ello. Pero la suscripción del contrato no lo es. El trabajador autónomo y su cliente tienen que conocer la naturaleza del contrato que suscriben y el cliente tiene que saber que está contratando un servicio que se presta en una situación de dependencia económica. De ahí que el trabajador tenga la obligación de informar de esta circunstancia o la carga de probar, en su caso, que el cliente la conocía al contratar. Si conociendo esta circunstancia se contrata, el régimen legal será aplicable, aunque trate de excluirse por las partes o a través de las cláusulas del acuerdo pactado. La ley lo que pretende es garantizar el conocimiento del cliente sobre las condiciones en las que contrata”.

ambos contratantes, dado que el art. 12.3 LETA establece que en este caso de TRADE sobrevenido “se respetará íntegramente el contrato firmado entre ambas partes hasta la extinción del mismo, salvo que éstas acordasen modificarlo para actualizarlo a las nuevas condiciones que corresponden a un trabajador autónomo económicamente dependiente”.

Respecto de la formalización del contrato, tanto la LET (art. 12.1) como el RD 197/2009 (art. 4.1) establecen que el contrato “se formalizará siempre por escrito”. En los Tribunales se reabre la polémica sobre el valor que tienen las exigencias formales de cara a la aplicación del régimen jurídico de la LETA. Una primera línea interpretativa mantiene que la falta de forma escrita determina simplemente una presunción *iuris tantum* de que nos encontramos ante un trabajador autónomo ordinario, mientras que el acogimiento a la forma escrita genera la presunción contraria a favor de la existencia de un trabajador autónomo económicamente dependiente. De lo contrario, se argumenta, resultaría que la aplicación del régimen legal previsto en la Ley para los trabajadores autónomos económicamente dependientes quedaría a merced de la voluntad de las partes<sup>19</sup>. Esta posición se matiza limitando a la comunicación del TRADE al cliente los efectos constitutivos. En efecto, se puntualiza que sería excesivo atribuir carácter constitutivo al contrato escrito de TRADE, “mas lo que resulta evidente es la relevancia de la información previa, pues para que pueda celebrarse cualquier contrato es ineludible que ambas partes tengan conocimiento de las condiciones que autorizan su suscripción”<sup>20</sup>.

Desde otra posición judicial se estima que la forma escrita es un requisito constitutivo de la relación jurídica de TRADE. La relevancia otorgada a la acreditación de la condición de TRADE, su comunicación y el acuerdo justifica que si no hay forma escrita no se despliega la modalidad contractual de TRADE<sup>21</sup>. En definitiva, la forma adquiere aquí valor esencial, *ad solemnitatem*<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> La finalidad garantista de la Ley “quedaría sin objeto si el cliente del cual el trabajador autónomo depende económicamente pudiera excluir la aplicación de la norma simplemente dejando de cumplir las disposiciones sobre forma escrita y registro”. Ambas presunciones son *iuris tantum*, al igual que en el artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, afectan únicamente a la distribución de la carga de la prueba y pueden romperse mediante prueba en contrario que acredite el cumplimiento de los requisitos del artículo 11 LETA. Véase, STSJ Castilla y León 29-10-2008 (AS 2009, 2799); STSJ Aragón 4-2-2009 (AS 2009, 943); Cantabria 26-6-2009 (AS 2009, 1876).

<sup>20</sup> STSJ Castilla León 12-5-2010, JUR 202395.

<sup>21</sup> Desde este planteamiento, el art. 2.2 RD 197/2009 solo puede ser interpretado en el sentido de que la existencia del contrato de TRADE no sólo debe ser probada, sino que debe ser comunicada y aceptada por las dos partes del contratantes, y ello, porque en este tipo de contratos, no opera la “vis atractiva” del contrato de trabajo, sin que en este terreno sea aplicable la lógica laboralista, sino civilista, ya que el contrato se convierte en un elemento del todo necesario a fin de acreditar la situación de dependencia económica del trabajador autónomo. Véase, STSJ Canarias 25-7-2010 (AS 2502); STSJ País Vasco 24-3-2009 (AS 1851), STSJ Cataluña 9-11-2010 (AS 2011, 270); STSJ Cataluña 10-11-2010 (AS 2011, 271).

<sup>22</sup> STSJ Andalucía 25-3-2009 (AS 1593); STSJ Andalucía 19-10-2010 (AS 2666); STSJ Andalucía 15-12-2010 (AS 2011, 306).

El TS, refiriéndose a la exigencia de forma escrita, se ha decantado por otorgar prioridad a “la calificación material y descartar el carácter constitutivo de la forma escrita del contrato, pese a que el art. 12.1 LETA establece que el contrato del trabajador autónomo dependiente deberá formalizarse por escrito”. y ello porque en nuestro ordenamiento rige el principio espiritualista (art. 1278 del Código Civil). En consecuencia, “aunque puede aceptarse que el artículo 12-1 de la Ley 20/2007 no establece la necesidad de forma escrita como requisito “ad solemnitatem”, debe rechazarse que no tenga carácter constitutivo del contrato la comunicación, por el trabajador a quien le contrata de su condición de dependencia económica de quien lo emplea, cual requiere el n° 2 del citado artículo 12”<sup>23</sup>.

Este planteamiento parece encontrar respaldo normativo en el nuevo art. 11 bis LET (introducido por la DF 2ª de la LRJS) que prevé en su pár. 1º que el TA que reúna los requisitos de TRADE, conforme al art. 11 LETA, podrá solicitar a su cliente la formalización de un contrato de TRADE “a través de una comunicación fehaciente”, y en caso de que el cliente se niegue a la formalización del contrato o cuando transcurrido un mes desde la comunicación (*rectius*, desde su recepción) no se haya formalizado dicho contrato, el trabajador autónomo podrá solicitar el reconocimiento de su condición de TRADE ante los órganos jurisdiccionales del orden social. Conforme al pár. 2º de nuevo precepto, “el reconocimiento judicial de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente no tendrá ningún efecto sobre la relación contractual entre las partes anterior al momento de dicha comunicación”<sup>24</sup>. Esta norma sin embargo no se aplica al denominado “TRADE sobrevenido” (art. 12.3 LETA).

### 3. PRESENTACIÓN DEL RÉGIMEN PROFESIONAL DEL TRADE

Los TA cuentan con un régimen general contenido en los arts. 3 a 10 y 19 a 29 LETA. El régimen profesional se estructura a partir del reconocimiento de una serie de derechos recogidos en los art. 4 y sigs. LETA. El art. 4.3 LETA establece la garantía en el disfrute de ciertos derechos fundamentales y el derecho a la igualdad y no discriminación por determinados factores personales. El art. 6 LETA por su parte establece los instrumentos de protección jurisdiccional de tales derechos. Se prevén reglas específicas en prevención de riesgos laborales

<sup>23</sup> STS 12-7-2011, RJ 6397.

<sup>24</sup> No obstante, conforme a la Disposición transitoria cuarta LETA (tras su reforma por la DF 2ª LRJS), “el reconocimiento de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente previsto en el artículo 11 bis de esta Ley, sólo podrá producirse para las relaciones contractuales entre clientes y trabajadores autónomos que se formalicen a partir de la entrada en vigor de la Ley reguladora de la jurisdicción social”.

(art. 8), en materia de garantías económicas (art. 10), el derecho a la formación y readaptación profesionales (art. 4.3 d) LETA), con previsión de políticas públicas dirigidas a facilitar su acceso a los programas de formación profesional (arts. 27.1 e), 28.1 LETA), y en materia de Seguridad Social (arts. 23 a 26).

Los aspectos que van a centrar la atención en este estudio se sitúan en el artículo 14 (Jornada de la actividad profesional), artículo 15 (Extinción contractual), y artículo 16 (Interrupciones justificadas de la actividad profesional), referidos específicamente al régimen profesional del TRADE.

Conviene recordar que la Disposición adicional decimocuarta LETA contemplaba la realización de un estudio sectorial del trabajo autónomo. En este sentido encargaba al Gobierno la elaboración, en el plazo de un año, de un estudio sobre los sectores de actividad que tienen una especial incidencia en el colectivo de trabajadores autónomos. Este estudio debía incluir, entre otros, aspectos los efectos que tienen las especificidades propias de cada sector en las condiciones del trabajo (retributivas, conciliación familiar, protección social, etc.) que realiza el trabajador autónomo. Desde esta perspectiva, este estudio sectorial podría servir para modelar o modificar la regulación sobre condiciones de trabajo de los TA y en especial de los TRADE. Pero a día de hoy nada de esto se ha llevado a efecto.

El régimen jurídico del TRADE cuenta con dos notas relevantes que ya hemos apuntado. En primer lugar, en materia de condiciones de prestación del servicio por el TRADE ha de estarse a la autonomía contractual, con las limitaciones fijadas en la ley y en el AIP, conforme al art. 3 LETA. A partir de esta premisa, toda modificación que se introduzca en las condiciones principales de realización de la actividad por el TRADE, al margen de las previsiones del marco legal o del AIP, debe ser calificada como novación objetiva que requiere el acuerdo expreso de los contratantes, a diferencia de las novaciones en el contrato laboral (concebidas de manera más flexible en interés de la empresa). Hay que tener en cuenta que, fuera del pacto contractual, el cliente no puede modalizar o modificar la prestación, lo contrario sería indicativo de que no es el TA el que organiza, dirige y controla efectivamente su actividad económica o profesional para el cliente.

La segunda nota relevante radica en la relevancia para su régimen jurídico del AIP, aunque hay que decir que su desarrollo es escaso en la práctica<sup>25</sup>. Las previsiones legales atribuyen un relevante papel al AIP en la modalización del régimen jurídico de derechos y obligaciones vinculantes para empresas clientes y TRADES. Así, el art. 13.1 indica que tales AIP “podrán establecer

<sup>25</sup> AIP Panrico, de 2009, suscrito por PANRICO, S.L.U. y en representación de los TRADE, por CC.OO., UGT, UPTA, ATA y ATAD; AIP de Empresa Lozano Transportes, SAU, y la Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC) (julio de 2010 a diciembre de 2012); AIP de Empresa Sertrans Catalunya, SA, y la organización Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC) (mayo de 2009 a mayo de 2012).

las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de contratación”. Por lo demás, a lo largo del articulado de la LETA se producen remisiones a la regulación del AIP. Así, la LETA atribuye al acuerdo competencias de regulación o de mejora de la regulación legal en materia de jornada y descansos (art. 14.2 y 3), sobre interrupción de la actividad anual (art. 14.1), en relación con las causas que legitiman las interrupciones justificadas de la actividad profesional (art. 16.2), o de indemnizaciones por extinción del contrato (art. 15.4).

#### **4. TIEMPO DE TRABAJO: JORNADAS, DESCANSOS E INTERRUPTIÓN ANUAL**

El primer aspecto relevante del régimen profesional del TRADE de nuestro interés se refiere al tiempo de trabajo. El trabajo autónomo y su regulación parecen pensados como una ejecución de obras o servicios a una pluralidad de clientes. Lo relevante por tanto es el resultado y no tanto la actividad. Pero el planteamiento difiere en el caso del TRADE, porque el contrato que celebra con el cliente tiene por objeto una prestación continuada de servicios para un cliente preponderante, donde por tanto va a ser relevante la continuidad en el servicio, y en estos casos adquiere mayor relevancia el tiempo dedicado a la prestación.

Ello justifica la previsión del art. 14 LETA, sobre “Jornada de la actividad profesional”. La norma se dirige a regular esta temática en la relación del TRADE con su cliente principal, no con respecto al resto de clientes del TA. La rúbrica de la norma es equívoca porque el precepto abarca una diversidad de aspectos sobre el tiempo de trabajo, no circunscritos a la “jornada” en sentido estricto. Es una regulación sin una sistemática coherente, al menos por comparación con los arts. 34 y sigs. LET (regulación de la jornada y reglas de distribución, jornada extraordinaria, descansos, vacaciones). Es una regulación, por lo demás, que se limita a muy precisas reglas de derecho necesario, lo que contrasta con el mayor rigor y detalle de la LET en la regulación del tiempo de trabajo. Prevalece en suma una amplia dispositivización<sup>26</sup>, que es coherente con la renuncia legislativa a la laboralización de la relación contractual y la lógica tuitiva consecuente.

Se ha observado críticamente que estamos ante una regulación donde domina la libertad contractual, sin avanzar en el establecimiento de garantías que refuercen la seguridad jurídica y la tutela del TRADE en términos cercanos al trabajador asalariado<sup>27</sup>. Creo, sin embargo, que en líneas generales el marco jurí-

<sup>26</sup> En este sentido, Montoya Melgar, A., op. cit. págs. 144-145.

<sup>27</sup> En este sentido, Molina Navarrete C. y García Jiménez, M., *Comentario al art. 14 LETA*, en *El estatuto del trabajador autónomo*, Monereo Pérez y Fernández Avilés (Dir. y Coord.), Comares, 2009, pág. 178; López Gandía J. y Toscani Jiménez, D., op. cit., pág. 94.

dico debe ser muy flexible, porque debemos recordar que una característica del TRADE es el desarrollo de la actividad económica o profesional con autonomía organizativa, lo que supone la afirmación de la autonomía en la gestión de jornadas, horarios o descansos. Hay que reconocer, no obstante, que la regulación del tiempo de trabajo puede incidir en otros derechos del TRADE, como el derecho a la seguridad y salud o los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, y en estos aspectos la regulación en algunos puntos es muy genérica.

Por tanto una característica inherente al régimen jurídico es el de su flexibilidad. Esta nota se trata de compaginar con el objetivo de “juridificación” del desarrollo de la actividad del TRADE como garantía para éste en una relación de dependencia económica del cliente<sup>28</sup>. Ese objetivo se pretende alcanzar a través de ciertas normas de derecho necesario relativo, el papel atribuido al AIP y mediante la contractualización de las reglas básicas sobre tiempo de trabajo. En este sentido, conviene puntualizar que por vía reglamentaria se dispone que “deberán constar necesariamente” en el contrato “el régimen de la interrupción anual de la actividad, del descanso semanal y de los festivos, así como la duración máxima de la jornada de la actividad, incluyendo su distribución semanal si ésta se computa por mes o año” (art. 4.2 d) RD 197/2009). Además, el art. 6.2 RD 197/2009 añade que el registro del contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente especificará los extremos obligatorios del contrato contenidos en el artículo 4.2 del RD, entre ellos el régimen de la interrupción anual de la actividad y jornada.

#### 4.1. Reglas sobre jornada y descansos

Conforme a la Ley, debe pactarse en el contrato un “tiempo ordinario de actividad”, con especificación de la cuantía máxima de la jornada, y su distribución semanal, en el caso de que la misma se compute por mes o año (art. 14.2). No se ha fijado una regla imperativa sobre la duración máxima de la jornada ordinaria o, al menos, un tiempo de descanso mínimo entre jornadas<sup>29</sup>. Este es un dato indiscutible de separación de la regulación de la jornada laboral<sup>30</sup>. Por otra parte, la realización de actividad por tiempo superior al pactado contractualmente será voluntaria para el TRADE en todo caso.

Se prevé un límite de jornada “extraordinaria”, aunque su concreción en primera instancia se remite al acuerdo de interés profesional. Y en este caso, esa jornada extraordinaria no puede exceder del incremento máximo estable-

<sup>28</sup> Álvarez del Cuvillo, A., op. cit. pág. 276.

<sup>29</sup> Como se contempla en el RD 1561/1995, sobre jornadas especiales de trabajo (modificado por el RD 902/2007), o en el sector del transporte en el Reglamento comunitario 561/2006, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera.

<sup>30</sup> Cfr. Montoya Melgar, A. op. cit. pág. 145.

cido en el acuerdo. La LETA establece de manera supletoria que, en ausencia de acuerdo de interés profesional, el incremento no podrá exceder del 30 por ciento del tiempo ordinario de actividad individualmente acordado (art. 14.3). Como vemos, el pacto contractual queda sometido en todo caso al acuerdo colectivo o supletoriamente a la previsión legal.

No se establece en la Ley regla alguna sobre el horario del TRADE. La norma se limita a recomendar su adaptación a los efectos de poder conciliar la vida personal, familiar y profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente (art. 14.4). Esta previsión contrasta con el reconocimiento de un derecho del TA a la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar (art. 4.3 g) LETA). “Una buena intención desprovista de imperatividad”, como observa Montoya Melgar<sup>31</sup>. El art. 14.4 LET no traduce este genérico derecho en obligación alguna para el cliente al que está vinculado. Este dato contrasta con el diferente tratamiento que se otorga a la trabajadora autónoma económicamente dependiente que sea víctima de la violencia de género, que tendrá derecho a la adaptación del horario de actividad (art. 14.5). El art. 4.2 d) RD 197/2009 prevé que para este supuesto “deberán constar necesariamente” en el contrato “la correspondiente distribución semanal y adaptación del horario de la actividad con el objeto de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral”.

En materia de jornadas y horarios los AIP son bastante flexibles. Un buen ejemplo lo tenemos en el caso de Acuerdo de PANRICO (art. 7), que prevé una jornada de lunes a sábado, “sin que queden clientes sin atender salvo causa justificada o de fuerza mayor”. Se acuerda además “la distribución irregular de la jornada pactada, en los días señalados en el párrafo anterior, en función de las especiales características de la ruta de transporte que pudiera asignarse al transportista autónomo”. El horario de realización del servicio de transporte “será fijado por la Empresa que, al igual que en materia de jornada y en función de las concretas circunstancias del cliente o servicio, estará facultada a realizar las modificaciones que entienda necesarias”.

En el sector del transporte, los Acuerdos prevén reglas sobre duración máxima de la jornada (adaptándose a lo establecido en el Reglamento 561/2006 sobre tiempos de conducción y descanso), con previsión de hora de inicio de la jornada (7 horas) y el final (18 horas), debiendo el transportista adaptar su jornada laboral a las necesidades de prestación de los servicios facilitados por el cargador, pero sin sobrepasar la jornada máxima<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Op. cit. pág. 148.

<sup>32</sup> Acuerdo de Lozano Transportes, SAU, y la Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC) (art. 45); Acuerdo de Empresa Sertrans Catalunya, SA, y la organización Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC) (art. 20)

#### 4.2. El derecho a una “interrupción” de la actividad anual

Finalmente, el art. 14.1 LETA fija el derecho a una “interrupción” de la actividad anual del TRADE que será como mínimo de 18 días hábiles, sin perjuicio de que dicho régimen pueda ser mejorado mediante contrato entre las partes o mediante acuerdos de interés profesional. La norma se limita al establecimiento de una garantía negativa consistente en que no podrá fundamentarse por tal motivo la extinción contractual por voluntad del cliente (prevista en la letra f) del apartado 1 del artículo 15 LETA).

La norma obvia una mayor concreción al respecto, al igual que en lo referente a la distribución del disfrute o la posibilidad del pacto de compensación económica. Lo que es claro en el precepto es que no se impone la obligación de retribución de este periodo a la empresa cliente. Una cuestión más que se deja al pacto contractual o al AIP. Estos acuerdos colectivos establecen reglas sobre duración de la interrupción mínima, introduciendo la posibilidad de su disfrute en dos periodos y en algún caso manteniendo el derecho a la retribución a cargo del cliente<sup>33</sup>.

### 5. LAS INTERRUPCIONES JUSTIFICADAS DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DEL TRADE

El segundo aspecto de nuestro interés respecto del régimen profesional del TRADE se refiere a las interrupciones de la actividad profesional. Recoge la LETA, en su artículo 16, los supuestos de “Interrupciones justificadas de la actividad profesional” que vincula al TRADE con la empresa cliente predominante. La LETA sistematiza un elenco de causas de interrupción de diferente naturaleza en el listado del apartado 1º del art. 16, que contrasta con la diferenciación de institutos en la LET en atención a su distinta naturaleza y régimen jurídico. De ahí que la LETA

<sup>33</sup> En el caso del Acuerdo de PANRICO, el art. 8 prevé que los transportistas autónomos tendrán derecho a treinta días naturales de descanso anual a distribuir en dos periodos iguales de 15 días, los cuales habrán de disfrutarse uno en invierno y otro en verano. En relación con la concreta fecha de disfrute de los mismos, ésta deberá ser consensuada entre los representantes de los sindicatos y asociaciones de transportistas autónomos de cada una de los territorios y la Dirección de la Empresa, prevaleciendo, en caso de conflicto, el interés empresarial. Durante el disfrute del citado periodo de descanso anual, los transportistas autónomos tendrán derecho a percibir, con carácter exclusivo, la prima fija mensual. En el caso del Acuerdo de Empresa Lozano Transportes, SAU, y la Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC) el art. 46 prevé que el transportista tendrá derecho a efectuar una interrupción anual de su actividad profesional de 24 días hábiles al año, debiendo realizarse preferiblemente en los meses de verano o bien, podrán tomarse en uno o dos periodos de un mínimo de 12 días hábiles, preavisando al cargador con una antelación de 15 días naturales a la fecha de su realización. Dicha interrupción en ningún caso podrá ser obligada por la empresa cargadora. Los periodos de interrupción de la actividad profesional en ningún caso serán retribuidos, salvo que en el contrato individual de ámbito inferior las partes pacten otra cosa.

obvie, a diferencia de aquella Ley, toda referencia a derechos y obligaciones de las partes del contrato (singularmente la obligación de retribuir) en tales supuestos<sup>34</sup>.

Como decimos, estamos ante una lista de causas de interrupción de la actividad delimitadas sin gran precisión y que es abierta (art. 16.2). Así, un primer supuesto de “interrupción justificada” se sitúa fuera del art. 16 LETA (las vacaciones anuales del art. 15). Por otra parte, los supuestos recogidos en el art. 16, como equivalentes a las “suspensiones” de contratos laborales, son más limitados que los supuestos previstos en el art. 45 LET. Finalmente, se prescinde dentro de la LETA de la distinción laboral entre suspensiones (art. 45 LET) e interrupciones no periódicas (art. 37.3 LET). Las interrupciones de la actividad *ex art. 16 LETA* cuentan con dos elementos comunes. En primer lugar, tienen su fundamento en la voluntad común de las partes o en circunstancias que impiden temporalmente la prestación de actividad del TRADE. En segundo lugar, la interrupción supone la pervivencia del contrato, aunque cesando las obligaciones principales derivadas del mismo para ambas partes, y la reanudación de la relación contractual una vez que desaparece la causa que la justifica.

La lista de supuestos enumerados en el art. 16.1 LETA se caracteriza en algunas causas por su falta de concreción, lo que puede solventarse mediante el contrato o el acuerdo de interés profesional, que además podrán establecer otras causas de interrupción justificadas de la actividad profesional (art. 16.2). En todo caso, las dudas que puede suscitar este régimen jurídico deben resolverse atendiendo al principio de conservación del negocio jurídico y de tutela de la estabilidad de la relación contractual del TRADE. Veamos algunos supuestos problemáticos de la lista del art. 16.1 LETA.

Se considerarán causas debidamente justificadas de interrupción de la actividad por parte del trabajador económicamente dependiente “la necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles” (art. 16.1 b) LETA). Esta causa de interrupción ha sido criticada por su generalidad<sup>35</sup>. Los supuestos de “responsabilidades familiares urgentes”, pueden referirse al nacimiento de hijo y el fallecimiento, accidente u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (creo que está justificada la analogía con el art. 37.3 b) LET). Las responsabilidades familiares “sobrevenidas e imprevisibles” deben interpretarse como cláusulas abiertas, remitiéndose por tanto al contrato o acuerdo de interés profesional la determinación de supuestos causales o el parentesco familiar que justifica la interrupción.

Por otra parte, incapacidad temporal, maternidad o paternidad son causas de interrupción de la actividad (art. 16.1 d) LETA). Estas causas de interrupción

<sup>34</sup> Cfr. Montoya Melgar, A., *op. cit.* pág. 152; Álvarez del Cubillo, A., *op. cit.* pág. 263.

<sup>35</sup> Cfr. Montoya Melgar, A., *op. cit.* pág. 154; Barrios Baudor G. y Sempere Navarro A., *Comentario al art. 16 LETA*, en *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Sempere y Sagarodoy (Dirs.), Aranzadi Thomson Reuters, 2010, pág. 311.

se corresponden con los supuestos de acción protectora previstos por la legislación de Seguridad Social por estos motivos. Deben incluirse aquí los supuestos equiparables de riesgo durante el embarazo y lactancia natural. Por dos motivos. En primer lugar, porque el art. 4.3 g) LETA reconoce al TA “el derecho a suspender su actividad en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y adopción o acogimiento”. El art. 16.1 d) LETA debe interpretarse en coherencia con esta norma. En segundo lugar, porque, al igual que la incapacidad temporal, maternidad o paternidad, estos supuestos de riesgos durante el embarazo o la lactancia cuentan con una prestación que protege la situación en la que se encuentra la trabajadora embarazada “durante el período de interrupción de la actividad profesional”<sup>36</sup>.

Finalmente, también la fuerza mayor se considera causa de interrupción (art. 16.1 f) LETA). El origen de la fuerza mayor debe situarse en la prestación de servicios por el TRADE, como se deduce del art. 16.3 párr. 2º LETA, que permite al cliente extinguir el contrato porque esta situación paraliza o perjudica su actividad. En este caso estamos ante una interrupción temporal que permite al TRADE pasar a una situación legal de cese de actividad que da derecho a una prestación de Seguridad Social por tal motivo (art. 5.1 b) Ley 32/2010)<sup>37</sup>.

Como hemos indicado, mediante contrato o acuerdo de interés profesional podrán fijarse otras causas de interrupción justificada de la actividad profesional (art. 16.2 LETA). En este sentido pueden contemplarse supuestos del art. 45 LET no previstos en la lista del art. 16 LETA, como la prisión preventiva o las causas empresariales de interrupción (causas económica o fuerza mayor). Igualmente respecto de la duración, el pacto puede prever reglas en los casos en que el supuesto causal no sirva por sí mismo para delimitar su duración.

Los AIP no son precisos al respecto, limitándose a remitirse genéricamente al art. 16 LETA o incorporando previsiones específicas de la LET. Por ejemplo, el art. 8 del Acuerdo de PANRICO incorpora supuestos de interrupciones no periódicas siguiendo el esquema del art. 37.3 LET, con derecho a compensación económica.

<sup>36</sup> Arts. 40 y 49 del RD 295/2009, de 6 marzo, regulador de las prestaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural.

<sup>37</sup> El art. 6 b) Ley 32/2010 dispone que, a efectos de acceder a la prestación, la fuerza mayor se acreditará “mediante declaración expedida por los órganos gestores en los que se ubique territorialmente el negocio o la industria afectados por el acontecimiento causante de fuerza mayor, a la que se acompañará declaración jurada del solicitante del cese temporal o definitivo de la mencionada actividad. En dicha declaración se hará constar la fecha de la producción de la fuerza mayor”. El art. 28.11 LISOS reconoce que es facultad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo “la declaración o denegación de la fuerza mayor como situación legal del cese de actividad de los trabajadores autónomos”. Sobre la problemática de esta norma, remito a Viqueira Pérez, C., “La situación legal de cese de actividad. Análisis de las causas comunes”, en *Revista de Derecho Social*, nº 55, 2011, pág. 98.

La interrupción de la prestación por los motivos previstos en el art. 16.1 LETA cuenta con dos importantes garantías, con una lógica tuitiva cercana a la LET en supuestos de suspensión del contrato de trabajo. En primer lugar, se prevé que el derecho de interrupción tiene como efecto la imposibilidad de fundamentar la extinción contractual por voluntad del cliente (con alguna excepción significativa) (art. 16.3 LETA). En segundo lugar, en determinados supuestos de interrupción, la pérdida de rentas del TRADE por el cese temporal en su actividad será compensada con una prestación económica de la Seguridad Social por cese temporal de actividad (cuya regulación se contiene en la Ley 32/2010).

El efecto más relevante previsto legalmente de interrupción de la actividad por las causas legales previstas en el art. 16.1 o por contrato o acuerdo de interés profesional (art. 16.2) es que no podrá fundarse por tal motivo la extinción contractual por voluntad del cliente (prevista en la letra f) del apartado 1 del artículo 15) (art. 16.3 párr. 1º LETA).

Aunque, como hemos anunciado, hay una importante excepción prevista en el art. 16.3 párr. 2º. LETA. Así, en los supuestos de incapacidad temporal, maternidad o paternidad o en caso de fuerza mayor, si la interrupción “ocasiona un perjuicio importante al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad”, podrá considerarse justificada la extinción del contrato. Al margen de otros argumentos críticos que expondremos en el estudio del régimen extintivo por voluntad del cliente, nos limitamos a apuntar ahora la contradicción en la justificación de la extinción del contrato por el cliente en el supuesto de incapacidad temporal, maternidad o paternidad y la exclusión cuando el TRADE interrumpe la relación por la necesidad de atender “responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles”.

## 6. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

El último aspecto de interés en nuestro acercamiento al régimen profesional del TRADE se refiere a la extinción del contrato (art. 15 LETA). El esquema causal aquí es paralelo al de la extinción del contrato laboral. La extinción puede estructurarse sobre tres supuestos: por mutuo acuerdo, por desaparición de las partes o por desistimiento o resolución unilateral. A las causas de extinción previstas en el art. 15 LETA deberán añadirse las previstas específicamente en los contratos civiles, mercantiles o administrativos correspondientes (conforme al art. 3.1 a) LETA)<sup>38</sup>.

Estamos ante uno de los bloques normativos donde más destaca la lógica garantista de la LETA, orientada a tutelar la estabilidad de la relación contractual atendiendo a la dependencia económica del TRADE respecto de la empresa clien-

<sup>38</sup> Para las referencias a estas otras causas externas al art. 15 LET, véase Montoya Melgar, A., op. cit. pág. 159 y sigs.

te. Estamos en un terreno donde más claramente se desvirtúa la lógica del derecho común y donde es más clara la referencia del Derecho del Trabajo<sup>39</sup>. No obstante, esta lógica garantista debe matizarse. En primer lugar, desde la perspectiva del derecho al libre desistimiento, el TRADE cuenta con ciertos condicionantes que no están previstos en el caso del desistimiento del trabajador en una relación contractual. En segundo lugar, la ambigüedad en algunas previsiones debilita el alcance de la tutela. Finalmente, la tutela es esencialmente de carácter indemnizatorio<sup>40</sup>. Recientemente se da un paso relevante en el acercamiento de la tutela del TRADE al previsto para el trabajador asalariado a través de la Ley 32/2010, que establece el reconocimiento de un derecho a prestación de Seguridad Social por cese de actividad para determinados supuestos de extinción contractual.

Partimos de la previsión del artículo 3 RD 197/2009, de que el contrato tendrá la duración que las partes acuerden, pudiendo fijarse una fecha de término del contrato o remitirse a la finalización del servicio determinado. En caso de no fijarse duración o servicio determinado se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contrato se ha pactado por tiempo indefinido.

El esquema de las causas extintivas en la LETA, referente tanto a los contratos de actividad indefinidos y temporales, es el siguiente:

1. Común acuerdo: art. 15.1 a) y b).
2. Desaparición de las partes: art. 15.1 c)
3. Violencia de género: 15.1 g)
4. Por decisión unilateral de uno de los contratantes:
  - a. TRADE:
    - i. Desistimiento: art. 15.1 d)
    - ii. Resolución por incumplimiento del cliente: art. 15.1 e) y 15.2
  - b. Cliente:
    - i. Desistimiento: art. 15.1 f)
    - ii. Resolución por incumplimiento del TRADE: art. 15.2

### **6.1. Las causas extintivas previstas en el art. 15.1 LETA**

El artículo 15.1 LETA establece las circunstancias que motivan la extinción del contrato. Los AIP abordan los supuestos remitiéndose al marco legal. En el caso de extinción por mutuo acuerdo de las partes (15.1 a) LETA) cabe interpretar que el TRADE cesa voluntariamente en su actividad con la empresa cliente, y

<sup>39</sup> Álvarez del Cuvillo, A., op. cit. pág. 251.

<sup>40</sup> El art. 6.3 LETA no es claro en la obligación del restablecimiento de la relación contractual cuando se declara la nulidad de una extinción contractual con lesión de derechos fundamentales o basada en motivos discriminatorios. En efecto, indica que “si el órgano judicial estimara probada la vulneración del derecho denunciado, declarará la nulidad radical y el cese inmediato de la conducta y, cuando proceda, la reposición de la situación al momento anterior a producirse, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto” (la cursiva es nuestra).

por ello no tiene derecho a prestación de Seguridad Social por cese de actividad (art. 5.3 a) Ley 32/2010). En el supuesto de causas válidamente consignadas en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto (art. 15.1 b) LETA), se diferencia del anterior en que las causas están previstas en el contrato mismo. Por ejemplo, estableciendo un término final como una fecha de término del contrato o la finalización del servicio determinado (art. 3 RD 197/2009). Por la terminación de la duración convenida en el contrato o conclusión de la obra o servicio, el TRADE pasar a una situación legal de cese de actividad que da derecho a una prestación de Seguridad Social por tal motivo (art. 5.2 a) Ley 32/2010)<sup>41</sup>.

Una tercera causa de extinción contractual es la muerte y jubilación o invalidez incompatibles con la actividad profesional, conforme a la correspondiente legislación de Seguridad Social (art. 15.1 c) LETA). El supuesto se concreta en dos fases: 1) el supuesto de hecho de la muerte, jubilación o invalidez; 2) que estos hechos vengan acompañados del cese de la actividad profesional que liga al TRADE con la empresa cliente. En estos casos nos referimos tanto al TRADE como al cliente, persona física <sup>42</sup>. Se olvida la norma de mencionar el supuesto de extinción del contrato también puede serlo por desaparición del cliente, persona jurídica, conforme a la legislación mercantil correspondiente, y en este caso cabe entender aplicable esta norma.

La extinción por decisión unilateral del TRADE, recoge dos supuestos, el desistimiento y la extinción por incumplimiento contractual del cliente. El desistimiento del TRADE y de la empresa cliente tiene un tratamiento diferenciado. Mientras que ésta debe justificar en todo caso la extinción, el TRADE como regla puede desistir libremente, sin necesidad de motivar su voluntad extintiva.

El desistimiento del TRADE, contemplado en el art. 15.1 d) LETA, cuenta con dos matices importantes. El primero se refiere a la exigencia de un requisito formal. Debe respetarse el preaviso que en su caso se haya estipulado en el contrato o acuerdo profesional o, en su defecto, conforme a los usos y costumbres. El art. 4.3 b) RD 197/2009 dispone que el contrato podrá estipular la duración del preaviso con que el trabajador autónomo económicamente dependiente ha

<sup>41</sup> En este caso, el art. 6.2 a) Ley 32/2010 dispone que las situaciones de cese de actividad de los trabajadores autónomos económicamente dependientes se acreditarán mediante la comunicación de la terminación ante el registro correspondiente del Servicio Público de Empleo con la documentación que así lo justifique.

<sup>42</sup> De hecho el art. 6.2 e) Ley 32/2010 dispone para este supuesto extintivo que la muerte, la incapacidad o la jubilación del cliente, se acreditará mediante certificación de defunción del Registro Civil, o bien resolución de la entidad gestora correspondiente acreditativa del reconocimiento de la pensión de jubilación o incapacidad permanente. La norma exige además que esta situación sea incompatible con la actividad profesional. Por su parte, la normativa de Seguridad Social igualmente prevé que en el supuesto de muerte, incapacidad o jubilación del cliente, debe impedir la continuación de la actividad para que el TRADE pasa a una situación legal de cese de actividad que da derecho a una prestación de Seguridad Social por tal motivo (art. 5.2 e) Ley 32/2010).

de comunicar a la otra parte su desistimiento. Si el TRADE no respecta dicho preaviso, entonces el cliente podrá reclamar una indemnización por tal incumplimiento formal. La segunda matización es más relevante. Aunque el desistimiento del TRADE es libre, el cliente podrá reclamar una indemnización cuando dicho desistimiento “le ocasione un perjuicio importante que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad” (art. 15.3 pár. 2º LETA). Y de hecho se prevé en algunos AIP esta indemnización específica<sup>43</sup>. Estamos ante una diferencia sustancial con el régimen del libre desistimiento del trabajador en la relación laboral. Además la ambigüedad de los requisitos y el alcance de la reclamación del cliente puede limitar aún más la libertad de desistimiento del TRADE<sup>44</sup>.

Creo que la existencia de un preaviso se justifica para facilitar a la empresa cliente la búsqueda de una solución a la eventualidad del desistimiento por el TRADE, y por ello es criticable la posibilidad de reclamarle una indemnización por perjuicios cuando éste ha respetado el preaviso<sup>45</sup>. Desde mi punto de vista aunque la posibilidad de exigir tal indemnización es clara en la norma, la observación de un preaviso debe conducir a una interpretación restrictiva de la admisión de la reclamación indemnizatoria por el cliente. Esta exigencia de preaviso y la posible reclamación indemnizatoria por perjuicios diferencia el supuesto de libre desistimiento del TRADE de otros supuestos extintivos por decisión del mismo basada en causa justificada (art. 15.1 letras d) y g) LETA<sup>46</sup>.

El otro supuesto extintivo por voluntad del trabajador autónomo económicamente dependiente, se funda en un incumplimiento contractual grave del cliente (art. 15.1 e) LETA). Es importante que por contrato o por acuerdo profesional se concrete los posibles supuestos de incumplimiento contractual grave del cliente, puesto que el art. 15 nada especifica al respecto. Se trata de un supuesto equivalente al previsto en el art. 50 LET, con la diferencia de que en el supuesto de la LETA el ejercicio de la facultad resolutoria puede serlo en forma extrajudicial, solución rechazada en el ámbito laboral por el art. 50 LET. No obstante la resolución en vía judicial será lo más probable, ante la negativa empresarial a admitir la justificación de la indemnización<sup>47</sup>, y en todo caso será necesaria a efectos de que en TRADE

<sup>43</sup> Este es el caso del Acuerdo de la Empresa Sertrans Catalunya, SA, y la organización Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC), que prevé en su art. 42 que “si la resolución se produce por desistimiento del trade y sin perjuicio del preaviso, el cargador podrá ser indemnizado cuando dicho desistimiento le ocasione un perjuicio importante que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad”. En este caso la indemnización a percibir consistirá en los importes que el cargador en concepto de comisión ha dejado de percibir por los servicios que el transportista debería haber realizado en el periodo de 2 meses de prestación de servicios.

<sup>44</sup> Molina Navarrete C. y García Jiménez, M., op. cit. pág. 188-189.

<sup>45</sup> En este sentido, Álvarez del Cuavillo, A., op. cit. pág. 262; López Gandía J. y Toscani Jiménez, D., op. cit. págs. 99-100.

<sup>46</sup> Álvarez del Cuavillo, A., op. cit. pág. 254.

<sup>47</sup> En este sentido, López Gandía J. y Toscani Jiménez, D., op. cit. pág. 100.

pueda acceder a una prestación de Seguridad Social por cese de actividad<sup>48</sup>.

El cliente por su parte puede extinguir el contrato por causa justificada (art. 15.1 f) LETA). Como hemos indicado, a diferencia del TRADE, el cliente requiere una causa justificada para extinguir el contrato, no admitiéndose la extinción no motivada<sup>49</sup>. La consecuencia de la extinción injustificada será la obligación del cliente de indemnizar al TRADE (art. 15.3 LETA). Pero lo cierto es que la falta de concreción de las causas justificadoras de la extinción deja un importante margen al cliente. Incluirá en todo caso los supuestos de extinción “fundada en un incumplimiento contractual” del TRADE conforme al art. 5 LETA. Es ésta una cuestión que probablemente se irá perfilando a través de los AIP y por vía judicial. En concreto, los AIP regulan los supuestos a través de la reproducción del esquema de causas del art. 54.2 LET, por despido disciplinario<sup>50</sup>, exigiendo por tanto un incumplimiento grave y culpable del TRADE.

Sobre las posibilidades de extinción causal del cliente, concreta la Ley algunos condicionantes. En primer lugar, refiere la Ley que las causas de interrupción de la actividad por el TRADE *ex art.* 16.1 LETA no podrá fundamentar la extinción contractual por voluntad del cliente (art. 16.3, párr. 1º). En segundo lugar, la Ley contempla expresamente dos causas justificadas de extinción por el cliente, que son ajenas al incumplimiento contractual del TRADE (art. 16.3, párr. 2º). En primer lugar, el supuesto de interrupción de la actividad por el TRADE en el caso contemplado en la letra d) (Incapacidad temporal, maternidad o paternidad) del art. 16.1. La justificación requiere que el cliente acredite que la interrupción ocasiona “un perjuicio importante al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad”. Es criticable la norma, nuevamente, por la importante indeterminación de la previsión, que deja un significativo margen de valoración al cliente<sup>51</sup>. Por otra parte, esta previsión debilita el supuesto derecho a la compatibilidad de la vida laboral y familiar del TRADE<sup>52</sup>. Como se ha observado, la extinción del contrato por el hecho del embarazo de la TRADE podría llevar a calificar la medida extintiva como contraria al principio de no discriminación por razón de sexo<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> En concreto se exige que el incumplimiento contractual del cliente conste en acta resultante de la conciliación previa, o mediante resolución judicial (art. 5.2 b) Ley 32/2010), y debe acreditarse mediante comunicación por escrito del mismo en la que conste la fecha a partir de la cual tuvo lugar el cese de la actividad, mediante aquellos documentos (art. 6.2 b) Ley 32/2010).

<sup>49</sup> Álvarez del Cuvillo, A., *op. cit.* pág. 252.

<sup>50</sup> Art. 17 del Acuerdo de PANRICO.

<sup>51</sup> Se sigue, más que un principio *pro operario*, un principio *pro cliente*, en opinión de Montoya Melgar, A., *op. cit.* págs. 157-158.

<sup>52</sup> En este sentido, Selma Pedralva, A, en *El Estatuto del Trabajador Autónomo*, Luján Alcaráz J. (Dir.), págs. 182 y 183.

<sup>53</sup> Una argumentación en este sentido en Álvarez del Cuvillo, A., *op. cit.* págs. 271-272, que concluye excluyendo la posibilidad de fundar la extinción por interrupción de la actividad por maternidad y paternidad. Igualmente con sospechas sobre discriminación por razón de sexo, Montoya Melgar, A., *op. cit.* pág. 158.

En segundo lugar, contempla la LETA como causa justificativa de la extinción contractual por voluntad del cliente el supuesto de fuerza mayor prevista en el art. 16.1 f) LETA. Únicamente requiere la norma, al igual que en caso anterior, “un perjuicio importante al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad”. Se prescinde de cualquier matiz protector del TRADE en un supuesto como la fuerza mayor, ajena a sus previsiones o conductas, y por tanto a su responsabilidad en la producción de dicha circunstancia. Tomando como referencia este supuesto nada excluye la justificación de la extinción contractual por causas objetivas que hacen onerosa al cliente la continuidad de la relación contractual o causas vinculadas a la situación económica, organizativa o productiva de la empresa cliente<sup>54</sup>.

Debe mediar el preaviso estipulado (el que en su caso se haya estipulado en el contrato o acuerdo profesional) o, en su defecto, conforme a los usos y costumbres. El art. 4.3 b) RD 97/2009 dispone que el contrato podrá estipular la duración del preaviso con que el cliente ha de comunicar a la otra parte su desistimiento o voluntad de extinguir el contrato<sup>55</sup>.

Se cierra el elenco de causas extintivas con la referencia abierta a “cualquier otra causa legalmente establecida” (art. 15.1 h) LETA). La norma parece referirse a las previsiones que puedan existir en la legislación específica aplicable al contrato (por ejemplo la LCA de 1992)<sup>56</sup>.

## **6.2. Supuestos específicos de extinción del contrato al margen del art. 15 LETA**

En primer lugar, distinto del supuesto de extinción del contrato TRADE es aquel en que desaparece alguno de los requisitos exigido por el art. 11 LETA, y, en consecuencia, deja de aplicarse el régimen previsto en el mismo para el

<sup>54</sup> El art. 18.3 del Acuerdo de PANRICO establece que “en aquellos supuestos en los que la extinción del contrato traiga su causa en la existencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que puedan optimizar los recursos de PANRICO, el transportista autónomo tendrá derecho a percibir la indemnización a que se hace referencia en el apartado anterior. En este sentido, se entenderá que concurren esas causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la Empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Sin que sea una lista exhaustiva y cerrada, se entenderán razones incluidas en el presente apartado la disminución significativa de los portes; la centralización en la distribución a clientes de alta facturación; la reestructuración de rutas; la aparición de nuevos productos que no requieran de un servicio de transporte diario, etc”.

<sup>55</sup> La STSJ Cataluña 2-6-2011 (JUR, 292110) descarta aquí la aplicación analógica de las normas de la LET.

<sup>56</sup> Cfr. Montoya Melgar, A., op. cit. pág. 168; Barrios Baudor G. y Sempere Navarro A., op. cit. pág. 310-311.

TRADE. Pero ello no significa la extinción del contrato sino su novación, quedando encuadrado en el régimen general del TA<sup>57</sup>.

Hay que contemplar un supuesto adicional donde la empresa cliente puede rescindir los contratos sin someterse al régimen extintivo previsto en el art. 15 LET. Se trata de los supuestos previstos en las disposiciones transitorias 2ª y 3ª de la LETA y 1ª y 2ª del Real Decreto 197/2009, referidos a relaciones contractuales vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la LETA (en general y específicamente para los transportistas y agentes de seguro). Observa en este sentido la doctrina de Suplicación que el ejercicio por la empresa cliente de dicha facultad de rescindir el contrato dentro del plazo transitorio supone que no resulte de aplicación la previsión indemnizatoria por daños y perjuicios que establece el artículo 15.3 LETA, para el caso de resolución del contrato por voluntad del cliente sin causa justificada<sup>58</sup>. Se subraya en todo caso por esta doctrina jurisdiccional que, conforme a la DT 1ª RD 197/2009, esta facultad resolutoria “no supone dejar sin efecto las condiciones pactadas entre las partes anteriormente al amparo de las disposiciones del derecho civil, mercantil o administrativo aplicables, algo que obviamente había de deducirse de la regulación legal en una interpretación sistemática, lógica y finalista de la misma.”

### 6.3. Los efectos indemnizatorios por resolución del contrato

Tanto los supuestos de desistimiento como de extinción por incumplimiento contractual conllevan una obligación indemnizatoria. En el supuesto de una extinción por desistimiento admite la LETA los siguientes supuestos. En primer lugar, el desistimiento del TRADE con obligación indemnizatoria al cliente. En este caso, el desistimiento del trabajador autónomo económicamente dependiente como regla no conlleva consecuencias indemnizatorias para éste, pero el cliente podrá ser indemnizado cuando dicho desistimiento le ocasione “un perjuicio importante que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad” (art. 15.3). Hemos argumentado al respecto que esta norma debe ser interpretada restrictivamente, de respetar el TRADE el plazo de preaviso. Igualmente, será posible para el cliente exigir una indemnización cuando el trabajador no respete el plazo de preaviso previsto para el supuesto del art. 15.1 d) LETA (art. 4.3 b) RD 197/2009).

En segundo lugar, el desistimiento del cliente sin causa justificada o por incumplimiento contractual conlleva una obligación indemnizatoria del cliente al TRADE. Igualmente, el TRADE podrá reclamar una indemnización al cliente cuando extinga el contrato ex art. 15.1 f) LETA, sin respetar el plazo de pre-

<sup>57</sup> Barrios Baudor G. y Sempere Navarro A., op. cit. pág. 307.

<sup>58</sup> SSTSJ Castilla y León 25-3-2009, JUR 233357, La Rioja 4-2-2010, AS 956.

viso estipulado (art. 4.3 b) RD 197/2009). En los AIP encontramos previsiones sobre preaviso<sup>59</sup>. Los AIP reconocen una indemnización a favor del TRADE en términos semejantes a los supuestos a los del art. 15.3 LETA en los supuesto de extinción del contrato por la empresa cliente por razones justificadas de carácter económico, técnico, organizativo o de producción<sup>60</sup>.

En los supuestos de extinción por incumplimiento contractual, la LETA prevé que cuando la resolución contractual se produzca por la voluntad de una de las partes fundada en un incumplimiento contractual de la otra, quien resuelva el contrato tendrá derecho a percibir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados (art. 15.2). Ya hemos indicado que para el TRADE es relevante el acta resultante de la conciliación previa o la resolución judicial, porque ello es condición para acceder a una prestación de Seguridad Social por tal motivo. Un supuesto deducible del anterior es el de la resolución del contrato se produzca por voluntad del cliente sin causa justificada (art. 15.3 LETA). En este caso, el trabajador autónomo económicamente dependiente tendrá derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 15.2 LETA<sup>61</sup>.

Sobre las cuantías indemnizatorias nuevamente nos encontramos con una diferencia significativa con la LET. Mientras que en ésta el contenido indemnizatorio es tasado y automático en la resolución del contrato de trabajo o despido, en la LETA (salvo pacto en contrario) está sujeto a la prueba sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios, y su concreción es facultad discrecional del órgano judicial, todo ello salvo que venga predeterminada la indemnización en el contrato o AIP (art. 15.4 LETA). El art. 4.3 c) RD 197/2009, matiza que la cuantía indemnizatoria a que puedan tener derecho las partes podrá fijarse en el contrato, “salvo que tal cuantía venga determinada en el acuerdo de interés profesional aplicable”. La literalidad de la norma parece excluyente en este caso de pacto individual al respecto. No creo que ello sea impeditivo de un pacto de mejora sobre el AIP en atención a circunstancias específicas y apoyándose en una interpretación del precepto reglamentario en coherencia con la norma legal<sup>62</sup>.

Los AIP suelen establecer criterios sobre este particular, tomando como referencia la cuantía de la indemnización que se establece por la legislación laboral<sup>63</sup>, o remitiéndose a las previsiones de la LETA, esto es, factores espe-

<sup>59</sup> Acuerdo de PANRICO, art. 19; Acuerdo de la Empresa Lozano Transportes, SAU, y la Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC), Art. 42.

<sup>60</sup> Es el caso del Acuerdo de PANRICO, art. 18.3.

<sup>61</sup> STSJ Cataluña 30-9-2009, JUR 491331. También en este supuesto el TRADE pasar a una situación legal de cese de actividad que da derecho a una prestación de Seguridad Social (art. 5.2 d) Ley 32/2010).

<sup>62</sup> En este sentido, Montoya Melgar, A., op. cit. pág. 164; López Gandía J. y Toscani Jiménez, D., op. cit. pág. 87-88.

<sup>63</sup> Es el caso del Acuerdo de PANRICO, art. 18.

cíficos como el tiempo restante previsto de duración del contrato, la gravedad del incumplimiento si lo hubiere, las inversiones y gastos anticipados por el TRADE vinculados a la ejecución de la actividad profesional contratada<sup>64</sup>.

En los casos en que no estén regulados, a los efectos de determinar su cuantía indica el art. 15.4 LETA que “se tomarán en consideración, entre otros factores, el tiempo restante previsto de duración del contrato, la gravedad del incumplimiento del cliente, las inversiones y gastos anticipados por el trabajador autónomo económicamente dependiente vinculados a la ejecución de la actividad profesional contratada y el plazo de preaviso otorgado por el cliente sobre la fecha de extinción del contrato”<sup>65</sup>.

Respecto del criterio del tiempo restante previsto de duración del contrato, en Suplicación se admite la reducción del tiempo a considerar en la indemnización porque la empresa cliente posteriormente a la extinción de los contratos realiza una oferta de readmisión. En estos casos sólo se contabiliza el tiempo restante hasta que los TRADE rechazaron la readmisión, porque “si dejaron de trabajar y, en consecuencia, de cobrar su retribución a partir de la citada fecha, fue, única y exclusivamente por su propia y libre decisión, por lo que no hay ningún perjuicio que indemnizar”<sup>66</sup>. Respecto del criterio de las inversiones y gastos anticipados vinculados a la ejecución de la actividad profesional contratada, se excluyen aquellas inversiones y gastos que no se realizan específicamente para dar cumplimiento al contrato, sino que son necesarios para el TRADE en su actividad económica o profesional (como puede ser el vehículo de transporte en el caso del transportista)<sup>67</sup>.

Estos criterios pueden servir de referencia al pacto contractual o al AIP (como ya hemos visto que ocurre), pero no se deduce de esta norma su carácter vinculante para el acuerdo<sup>68</sup>, que incluso pueden tomar en consideración otros criterios, como puede ser la duración de la relación contractual. En el caso de que la parte que tenga derecho a la indemnización sea el cliente tales criterios pueden servir igualmente<sup>69</sup>.

En Suplicación se rechaza la posibilidad de aplicar analógicamente la indemnización establecida por el art. 56.1.a) LET para los trabajadores por cuenta ajena, y ello porque “no concurre ni el vacío legal ni la identidad de razón que permitiría la aplicación analógica de esta norma a los TRADE”; no hay un vacío legal “porque el art. 15.4 de la LETA establece los criterios que se

<sup>64</sup> Acuerdo de la Empresa Lozano Transportes, SAU, y la Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC), art. 74. Acuerdo de la Empresa Sertrans Catalunya, SA, y la organización Agrupación Sindical de Transportistas Autónomos de Catalunya (ASTAC), art. 42.

<sup>65</sup> Aplican estos criterios las SSTSJ Cataluña 19-5-2009, JUR 409556; Asturias 19-2-2010, AS 1013; Cataluña 14-5-2010 (AS 1814) Cataluña 28-3-2011 (AS 1069).

<sup>66</sup> STSJ Cataluña 28-3-2011 (AS 1069).

<sup>67</sup> STSJ Cataluña 28-3-2011 (AS 1069).

<sup>68</sup> En contra, López Gandía J. y Toscani Jiménez, D., op. cit. pág. 88.

<sup>69</sup> Barrios Baudor G. y Sempere Navarro A., op. cit. pág. 315.

deben tener en cuenta para calcular esta indemnización, que son distintos de la indemnización tasada del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores”<sup>70</sup>.

Se aplican en este caso los criterios jurisprudenciales para adoptar un pronunciamiento condenatorio por los daños y perjuicios causados<sup>71</sup>. En la fijación de la indemnización han de aplicarse los criterios jurisprudenciales propios de derecho común, como son la exigencia de una indemnización adecuada, proporcionada y suficiente para la reparación integral del daño, que no exceda la indemnización del daño sufrido, evitando el enriquecimiento injusto y se han de tener en cuenta como criterios de valoración los previstos legalmente (como ocurre en el art. 15.4 LETA) y otros posibles como la naturaleza de los hechos, grado de culpabilidad, dependencia económica<sup>72</sup>.

En relación con la revisión en vía de recurso se aplican criterios jurisprudenciales consolidados sobre condenas indemnizatorias por daños. Concretamente, el pronunciamiento sobre el “quantum” reparatorio en casos de indemnización de daños y perjuicios constituye materia reservada a la soberanía del juzgador de instancia y, en consecuencia, no pueden ser objeto del recurso de casación, salvo en el caso de error de hecho o resolución caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta o que se evidencie una desproporción entre el daño real y la retribución que se reconoce<sup>73</sup>.

#### **6.4. Cauces procesales para el ejercicio de acciones relacionadas con la extinción del contrato**

La LETA, en su DA 1<sup>a</sup>, vino a reformar el art. 2 LPL para reconocer la competencia de la jurisdicción social en lo referente a las controversias individuales y colectivas derivadas de su relación contractual con la empresa cliente. Actualmente, el art. 2 d) LRJS reitera dicha competencia jurisdiccional en relación con “el régimen profesional, tanto en su vertiente individual como colectiva, de los trabajadores autónomos económicamente dependientes a que se refiere la Ley 20/2007”.

Un problema específico viene planteado por la indeterminación de los cauces procesales, dentro del ámbito social de la jurisdicción, para el ejercicio de acciones relacionadas con la relación contractual del TRADE, y en particular la posibilidad de encauzar sus pretensiones por la vía de los procesos especiales<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> STSJ Asturias 19-2-2010 (AS 1013).

<sup>71</sup> Sintetiza esta jurisprudencia la STSJ Cataluña 19 mayo 2009 JUR 2009\409556).

<sup>72</sup> Sobre tales criterios véase, Folguera Crespo J., “*Vicisitudes contractuales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes*”, en *Relaciones Laborales*, T. I, 2009, págs. 443 y sigs., particularmente, pág. 478.

<sup>73</sup> SSTSJ Asturias 19-2-2010 (AS 1013) y Cataluña 28-3-2011 (AS 1069).

<sup>74</sup> Barrios Baudor G. y Sempere Navarro A., op. cit. pág. 318-319; López Gandía J. y Toscani Jiménez, D., op. cit. págs. 116-117.

La doctrina ya expresó la dificultad para aplicar la mayoría de los procesos especiales al supuesto del TRADE. Para nosotros tiene un especial interés la tramitación de las demandas por extinción de contrato, relevante para los plazos de interposición de la acción, los trámites procesales y las reglas indemnizatorias.

En la jurisdicción social, frente a algunos pronunciamientos iniciales<sup>75</sup>, parece que tiende a abrirse paso en Suplicación el rechazo al planteamiento de un esquema análogo al del despido en el ámbito laboral. La práctica judicial está siendo la de encauzar las demandas como extinciones de contratos por el procedimiento ordinario o bien como reclamación de cantidad<sup>76</sup>. En coherencia con lo anterior, no es de aplicación el plazo de caducidad de 20 días establecida por el ejercicio de la acción por despido, sino que es de aplicación el del artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores para las acciones en reclamación de derechos derivados del contrato de trabajo<sup>77</sup>.

La LRJS ha introducido algo de luz sobre el particular. La Ley reitera las previsiones de la LPL sobre competencia de la jurisdicción social (art. 2 d)), la capacidad y legitimación procesal del TRADE y de las organizaciones de trabajadores autónomos (art. 16.2 y 17.3), la exigencia previa al proceso de la conciliación y la posibilidad de prever procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos vía AIP (art. 63). Se incorpora a las asociaciones representativas de los TRADE a la exención de ciertas garantías en el novedoso art. 79 (sobre medidas cautelares dentro del proceso), se incluye en las acciones de revisión de actos declarativos de derechos el supuesto de actos de reconocimiento por cese de actividad del TA (art. 146.2), y se incluyen también los AIP dentro del proceso de conflictos colectivos (art. 153).

El art. 102.3 LRJS se refiere específicamente a las acciones del trabajador autónomo económicamente dependiente cuyo conocimiento corresponda al orden social, indicando que “se ejercitarán a través del proceso ordinario o de la modalidad procesal adecuada a la naturaleza de las pretensiones formuladas, dentro del plazo de prescripción o de caducidad previsto en su caso para la misma o que resulte de la modalidad procesal aplicable, y en su defecto, regirá el plazo de prescripción de un año desde que pudieran ser ejercitadas”. La novedad radica en que expresamente se indica ahora que el ejercicio de acciones, plazos y formas deben sujetarse a los principios del proceso laboral<sup>78</sup>. Sin embargo, son escasas las previsiones determinando el cauce procesal específico. Por otro lado, la importante conexión entre las modalidades procesales especiales y el derecho sustantivo constituyen una dificultad de encaje. Expresamente establece ahora

<sup>75</sup> STSJ Castilla y León 29-10-2008.

<sup>76</sup> STSJ Cataluña 28-3-2011 (AS 1069), STSJ Cataluña 4-10-2010 (AS 2449).

<sup>77</sup> STSJ Cataluña 28-3-2011 (AS 1069).

<sup>78</sup> Cfr. Folguera Crespo, J.A., *Comentario al art. 102 de la LRJS*, en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, 2011, pág. 437.

la LRJS el proceso adecuado para las demandas de conflictos colectivos del art. 153 y sigs. en relación con la interpretación y aplicación de los AIP, e igualmente es claro que, por aplicación del art. 6 LETA, la tutela de derechos fundamentales y el derecho a la no discriminación puede encauzarse por la vía del proceso de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas regulado en los arts. 177 y sigs. LRJS, cuya versión actual facilita la tutela del TRADE<sup>79</sup>.

De manera que, en el caso de la extinción de la relación contractual, el art. 102.3 LRJS vendría a ratificar la doctrina jurisdiccional sobre la obligación de encauzar las demandas por el procedimiento ordinario, al no ser el procedimiento especial de despido “la modalidad procesal adecuada a la naturaleza de las pretensiones formuladas”. De hecho la LRJS diferencia las acciones por despido y por extinción del contrato del TRADE. En efecto, conforme al artículo 26 LRJS, referido a supuestos especiales de acumulación de acciones, en el caso de los trabajadores conceptuados por su cliente como autónomos económicamente dependientes, si se accionara por despido alegando la existencia de relación laboral, “podrán acumular en una misma demanda a la acción principal de despido y, dentro del mismo plazo de caducidad que ésta, la que puedan formular contra la decisión del cliente de extinguir la relación, con carácter eventual y para el caso de desestimación de la primera”. La misma regla de acumulabilidad debe seguirse cuando se alegue como principal la relación de autónomo dependiente y como subsidiaria la relación laboral (art. 26.5). Por tanto, *a contrario sensu*, la no acumulación implica reconocer dos acciones con dos cauces procesales diferentes.

<sup>79</sup> Cfr. Folguera Crespo, J.A., *Comentario al art. 177 de la LRJS*, en *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Lex Nova, 2011, pág. 669.



# IMPACTO DE LA LEY DE IGUALDAD EN LAS EMPRESAS ANDALUZAS\*

LINA GALVEZ MUÑOZ

*Profesora Titular de Historia e Instituciones Económicas  
Dpto. Economía, Mét. Cuantitativos e Historia Económica  
Universidad Pablo de Olavide*

MAURICIO MATUS LÓPEZ

*Profesor Ayudante Dpto. Economía, Mét. Cuantitativos e Historia Económica  
Universidad Pablo de Olavide*

## EXTRACTO

**Palabras claves: Igualdad, ley de igualdad, planes de igualdad, impacto**

En 2007 se aprobaron dos iniciativas legales que buscaban eliminar las discriminaciones por sexo; la *Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* y la *Ley 12/2007 para la promoción de la igualdad de género en Andalucía*. Pasados más de tres años desde el inicio de su aplicación, se ha hecho necesario evaluar el impacto de estas leyes en el mercado laboral. Para ello se realizó una encuesta a personas asalariadas en Andalucía, se realizaron reuniones con delegados/as sindicales y se llevaron a cabo entrevistas a personal directivo de empresas con actividad en Andalucía. Los resultados muestran que la percepción de igualdad en las empresas es positiva, aunque menos entre las mujeres. La difusión y la valoración de las leyes son también positivas, pero el desarrollo de los planes de igualdad parece ir lento. Entre los principales obstáculos que detectan las direcciones de empresa para avanzar en igualdad y cumplir con la ley destaca la corresponsabilidad del resto de la sociedad, familias y Administración, y los problemas surgidos en la plantilla a causa de la concreción y de la flexibilidad horaria.

## ABSTRACT

**Key words: Equality, Equality law, Equal treatment plans, impact**

In 2007 two legal initiatives were approved which seek to eliminate gender discrimination. The Organic Law 3/2007 Equality Between Women and Men and the 12/2007 Law to promote Equal Treatment for Men and Women in Andalucía. After three years since their application, there is a need to evaluate the impact of these laws in the labour market. In order to achieve this, different Andalusian workers were interviewed, meetings with Trade Union delegates were organised and certain directives from different companies were also interviewed. The result shows that the perception about equal treatment in the companies is somehow positive, but less among women. The dissemination and value of the laws in this respect are also positive, but the development of equal treatment plans seems to be quite slow. Among key obstacles within the company management or among leading roles is to reach better equality and fulfil the law, we highlight the responsibility of society, families and Administration and of course those problems with the staff and their timing flexibility.

\* El presente artículo es parte del estudio "*Impacto de la Ley de Igualdad y la conciliación de la vida laboral, familiar y personal en las empresas andaluzas*", desarrollado en 2009 desde la Fundación de Estudios Sindicales de Comisiones Obreras de Andalucía y financiado por el Consejo Económico y Social de la Junta de Andalucía.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. METODOLOGÍA
3. EL IMPACTO DE LA LEY Y PLANES DE IGUALDAD
  - 3.1. Igualdad en las empresas
    - 3.1.1. Discriminación salarial
    - 3.1.2. Techo de cristal
  - 3.2. Impacto de la Ley y los Planes de Igualdad
    - 3.2.1. Ley de Igualdad
    - 3.2.2. Planes de Igualdad
4. LA PERSPECTIVA EMPRESARIAL
  - 4.1. Corresponsabilidad social
  - 4.2. Gestión de recursos humanos
  - 4.3. Problemas específicos
5. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

En Andalucía, sólo el 26,8% del trabajo remunerado fue realizado por mujeres y el 73,2% por hombres (en 2002<sup>1</sup>). Según la Encuesta de Población Activa, el año de la encuesta, la tasa de actividad de los varones andaluces era más de 20 puntos superior al de las mujeres (68,3% y 46,2% respectivamente) y la tasa de empleo con jornada parcial era más de seis veces mayor para las segundas (5,1% en los hombres y 25,9% en las mujeres)<sup>2</sup>. En remuneraciones la situación era igualmente discriminadora; el salario medio de las mujeres en 2005 era un 31,5% menor con respecto al de los hombres<sup>3</sup>.

Esto no sólo supone una fuente de discriminación para con las mujeres sino una pérdida neta de bienestar para la sociedad. Por una parte, se está mermando la capacidad productiva de las mujeres, que están en torno al 60% de las y los nuevos licenciados universitarios y que obtienen tasas de idoneidad superiores. Y por otra parte, los problemas derivados de la conciliación de la vida laboral, familiar y personal para las mujeres ha derivado en una caída de las tasas de fecundidad por debajo de la tasa de reemplazo. Con una tasa de fecundidad de 1,4 hijos/as por mujer en edad fértil nos encontramos con un modelo socio-económico insostenible.

Con el objetivo de intervenir en el mercado de trabajo para promover la igualdad entre mujeres y hombres se aprobó en 2007 la *Ley Orgánica 3/2007*

<sup>1</sup> Gálvez L., Rodríguez P. y Domínguez M.: "Work and time use by gender in European welfare systems", *Feminist Economics*, 17 (4), 2nd special issue on Unpaid Work, Time Use, Poverty, and Public Policy, Routledge, 2011.

<sup>2</sup> Salvo que se diga lo contrario, las citas de esta fuente se refieren a los segundos trimestres de cada año.

<sup>3</sup> Muestra Continua de Vidas Laborales, INE, 2005.

*para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley 12/2007 para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.*

Dos años después se llevó a cabo el presente estudio que tuvo como objetivo realizar un análisis del impacto de las leyes. Se realizó un diagnóstico de la situación en temas de igualdad de las personas empleadas en Andalucía, se analizaron problemáticas con delegados/as sindicales y se analizó la perspectiva empresarial en esta materia.

Los resultados se presentan en dos partes. En la primera parte se analizan dos puntos: la percepción de igualdad de los trabajadores/as en las empresas andaluzas y la valoración de la Ley de Igualdad y los Planes de Igualdad en las empresas.

En la segunda parte se analizan los resultados obtenidos de las entrevistas a las direcciones de empresas, principalmente de recursos humanos, acerca de los problemas que enfrentan a la hora de cumplir con la ley o ampliar las medidas a favor de la igualdad. El artículo finaliza con una serie de conclusiones generales.

Al año de aprobarse la ley la crisis financiera se trasladó al mercado laboral y en sólo dos años, 2007 a 2009 se perdieron 1,47 millones de puestos de trabajo, la mayoría en el sector de la construcción, y por tanto, masculinos<sup>4</sup>.

Esta realidad debe tenerse en cuenta a la hora de analizar los resultados obtenidos en este estudio. Es de suponer que las percepciones recabadas de trabajadores y trabajadoras sean pesimistas, dando mucho más importancia al empleo que a cualquier otro problema. Por lo tanto, las conclusiones deben interpretarse desde un punto de vista conservador<sup>5</sup>.

## 2. METODOLOGÍA

La información primaria de este estudio se recabó a través de tres métodos: a) encuesta a personas empleadas en Andalucía, b) entrevistas al personal directivo de empresas ubicadas en Andalucía y c) grupos de discusión con representantes sindicales.

La Encuesta de Igualdad y Conciliación estuvo dirigida a personas de dieciséis años o más, en situación de ocupados como asalariados en el mercado de trabajo andaluz. Se llevó a cabo telefónicamente, en septiembre de 2009. El tipo de muestreo fue estratificado aleatorio con afijación uniforme, utilizando

<sup>4</sup> Para un análisis del impacto de la crisis entre mujeres y hombres, ver Gálvez, L. y Torres, J., *Desiguales: Mujeres y hombres en la crisis financiera*, Icaria, Madrid, 2010.

<sup>5</sup> Pese a ello, el porcentaje que mencionaba “Problemas relacionados con la mujer” entre los tres principales de España ya había disminuido desde 0,4% en 2005 a 0,2% en 2007. En 2010 aún se mantenía en este último nivel. Indicadores del Barómetro, CIS, varios años.

como variable de estratificación el sexo de la persona encuestada y un mínimo para tres tramos de edad. La muestra, compuesta de mil observaciones, tuvo un error muestral del 3,1%.

Se llevaron a cabo 15 grupos de discusión con delegados/as sindicales, cinco en empresas industriales, cinco en empresas de comercio y cinco en empresas de hostelería. Tuvieron una duración media de 90 minutos aproximadamente y en ella participó una media de 5 delegados/as por grupo. La discusión fue estructurada a priori, con base en el siguiente esquema: i) situación y percepción general de la empresa, ii) situación específica y percepciones en el ámbito de conciliación de la vida laboral y familiar en sus empresas, iii) situación y perspectivas relacionadas con planes de igualdad en sus empresas. Estas reuniones se llevaron a cabo durante entre julio y octubre de 2009.

Las entrevistas a personal directivo se realizaron a gerentes generales y/o gerentes de recursos humanos de empresas con actividad en Andalucía, con una plantilla de más de 50 trabajadores/as. Fueron en total 12 entrevistas, cuatro en industria, cuatro en comercio y cuatro en hostelería. Tuvieron una duración media de 60 minutos y se llevaron a cabo entre septiembre y noviembre de 2009. Las entrevistas se estructuraron en dos bloques: i) situación actual de la empresa en términos de igualdad ii) principales barreras detectadas para avanzar en este ámbito.

### **3. EL IMPACTO DE LA LEY Y PLANES DE IGUALDAD**

En este apartado se presentan los resultados relativos a la situación de igualdad percibida por las personas asalariadas en Andalucía. Particularmente se evalúa la discriminación percibida en las retribuciones y en la composición directiva por sexos. En una segunda parte se evalúa el conocimiento y la valoración de las Leyes de Igualdad y los Planes de Igualdad en las empresas.

#### **3.1. Igualdad en las empresas**

La percepción mayoritaria de los trabajadores y trabajadoras andaluzas es que existe un trato igualitario para hombres y mujeres en sus empresas; el 69% respalda esta afirmación. Sin embargo, todavía el 20,4% afirma lo contrario; que existe un trato discriminatorio a favor de los hombres en su lugar de trabajo<sup>6</sup>.

Por sexo, las mujeres asalariadas tienen una percepción peor que los varones; el 23,2% de ellas considera que en sus empresas no existe un trato igualitario, en cambio en los hombres este porcentaje alcanza al 18,3%.

<sup>6</sup> El restante 10,2% no responde.

**PERCEPCIÓN DE IGUALDAD DE TRATO EN LA EMPRESA**

	Total	Mujeres	Hombres
Existe un trato igualitario	69,0%	68,3%	69,5%
No existe un trato igualitario	20,4%	23,2%	18,3%
No sabe o no responde	10,6%	8,5%	12,2%
Total	100%	100%	100%

Fuente: Encuesta de Igualdad y Conciliación 2009. Elaboración propia.

Estos resultados confirman que la desigualdad de género no es percibido como uno de los principales problemas de la población pese a existir bastante evidencia empírica de su importancia y sus repercusiones<sup>7</sup>.

Con el objetivo de contrastar estas diferencias, se preguntó a las personas encuestadas acerca de dos problemáticas en las que se hacen evidentes las desigualdades: salarios y segregación horizontal y el techo de cristal o segregación vertical.

**3.1.1. Discriminación salarial**

La información estadística y numerosos estudios demuestran que existen diferencias significativas entre los salarios de mujeres y hombres. En términos agregados o valorados por hora trabajada, las mujeres perciben menores retribuciones salariales que los hombres.

De forma agregada, las mujeres perciben una remuneración menor porque desarrollan empleos con jornadas más cortas. La tasa de jornada parcial entre las mujeres andaluzas es del 27,4% y la de los varones del 5,1%. Cabe señalar que esto no es fruto de una elección libre, ya que el 30,3% de las que tienen este tipo de jornada desearía trabajar más horas pero no lo puede hacer debido a sus obligaciones familiares (trabajo doméstico). En el caso de los hombres este motivo sólo alcanza al 3,7% de los casos<sup>8</sup>.

Por hora trabajada las mujeres perciben aproximadamente un 15% menos de retribución que los hombres, con características similares (edad, educación, contrato, etc.)<sup>9</sup>. Una de las principales explicaciones se debe a una fuerte segregación horizontal, que impide la incorporación femenina a sectores mejor remunerados. Esta tendencia no sólo no disminuye pese a la mayor incorporación laboral de las mujeres en las últimas décadas, y particularmente desde la mitad

<sup>7</sup> Para revisar la evidencia de las diferencias laborales entre mujeres y hombres, ver Cebrián, I. y Moreno, G.: "La situación de las mujeres en el mercado de trabajo español", *Economía Industrial*, núm 367, 2008, págs 121-137.

<sup>8</sup> Se definen obligaciones familiares como el cuidado de niños o de adultos enfermos, incapacitados o mayores y otras obligaciones familiares o personales. EPA, INE, 2009.

<sup>9</sup> De la Rica, G.: "Segregación ocupacional y diferencias salariales por género en España, 1995-2006", en Villar, A. (dir), *Mujeres y mercado laboral en España*, Bilbao: Fundación BBVA, 2010.

de los años noventa<sup>10</sup>. No obstante, aún separando el efecto de la segregación ocupacional más evidente, queda casi la mitad de la brecha salarial sin explicar<sup>11</sup>.

En la encuesta que aquí se presenta se confirman los resultados; las asalariadas tienen una remuneración media menor que los hombres. El 81% de las mujeres encuestadas en este estudio reconoció tener una retribución bruta mensual inferior a mil quinientos euros, mientras que en el caso de los hombres, sólo el 69,4% de ellos se encuentra en este tramo de ingresos.

No obstante, cuando a las personas entrevistadas se les preguntó si creían que los hombres recibían mayores retribuciones por el hecho de ser varones, ambos sexos respondieron negativamente en la mayoría de los casos. Tres de cada cuatro personas entrevistadas respondió estar en desacuerdo con esta afirmación (76,4%) y sólo un 11,8% afirmó que en sus empresas se produce esta discriminación<sup>12</sup>. Las percepciones son algo peores para las mujeres; un 14% considera que existe discriminación (un 10,2% de los hombres).

#### PERCEPCIÓN DE DISCRIMINACIÓN SALARIAL EN LA EMPRESA EN FAVOR DE LOS HOMBRES

	Total	Mujeres	Hombres
Si, existe discriminación	11,8%	14,0%	10,2%
No existe discriminación	76,4%	73,5%	78,6%
No sabe o no responde	11,8%	12,5%	11,2%
Total	100%	100%	100%

Fuente: Encuesta de Igualdad y Conciliación 2009. Elaboración propia.

De esta forma, existe una importante diferencia entre las percepciones y la evidencia empírica, de manera que las desigualdades de retribuciones entre mujeres y hombres no parecen ser percibidas como una discriminación entre las personas encuestadas.

Los resultados de la encuesta no permiten comprobar cuáles son las causas de esta diferencia. Sin embargo, las reuniones con delegado/as sindicales a luz sobre una posible explicación, que vendría determinada por la dificultad de las asalariadas para identificar que están sujetas a una serie de discriminaciones de tipo indirecto. Es decir, discriminaciones que no afectan al salario base sino más bien a la estructura y naturaleza de los complementos o pluses. Por ejemplo, los pluses por horas extras, por antigüedad, horarios nocturnos, etc.,

<sup>10</sup> Ver Otero, M. y Gradin, C.: "Segregación ocupacional en España, una perspectiva territorial", Hacienda Pública Española, num. 159, 2001, págs. 163-190. Más reciente, Cebrián, I. y Moreno, G. (2008). op .cit.

<sup>11</sup> Ver Del Río, C. y Alonso-Villar, O.: "Diferencias entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo: desempleo y salarios", Documentos de Trabajo, núm 2, Universidad de Vigo, 2007. También Gradin, C. y del Río, C.: "Aspectos distributivos de las diferencias salariales por razón de género en España: un análisis por subgrupos poblacionales", Papeles de Trabajo, 6/08, Instituto de Estudios Fiscales, 2008.

<sup>12</sup> El 11,8% restante no sabe o no responde.

normalmente favorecen a varones ya que la carga de trabajo doméstico impide a las mujeres optar a estas modalidades<sup>13</sup>.

### 3.1.2. Techo de cristal

El “techo de cristal” o segregación vertical es un tipo de discriminación que impide a las mujeres acceder a puestos y categorías superiores. Al respecto existe suficiente evidencia internacional, así como nacional y autonómica<sup>14</sup>.

El mismo análisis anterior sobre salarios, muestra que las mujeres no acceden en similar proporción que los hombres a los cargos con mayores retribuciones del trabajo. Las estadísticas muestran que pese a que en término medio hay 1,3 varones por cada mujer ocupada, en el tramo de mayores salarios esta relación se cuadruplica hasta 5,6<sup>15</sup>.

Más directamente y vinculadas a las categorías ocupacionales, se tiene que sólo el 27% de los puestos de dirección, gerencia y jefatura en España son ocupados por mujeres<sup>16</sup>.

Los resultados de este estudio muestran que en casi una tercera parte, el 28% de las personas asalariadas trabaja en una empresa donde no existe ninguna mujer en puestos directivos. Las empresas donde trabajan los varones parece ser aún menos proclive ya que el 31,5% de los hombres reconoció que en su empresa no existen mujeres directivas.

#### MUJERES DIRECTIVAS EN LA EMPRESA

	Total	Mujeres	Hombres
Sí	69,0%	64,8%	74,5%
No	28,0%	31,5%	23,4%
No sabe o no responde	3,0%	3,7%	2,1%
Total	100%	100%	100%

Fuente: Encuesta de Igualdad y Conciliación 2009. Elaboración propia.

En las entrevistas con el personal directivo de las empresas andaluzas, llevadas a cabo en este estudio, se pudo comprobar la escasa representación de las mujeres en la jefatura de la administración. De un total de quince entrevistas, a

<sup>13</sup> Carrasco, C. (ed): “Tiempos, trabajos y género”, Universitat 10, Barcelona, 2010.

<sup>14</sup> Para un análisis estadístico y conceptual a nivel internacional ver Wirth, L., Breaking through the glass ceiling: women in management, International Labour Office, Geneva, 2001. Existe una actualización de las estadísticas en ILO, Breaking through the glass ceiling. Update 2004, Genova, 2004.

<sup>15</sup> Tramo de 10 o más veces el salario mínimo interprofesional. Estadísticas de la Agencia Tributaria, 2008. La menor participación de mujeres en los cargos con pagos por productividad responde a este mismo fenómeno y a menor movilidad debido a la carga de trabajo doméstico. Para un análisis econométrico ver De la Rica, S., Dolado, J. y Vegas, R., “Performance pay and the gender wage gap in Spain”, Fedea, Monograph Annual Conference, Universidad Pompeu Fabra, 19-20 mayo, Barcelona.

<sup>16</sup> Directores y jefes de explotaciones agrarias y directores y gerentes de establecimientos no agrarios, altos funcionarios de la Administración Pública, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales. EPA, INE, 2009.

la que asistieron veinte directivos/as de empresas, en seis de ellas no asistió ninguna mujer y en los casos en que participó alguna, su cargo era jefa de recursos humanos, que normalmente ejercía como departamento staff de otras gerencias. Sólo en un caso el cargo de dirección general era ocupado por una mujer.

### 3.2. Ley y Planes de Igualdad

La *Ley Orgánica 3/2006 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* tiene como principal objetivo “*hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural*”<sup>17</sup>. Para ello cuenta con un instrumento clave como son los Planes de Igualdad, definidos como “*un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo*”, obligatorios para las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores/as y voluntario para el resto<sup>18</sup>.

En los siguientes apartados se presentan los resultados relativos a las percepciones de la población asalariada en Andalucía acerca de la Ley y del efecto que ha tenido sobre mujeres y hombres. Asimismo, se analizan la valoración que estas personas realizan sobre los Planes de Igualdad y el estado de avance de los mismos en sus empresas.

#### 3.2.1. Ley de Igualdad

La Ley de Igualdad ha promovido la incorporación de medidas a favor de una situación más igualitaria entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo. Un ejemplo de ello es el incremento que se ha producido en el porcentaje de convenios colectivos que incorporan cláusulas generales de igualdad de oportunidades en Andalucía; han pasado del 86,7% en 2005 al 96,8% en 2009<sup>19</sup>.

Según los resultados de este estudio, la Ley de Igualdad es conocida por la mayoría de la población asalariada andaluza. En concreto, el 77,1% asevera esto, y sólo un 20,9% dice no conocerla<sup>20</sup>.

Contrariamente a lo que se podría pensar, son las mujeres las que menos conocen esta normativa; un 23,6% responde negativamente a esta pregunta,

<sup>17</sup> Artículo 1, Ley Orgánica 3/2006.

<sup>18</sup> Artículos 45 y 46, Ley Orgánica 3/2006.

<sup>19</sup> Informes Anuales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, varios años.

<sup>20</sup> El 2% restante no sabe o no responde.

cifra que se sitúa en el 18,7% para los hombres<sup>21</sup>. No existe información en este estudio que permita identificar por qué una ley diseñada principalmente para combatir la discriminación de las mujeres, sea más conocida por los hombres. Sin embargo, en la ronda de entrevistas y en consulta con expertos, se han planteado dos posibles explicaciones.

La primera tiene que ver con los usos del tiempo y la falta de corresponsabilidad de los hombres en el hogar. Las horas de trabajo remunerado más las horas dedicadas al trabajo doméstico y de cuidados sin remunerar de las mujeres asalariadas, superan a las horas dedicadas por los hombres a estas actividades. La diferencia entre ambas se sustrae de otras como tiempo de ocio, deportes, ver televisión o leer periódicos, lo que da menos opciones a las mujeres para acceder a esta información<sup>22</sup>.

En segundo término, es posible que esta diferencia vaya asociada con la menor presencia de las mujeres en los puestos de responsabilidad (techo de cristal). Las personas con cargos directivos, de gestión y en definitiva, con personal a su cargo han tenido la obligación de informarse de estas leyes para realizar su trabajo y este segmento está menos representado por mujeres. No obstante, ninguna de estas dos explicaciones puede ser comprobada casual y empíricamente con los datos de este estudio.

En relación del impacto de la ley según sexo, tanto los hombres como las mujeres encuestadas piensan que favorece a ambos, aunque más a las primeras. El 68,3% de las personas encuestadas cree que el impacto de las leyes sobre la mujeres es positivo y otro 59,3% cree que el impacto sobre los hombres también lo es.

No obstante, un importante porcentaje piensa que la ley no tiene ningún tipo de impacto; el 29,5% cree que no tiene impacto sobre las mujeres y en el 37% que no lo tiene sobre los hombres.

#### IMPACTO DE LA LEY SOBRE MUJERES Y SOBRE HOMBRES

	Total	Mujeres	Hombres
Sobre mujeres			
Efecto positivo	68,3%	66,8%	69,6%
Efecto negativo	2,2%	1,2%	3,1%
Ni positivo ni negativo	29,5%	32,0%	27,4%
Total	100%	100%	100%
Sobre hombres			
Efecto positivo	59,3%	62,1%	57,3%
Efecto negativo	3,7%	2,4%	4,6%
Ni positivo ni negativo	37,0%	35,5%	38,1%
Total	100%	100%	100%

Fuente: Encuesta de Igualdad y Conciliación 2009. Elaboración propia.

<sup>21</sup> El 74,9% de las mujeres conoce la ley frente al 78,8% de los hombres. Las respuestas no sabe o no contestan son el 1,5% y 2,4% respectivamente.

<sup>22</sup> Encuesta de Empleo del Tiempo 2002/2003.

Las percepciones de efectos negativos sobre alguno de los dos sexos no supera el 5% en ninguno de los casos, sin embargo, son algo más frecuentes las respuestas entre las mujeres que señalan que la Ley puede ser negativa para los hombres (3,1%).

Entre las diferencias de respuestas según el sexo de la persona encuestada, se aprecia una cuestión interesante. Las personas tienden a valorar más favorablemente el impacto de la ley sobre el sexo contrario que sobre el propio. Así, el 69,6% de los hombres encuestados piensa que la ley es positiva para las mujeres, frente al 66,8% de las mujeres que piensa lo mismo. Por el contrario, el 62,1% de las mujeres piensan que es positiva sobre los hombres, pero sólo el 57,3% de los varones está de acuerdo con esta afirmación.

### 3.2.2. Planes de Igualdad

El principal problema para evaluar el avance de los planes de igualdad es que no existe un registro de ellos, ni nacional, ni autonómico donde se puedan consultar, ni tampoco existe la obligación de vincularlos a los convenios colectivos, lo que permitiría identificarlos en su publicación oficial.

Con estas limitaciones, la mayoría de las evaluaciones realizadas hasta la fecha se remiten a análisis conceptuales y jurídicos o a estudios de casos<sup>23</sup>. En estos últimos, los resultados sobre los planes de igualdad muestran que sus contenidos son poco concretos y tienen vacíos importantes en temas cruciales como el de las remuneraciones indirectas<sup>24</sup>. En general, existe una tendencia a justificar la discriminación por causas externas, lo que se traduce en una falta de medidas concretas, quedándose en una declaración de buenas intenciones<sup>25</sup>.

Un análisis más amplio fue el llevado a cabo por el Instituto de la Mujer en 2009, que realizó una revisión de los convenios colectivos nacionales en busca

<sup>23</sup> Para un análisis de los contenidos legales que debe incluir un PI, ver Núñez-Cortés, P. y Velasco, T., “Cuestiones más controvertidas en la aplicación práctica de los planes de igualdad en la empresa”, *Actualidad Laboral*, nro. 15 (2), 2009. En términos jurídicos se recomienda Sánchez, C. y Areta, M.: “La elaboración de los planes de igualdad: análisis práctico de la situación actual”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nro. 19, 2009. Entre los estudios de casos, ver Campos, G., Chica, M., Estrella, A. y Parras, N.: “Diagnóstico en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”, en Molina, O. (ed): *Gestión Práctica de Planes de Igualdad*, Bomarzo, Albacete, 2009. Ver también el análisis de dieciocho casos en Gallardo, R., “Los nuevos planes de igualdad en la empresa: Un análisis de las primeras experiencias”, *Revista de Derecho Social*, nro. 48, 2009, pp. 83-107.

<sup>24</sup> Saldaña Valderas, E., “El tratamiento del salario y los beneficios sociales en los planes de igualdad: insuficiencias y buenas prácticas”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nro. 108, 2011, pp. 85-113.

<sup>25</sup> Pérez del Río, T., “Diálogo social y negociación colectiva en Andalucía: una óptica de género. Los planes de igualdad en las empresas en el ámbito andaluz”, *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, vol. III, nro. 100, 2009, pp. 879-921.

de referencias a planes de igualdad<sup>26</sup>. Sus resultados muestran que sólo un 6,5% del total de convenios mencionan alguna referencia a los planes de igualdad.

De esta forma, los estudios realizados hasta la fecha coinciden en dos puntos: a) la implementación de los planes de igualdad va lenta y en muchos casos con contenidos limitados y b) hay una carencia esencial en los medios para evaluarlos, ya que no existe un registro de los planes de igualdad ni la obligatoriedad de vincularlos a los convenios colectivos. En respuesta a esto último, las Comunidades Autónomas han comenzado a construir un registro de planes, pero sin obligatoriedad legal será difícil incorporarlos.

En el presente estudio se confirma la evidencia de una baja implementación de planes de igualdad así como un escaso conocimiento de parte de las personas asalariadas acerca de esto. Un 42,8% de las personas encuestadas reconoció que no sabía si su empresa estaba desarrollando un plan y otro 27,4% aseguró que no contaba con uno. Así, sólo el 23,4% de las personas señala que su empresa cuenta con un plan de igualdad ya desarrollado y otro 6,5% dice que se encuentra en proceso de elaboración.

Las cifras coinciden con la estimación del IAM basada en el análisis de convenios colectivos<sup>27</sup>.

Las tasas no son muy distintas por sexo, aunque ligeramente mejores para las mujeres. De los varones, el 44% reconoce desconocer si existe un plan en su empresa y otro 26,2% dice que no tiene. Las tasas para las mujeres son del 41,2% y 28,9% respectivamente.

#### EXISTENCIA DE PLANES DE IGUALDAD EN LA EMPRESA

	Total	Mujeres	Hombres
Sí, tiene uno	23,4%	22,6%	24,0%
Se está elaborando	6,5%	7,3%	5,8%
No tiene	27,4%	28,9%	26,2%
No sabe o no responde	42,7%	41,2%	44,0%
Total	100%	100%	100%

Fuente: Encuesta de Igualdad y Conciliación 2009. Elaboración propia.

Aunque no del todo comparable, otro estudio llevado cabo recientemente en Andalucía preguntaba acerca de la existencia de un “plan de conciliación” en la empresa. Los resultados resultan bastante similares: un 28,3% responde

<sup>26</sup> Añino, S., Aragón, J y Rocha, F., Los planes de igualdad entre mujeres y hombres en la negociación colectiva, Instituto de la Mujer y fundación 1º de Mayo, Madrid, 2009. Una debilidad de la metodología es que no identifica aquellos planes de igualdad que no están vinculados a los convenios colectivos y tampoco permite analizar el contenido de los planes de igualdad mencionados en los convenios.

<sup>27</sup> El 6,5% de los convenios en los que se detectó al menos una referencia a planes de igualdad representaban al 29,9% de los trabajadores afectados ya que la mayoría de estos son estatales y provinciales. Añino, S., Aragón, J y Rocha, F., op. cit.

afirmativamente, un 40,8% negativamente y un 30,8% no sabe o no responde<sup>28</sup>.

Las respuestas sobre el plan de igualdad se corroboran con las entrevistas realizadas a empresariado y delegados/as sindicales. De quince empresas visitadas sólo tres tenían un Plan de Igualdad, todos configurados a nivel nacional y sólo uno incorporado en el convenio colectivo. En el resto de empresas había dos realidades, según estén obligadas o no a hacerlo.

Las empresas obligadas a hacerlo reconocieron estar en ello, aún como un compromiso pendiente o en fase de diagnóstico. En algunos casos se encontraba detenido en espera de retomarlo cuando comience la negociación del nuevo convenio.

En cuanto a las empresas que no tienen la obligación, el tema prácticamente no se ha planteado y en muchos casos no se tiene la intención de instaurar.

Esta realidad es sin duda preocupante, por cuanto la administración y los sindicatos han impulsado una serie de medidas y programas destinadas a formar a trabajadores y trabajadoras para promover estos planes, tales como el distintivo de igualdad<sup>29</sup>.

Un segundo punto en el que indagó este estudio es cómo valoran las personas los planes de igualdad.

En Andalucía, los Planes de Igualdad gozan de una favorable percepción de parte de las personas asalariadas. Casi la mitad de las encuestadas señalaron que estos son muy útiles (48,1%) y dos de cada tres (66,6%) reconocieron alguna utilidad. De esta manera, sólo un 14,9% aseveró que eran irrelevantes<sup>30</sup>.

En cuanto al sexo de la persona entrevistada, tanto hombres como mujeres los reconocen como muy útiles (45,6% y 51,3% respectivamente), aunque las percepciones de los varones son algo peores. El 17,5% de los asalariados piensa que los planes son irrelevantes, mientras que este porcentaje es sólo del 11,6% en las mujeres.

#### VALORACIÓN DE LOS PLANES DE IGUALDAD

	Total	Mujeres	Hombres
Muy útiles	48,1%	51,3%	45,6%
Poco o algo útil	18,5%	18,9%	18,1%
Irrelevante	14,9%	11,6%	17,5%
No sabe o no responde	18,5%	18,1%	18,8%
Total	100%	100%	100%

Fuente: Encuesta de Igualdad y Conciliación 2009. Elaboración propia.

<sup>28</sup> Asian, R. y Rodríguez, V., Conciliación de la vida laboral, familiar y personal: Hacia una guía de buenas prácticas, Instituto de Desarrollo Regional, Fundación Universitaria, Sevilla, 2009.

<sup>29</sup> Las evaluaciones muestran que ha tenido un impacto escaso. Ver Castellano Burguillos, E., "El distintivo de Igualdad en la Empresa. A medio camino entre la responsabilidad social empresarial y el cumplimiento de la norma legal", Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, nro. 104, 2010, pp. 121-147. También Melero-Bolaños, R. y Ramírez-Sobrino, J., "El distintivo Igualdad en la Empresa: Una nueva certificación en igualdad de oportunidades", Intangible Capital, vol. 7, nro. 2, 2011, pp. 410-427

<sup>30</sup> Cabe señalar que el 18,5% no respondió esta pregunta.

De esta forma, contrasta la receptividad de la población asalariada al desarrollo de los planes de igualdad frente al escaso desarrollo de los mismos. En esta materia será necesario hacer una evaluación del rol del ente fiscalizador para el cumplimiento de la ley así como la efectividad de las medidas impulsadas por los sindicatos y la Administración, particularmente en las empresas sin obligación de implementar un plan.

#### **4. LA PERSPECTIVA EMPRESARIAL**

Los resultados de los anteriores apartados responden principalmente a la información recabada a través de la encuesta a personas asalariadas y de los grupos de discusión con delegados/as sindicales.

En cambio, en este apartado se presentan los resultados de las entrevistas con equipos directivos de quince empresas con actividades en Andalucía. El objetivo de estas entrevistas, de casi una hora de duración promedio, fue identificar los problemas y barreras que enfrentan las personas que componen la dirección empresarial a la hora de mejorar las condiciones de igualdad y conciliación de la plantilla, en el cumplimiento de las nuevas leyes y en la mejora de estas.

Las problemáticas señaladas por los equipos directivos se pueden agrupar en tres categorías: i) las relacionadas con la corresponsabilidad social, vale decir, con la interacción entre la empresa y los ámbitos sociales, familiares y públicos de las personas asalariadas, ii) las relacionadas con la gestión de los recursos humanos y iii) las problemáticas concretas en la implementación de medidas al interior de cada empresa.

##### **4.1. Corresponsabilidad social**

La eliminación de las desigualdades de género pasa por la corresponsabilidad de empresas, instituciones y sociedad (corresponsabilidad social). No basta con implementar medidas en sólo un ámbito, si no se acompañan de otras orientadas a apoyar los cambios en el entorno. El problema en algunos casos es que la normativa a favor de la conciliación muchas veces suele estar pensada como política de fomento del empleo más que como política que favorezca la armonización de los tiempos y condiciones entre las esferas pública y la privada<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Campillo Poza, I., "Políticas de conciliación de la vida laboral y familiar en los regímenes de bienestar mediterráneos: los casos de Italia y España", *Política y Sociedad*, vol. 47, no. 1, 2010, pp 189-213.

En cierta forma, esta es una de las cuestiones problemáticas mencionadas por las direcciones de empresa para la mejora de las condiciones de igualdad y conciliación en sus organizaciones. Concretamente se hace referencia a la descoordinación en los esfuerzos que vinculan distintos ámbitos de interacción: la empresa, la realidad social y familiar de las personas trabajadoras y la Administración y los servicios públicos.

En las interacciones empresa-familia, las personas entrevistadas señalan la pérdida de efectividad de algunas medidas conciliatorias al enfrentarse con las decisiones intra-hogar de las personas trabajadoras. Un ejemplo citado en varias reuniones tiene que ver con el permiso de paternidad.

Aunque en general este permiso es bien visto por los equipos directivos, que comprenden la importancia del mismo para mejorar la corresponsabilidad entre los roles masculinos y femeninos así como para alcanzar cuotas más igualitarias de responsabilidades por sexo, existe cierta reticencia debido a que en algunos casos no se utiliza con este fin sino que como una periodo de vacaciones. Vale decir, el permiso está bien diseñado y las personas que componen la dirección de las empresas, en su mayoría, lo respaldan. Sin embargo, les consta que en aquellos casos en que el hombre no desarrolla una labor compartida con su pareja en el trabajo doméstico y que no tiene la intención de hacerlo, dicho permiso sólo viene a implicar una ausencia laboral sin resultados en sus objetivos primarios y es posible que incluso se traduzca en una mayor carga de trabajo doméstico y de cuidados para las mujeres. Tal es la casuística, que una de las directoras entrevistadas señaló que alguna vez había sido el mismo beneficiario, el padre, el que había reconocido que usaría el permiso como viaje de vacaciones.

Otra problemática que surge de la interacción entre los ámbitos empresa-familia, mencionado en las reuniones con la direcciones de empresa tiene que ver con la presencia masculina mayoritaria en las negociaciones colectivas y los intereses que defienden, sesgados por género. La escasez de corresponsabilidad en el trabajo doméstico deja menos margen de tiempo a las mujeres para incorporarse en otras actividades, tales como la representación sindical. E hecho, en las reuniones llevadas a cabo con delegados/as sindicales, la distribución por sexos era claramente mayor para los hombres, encontrándose una mayoría de casos en los que no participaba ninguna mujer. Este fenómeno, señalan las direcciones de empresa, se traduce en que en la negociación colectiva, la ampliación de vacaciones, su flexibilidad o los bonos desplazan en prioridad a mejoras en medidas de conciliación e igualdad. Esto, porque son las mujeres las que mal-concilian, pero los hombres los que negocian.

El conjunto de las problemáticas que surgen de la contradicción entre el sentido de las intenciones del legislador y las decisiones individuales en desigualdad de poder al interior del hogar entre mujeres y hombres, son percibidas

por las direcciones de empresa como un rol injusto que no les corresponde desarrollar. Dicho de otra manera, existe cierta percepción de que el legislador está utilizando a las organizaciones empresariales para cambiar la sociedad, cuando este objetivo se correspondería mas adecuadamente con medidas dirigidas al ámbito privado del núcleo básico de convivencia.

Un segundo ámbito de la corresponsabilidad social que reclaman las direcciones de empresa es el relativo a la actuación de las Administraciones y particularmente de la disponibilidad y dotación de servicios públicos<sup>32</sup>. En este caso, las direcciones señalan las contradicciones en las medidas de flexibilidad que se les exige a las empresas, mientras que en términos de prestación de servicios públicos se mantiene la rigidez. Uno de los ejemplos más mencionados en este sentido tiene que ver con la reducida disponibilidad horaria de colegios infantiles y guarderías y la amplitud de jornada de los establecimientos comerciales. Según las personas entrevistadas, no existe un horario de los servicios públicos que permita que personas con cargas familiares puedan realizar jornadas continuas de tarde, lo que genera incentivos para la contratación parcial y limita la proporción de mujeres (que se hacen cargo casi en exclusividad del trabajo de cuidados) con menores.

#### **4.2. Gestión de recursos humanos**

Los cambios en el mercado de trabajo han presionado a los equipos directivos de recursos humanos a ampliar sus competencias y tareas, pero parece ser que no se han visto dotados en igual proporción de recursos adicionales. En muchas organizaciones esta gerencia continúa siendo una unidad que pese a tener la misma categoría que otras gerencias, realiza una labor subordinada, con menor tamaño y vinculada fundamentalmente a la gestión de nóminas y de permisos. Esto sobrecarga al personal directivo de estas áreas, que se ven abocados a solucionar de forma temporal los problemas que surgen día a día, pero tienen serias limitaciones para confeccionar una planificación de largo plazo en esta materia o elaborar medidas innovadoras.

En esta problemática se han reconocido dos tipos de empresas. Las que venían incorporando mujeres a su plantilla desde hace años, de forma que hoy ya se encuentran feminizadas y las que la participación femenina sigue siendo escasa.

En las primeras es frecuente que no se haya realizado en su momento una planificación de largo plazo de recursos humanos, es decir, una estrategia de gestión que sea compatible con el ciclo de vida de las mujeres. Las empresas

<sup>32</sup> La necesidad de servicios públicos coincide con otros estudios. Ver Ballesteros, E.: "Condiciones de posibilidad de los Planes de Igualdad como política de la equidad en el ámbito laboral", Cuadernos de relaciones Laborales, nro. 28 (1), 2010, págs. 133-150.

comenzaron contratando mujeres jóvenes y sin cargas, pero hoy en día éstas han comenzado a desarrollar una vida familiar que les exige conciliar horarios. Así, las direcciones se han visto obligadas a elaborar estrategias rápidas que les permitan seguir funcionando y satisfacer las demandas de su plantilla, pero que no consideran el origen de los cambios.

Un segundo grupo de empresas son aquellas que tienen una escasa participación femenina en sus plantillas y las pocas que la integran lo hacen en labores de administración o no tienen personas a su cargo. En algunos casos estas empresas no están prestando demasiada atención a lo que significa la incorporación de las mujeres y la nueva legislación, básicamente porque aun no les afecta de manera importante. No obstante, no parecen considerar que las responsabilidades familiares van a ir involucrando cada vez más a los hombres y que la incorporación de la mujer va ir extendiéndose a otros sectores.

Otra de las problemáticas relacionadas con la gestión de recursos humano a la hora de implementar una perspectiva de género en sus políticas de personal es que muchas veces la gestión está descentralizada y las decisiones recaen en cargos intermedios. El sector donde ocurre esto con mayor frecuencia parece ser el de hostelería, en el que los jefes de cada área (servicio de habitaciones, restauración, recepción, mantenimiento, etc.) tienen un peso determinante en la contratación y ascenso del personal a su cargo.

En la mayoría de los casos, las personas que ocupan estos cargos han sido designados por el conocimiento que tienen del área, pero no necesariamente tienen conocimientos en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación. Así, aunque la dirección de recursos humanos esté plenamente concienciada en materia de igualdad, su acción puede verse condicionada por las decisiones que se tomen en las respectivas áreas de producción.

#### **4.3. Problemáticas específicas**

Además de los problemas más generales mencionados en los dos apartados anteriores, existen algunos más concretos y específicos relacionados con la implementación de medidas a favor de la igualdad, de los que se destacan tres: la implementación de la concreción horaria, problemas en la flexibilidad de horarios y fomento de la formación.

La *concreción horaria* es posiblemente el instrumento que más recelo y problemas ha ocasionado entre los directores y directoras de personal, principalmente en aquellos rubros que atienden al público durante todo el día (hostelería y comercio).

Según las direcciones entrevistadas, existen dos grandes barreras que perjudican la adopción de esta medida. La primera se refiere a la solicitud simultánea de este derecho en un centro de trabajo que debe atender público de

mañana y tarde. Según señalan las direcciones, las primeras solicitudes fueron otorgadas sin muchos problemas, pero cuando su demanda fue más abundante se produjo una descoordinación de horarios. Las concreciones apuntan normalmente a concentrar la jornada en horario de mañana, lo que deja con menos personal a la jornada de tarde. Estudios de algunas empresas mostraban cómo había caído la productividad de la mañana a la vez que ocurría lo contrario de tarde.

Así, las empresas más feminizadas decidieron controlar este derecho a través de dos medidas: otorgar incentivos a aquellas personas que teniendo concreción horaria quisieran trabajar en turno de tarde y obligando a otras a tener alguna de las jornadas reducidas por la tarde.

Sin embargo surgió otro problema que no sido del todo solucionado y éste tiene que ver con el clima laboral. Las personas que no tienen el derecho a solicitar la concreción horaria se quejan de la injusticia de tener que desarrollar solamente las jornadas más complicadas (de tarde y fin de semana) ya que las de mañana han sido asignadas a las que tienen menores a cargo. A esto se agrega que estas personas son las más antiguas de la empresa y sienten que se ha vulnerado una suerte de “histórico de derechos” que consideran ganado justamente.

Otra de las problemáticas específicas tiene que ver con la *flexibilización de horarios*. Una de las principales limitaciones argumentadas por las direcciones de empresa para no ampliar la flexibilidad horaria tiene que ver con el cumplimiento de horarios comerciales y con la apertura autorizada de domingos y festivos.

En hostelería, determinados servicios como desayunos, almuerzos y cenas se comienzan a prestar a una hora fija y en comercio, la apertura y el cierre debe ceñirse a lo establecido. Así, las direcciones de empresa señalan que estas características inherentes a su actividad les impide adoptar jornadas continuas en algunos puestos y que ello sólo sería posible incrementando la plantilla y reduciendo los márgenes. No obstante, cabe señalar que existen excepciones y en algunas de las empresas entrevistadas sí se ha logrado implementar políticas de jornadas continuas en centros con atención de público.

Por último, aunque directamente vinculada con la igualdad, se identifica otra problemática que suele afectar más a mujeres que a hombres. Esta es la falta de interés percibida por la dirección empresarial de parte de las plantillas para asistir a cursos de *formación*. Aún cuando éstos sean gratuitos.

El presente estudio no estuvo dirigido a buscar la causa de este aparente desinterés, pero sí logro identificar una escasa conciliación de la vida familiar con los procesos formativos ya que en gran parte de las empresas, la formación no se realiza en horario de trabajo sino fuera de él.

Las empresas suelen argumentar que los cursos los paga la empresa, así como las horas que dedican a éstos. Sin embargo, los cursos suelen ser fuera

del horario laboral. De manera que dificulta el acceso a quienes asumen responsabilidades familiares y personales (principalmente mujeres).

## 5. CONCLUSIONES

El objetivo de esta investigación fue realizar una evaluación del mercado de trabajo en Andalucía después de la aprobación de la Ley de Igualdad Nacional y la autonómica. Particularmente, se analizaron las percepciones de las personas trabajadoras sobre la situación actual en sus empresas, la valoración de las Leyes y de los Planes de Igualdad y el avance de estos últimos. Además, se identificaron las principales problemáticas desde el punto de vista empresarial en esta materia.

Los resultados indican que existe una valoración positiva de la situación de igualdad en las empresas en Andalucía. Mujeres y hombres rechazaron mayoritariamente la afirmación de que los varones disfrutaban de mejores condiciones de trabajo debido a su sexo, lo que contrasta con la evidencia empírica. La respuesta a esta disonancia es posible que se encuentre en que las desigualdades no son percibidas como tales debido a que muchas de ellas se manifiestan de forma indirecta.

En segundo lugar cabe destacar la positiva valoración de mujeres y hombres acerca de las Leyes de Igualdad y de los Planes de Igualdad. La mayoría de ellos y ellas reconocen estas iniciativas como útiles y necesarias.

En tercer lugar, pese a que los Planes de Igualdad son valorados favorablemente por la población trabajadora, el conocimiento acerca del avance de ellos es escaso. Más de dos quintas partes de las personas encuestadas desconocen si existe o si se está desarrollando uno en su empresa. Esta evidencia corrobora lo que algunos estudios han venido a concluir: primero, que su avance va más lento de lo esperado y segundo, que es necesario establecer algún mecanismo que permita evaluar el avance y contenido de estos planes, ya sea un registro o la obligación de vincularlos a los convenios colectivos.

En cuarto lugar, la mayoría de las direcciones de empresa están concienciadas de la necesidad de mejorar la igualdad entre mujeres y hombres. Sin embargo identifican una serie de problemáticas a la hora de llevar a la práctica la implementación de la ley o medidas adicionales. Señalan que existe una falta de corresponsabilidad social en el ámbito familiar e institucional que resta eficacia a las medidas del ámbito laboral. Asimismo, destacan como problemas específicos los relativos a la flexibilización de la jornada y la concreción horaria.

# CRISIS ECONÓMICA Y REFORMAS EN MATERIA DE EMPLEO: OBJETIVOS E INSTRUMENTOS UTILIZADOS PARA LA ACTIVACIÓN DEL MERCADO LABORAL, LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y LA FLEXIBILIDAD INTERNA DE LAS EMPRESAS

MARÍA JOSÉ GÓMEZ-MILLÁN HERENCIA

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social*  
Universidad Pablo de Olavide

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Reforma del mercado laboral, políticas activas de empleo, igualdad y flexibilidad laboral**

El presente trabajo analiza las ideas básicas de las reformas laborales iniciadas como consecuencia de la crisis económica de 2008, deteniéndose en los instrumentos laborales y de empleo utilizados para mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo. Partiendo de estas ideas, se estudian las reformas en materia de intermediación laboral, los instrumentos que tradicionalmente se han utilizado con el fin de fomentar la contratación, así como los mecanismos impulsados para facilitar la flexibilidad laboral interna. Con el fin de valorar la contribución real de los instrumentos mencionados a los objetivos de la activación del mercado de trabajo, la igualdad de oportunidades en el empleo y la flexibilidad interna de las empresas.

## ABSTRACT:

**Keywords: change in labour markets, activation of public politics of employment, workplace equality, flexi-security**

This work analyzes the basic ideas of labour reforms as a result of the economic crisis of 2008, pausing in the labour instruments and of use used to improve the operation of the labour market. Regarding these ideas, it is analyzed the reforms in the matter of labour intermediation, the instruments that traditionally have been used with the purpose of to foment the hiring, as well as the mechanisms that have been impelled to facilitate the labour flexibility. With the purpose of to value the suitability of the mentioned instruments to secure the objectives of the activation of the work market, the equality of opportunities at the use and the internal flexibility of the companies.

## ÍNDICE:

1. NORMAS BÁSICAS DICTADAS EN MATERIA DE EMPLEO DESDE EL INICIO DE LA PRESENTE CRISIS ECONÓMICA
2. LA CONTRIBUCIÓN DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS A LOS OBJETIVOS DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO
3. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL COMO INSTRUMENTO CLAVE DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO
  - 3.1. La sucesiva ampliación de los sujetos que realizan actividades de intermediación
  - 3.2. La escasa ordenación de las funciones y de los espacios donde operan quienes realizan la intermediación laboral
4. EL FOMENTO DEL EMPLEO COMO FORMA DE CONSEGUIR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES
  - 4.1. Incentivos estatales a la contratación como manifestación más relevante de las medidas de empleo
  - 4.2. Deficiencias de los incentivos a la contratación: otros instrumentos de empleo que fomentan la igualdad de oportunidades
5. UNA PLURALIDAD DE INSTRUMENTOS LABORALES DESTINADOS A FACILITAR LA FLEXIBILIDAD EN LA RELACIÓN DE TRABAJO
6. CONCLUSIONES

## 1. NORMAS BÁSICAS DICTADAS EN MATERIA DE EMPLEO DESDE EL INICIO DE LA PRESENTE CRISIS ECONÓMICA

La crisis económica iniciada en 2008 sigue provocando importantes problemas de empleabilidad en el mercado de trabajo español, no sólo por lo que respecta a las dificultades que encuentran quienes han perdido su trabajo para reinsertarse en el mercado laboral o los obstáculos que sufren quienes acceden por primera vez, sino también en lo referido a los altos niveles de paro alcanzados hasta la fecha<sup>1</sup>.

Con el propósito de corregir estas deficiencias, se han adoptado diversas normas dirigidas a reducir la tasa de desempleo, con influencia en todo el territorio español, entre las que merece una consideración especial la Ley 35/2010, de 17 de diciembre, de reforma urgente del mercado de trabajo, donde se contiene la modificación más relevante adoptada en esta materia, que será objetivo de atención prioritaria en este estudio. A esta reforma le han seguido otras modificaciones con idéntico propósito, como las contenidas en el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas; el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo; el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, o el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de

<sup>1</sup> Según el Instituto Nacional de Estadísticas, en el cuarto trimestre de 2011, la tasa de paro (número de trabajadores parados dividido entre número de trabajadores activos) se situó en el 22'85% de la población activa, siendo la tasa de actividad (número de trabajadores activos dividido entre la población con 16 o más años) tan sólo del 59'54%.

recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, que han venido a completar las ideas esenciales contenidas en la Ley 35/2010. Finalmente, como último hito, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha introducido importantes cambios en la materia, insertándose en el conjunto de medidas adoptadas para combatir los efectos adversos de la presente crisis económica.

Estas normas han tenido un impacto relevante en las instituciones laborales, afectando a un conjunto importante de disposiciones<sup>2</sup>, ya que las reformas emprendidas han identificado a la parcela de la realidad social regulada por el Derecho del Trabajo, como uno de los principales espacios en los que deben centrarse estas modificaciones. Sin perjuicio de lo anterior, las normas adoptadas también han incidido en otros aspectos, como la mejora del funcionamiento del mercado de trabajo que se identifica con una disciplina emergente, el Derecho del Empleo, cuyas relaciones de separación o dependencia del Derecho del Trabajo no se encuentran totalmente definidas, aunque sean indudables las importantes conexiones que existen entre ellas.

Como todas las normas citadas han tratado de conseguir algunos objetivos comunes, aunque puedan igualmente destacarse otros particulares, en las siguientes páginas se realizará un análisis global acerca de los objetivos perseguidos por las distintas reformas en materia de empleo, con el fin de identificar las principales intervenciones en el mercado de trabajo adoptadas en la presente crisis económica. Una vez identificados estos objetivos, se analizarán los instrumentos que se han fomentado e introducido como novedad para alcanzar estos propósitos. Se obvian así otras normas adoptadas para afrontar la presente crisis económica, como son aquellas relacionadas con los aspectos económicos y fiscales<sup>3</sup>, aunque su contribución particular a los objetivos de

<sup>2</sup> Entre otras, en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en adelante, ET; el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, en lo sucesivo, LGSS; la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de empleo, en adelante LE; la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, en lo sucesivo, LCREM.

<sup>3</sup> Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, en cuyo marco se han aprobado importantes medidas de fomento del empleo, con el objetivo de favorecer la contratación laboral, a la que también se han unido otras medidas fiscales y económicas, más específicas sobre reducción del déficit público, entre las que se encuentran el Real Decreto-ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica; el Real Decreto-ley, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; el Real Decreto-ley, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo. O, por otro lado, el Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas; Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011.

empleo sea igualmente significativa. Como tampoco se considera la intervención que pueden realizar las Comunidades Autónomas o los Entes Locales, en cuanto a las competencias que, ya sea de derecho o de hecho ejercen, como son la intermediación laboral, el fomento de la contratación o el diseño particular de programas de orientación al empleo o a la formación. En ambos casos, un estudio que tratara estos aspectos, desbordaría la finalidad del presente estudio, centrado en analizar los objetivos e instrumentos empleados en el marco estatal para combatir el desempleo y mejorar el funcionamiento del mercado laboral.

## **2. LA CONTRIBUCIÓN DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS A LOS OBJETIVOS DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO**

El artículo 40 de la CE encomienda a los poderes públicos el diseño de una política orientada al pleno empleo. Desde la entrada en vigor de la CE, este encargo se realiza mediante un conjunto de intervenciones, insertas en el campo de las políticas socio-laborales, que recibe la denominación de política de empleo; con independencia de que otras intervenciones del Estado, como las políticas económicas o sociales, de una forma menos articulada o coordinada, también se ocupen de procurar un nivel de ocupación óptimo, tanto desde la perspectiva cuantitativa como cualitativa.

Concretada en diversas normas desde que se aprobara la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, el marco general de las intervenciones en el mercado de trabajo, desde el año 2006, se contiene en la LE. A partir de ésta norma, otras disposiciones legales o reglamentarias, con un carácter más o menos estable, han detallado y concretado intervenciones más puntuales o específicas en el mercado de trabajo, aunque estas medidas igualmente se insertan en el conjunto de las políticas de empleo por tratarse de intervenciones que contribuyen a esta misma finalidad. En efecto, como se extrae de la definición legal sobre las políticas de empleo donde se ofrece un concepto bastante general y funcional, la política de empleo consiste en “(...) el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo” (artículo 1 de la LE).

Los objetivos de las políticas de empleo, que han permanecido sin muchos cambios desde que entrara en vigor esta norma, son bastante amplios y generales respondiendo a la necesidad de acoger en esta definición aquellas intervenciones que sean precisas, con independencia de cuestiones temporales o coyunturales, para conseguir un mejor funcionamiento del mercado labo-

ral<sup>4</sup>. Ahora bien, centrándonos en los objetivos particulares perseguidos por las reformas laborales acometidas desde el año 2008, se puede afirmar que las intervenciones adoptadas se han centrado sólo en algunos objetivos generales, mereciendo una consideración especial los siguientes:

1. *La activación del mercado de trabajo* se encuentra presente entre los objetivos básicos de las políticas de empleo, tanto en el ámbito internacional como comunitario, desde los años noventa. Más recientemente, con la reforma laboral de 2002, se introdujeron en España. Provocando, como ya había sucedido en aquellos países que habían recepcionado esta orientación, un cambio en el sentido de las intervenciones de empleo más clásicas, denominadas políticas o medidas pasivas de empleo, ocupadas tan sólo de la pérdida de ingresos derivadas de la inactividad laboral<sup>5</sup>. Todo ello a pesar de que la evolución de las intervenciones en el mercado de trabajo, tanto en España como en otros países, han matizado la distinción conceptual entre políticas pasivas (transferencia de recursos) y políticas activas de empleo (creación de instrumentos que implican una participación activa de los poderes públicos y de los ciudadanos en la resolución de aquellas dificultades que obstaculizan su integración laboral efectiva), creando instrumentos donde ambas están llamadas a confluir para mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo.

En este sentido, las reformas adoptadas desde el año 2008 se han centrado en conseguir un funcionamiento eficaz de los instrumentos que facilitan la activación, incidiendo particularmente en el incremento de las competencias profesionales (empleabilidad), así como en la mejora de la intermediación laboral<sup>6</sup>. Sin detenerse en la protección social de quienes han perdido el empleo, ni tan siquiera incorporar revisiones que serían necesarias, como son la propia estructura de la protección social, aquejada de importantes solapamientos, así como de zonas donde se pueden apreciar carencias en lo que respecta a la protección por desempleo<sup>7</sup>, por lo que las medidas adoptadas pueden calificarse más bien de acompañamiento<sup>8</sup>, de otras que, como la activación del mercado de trabajo, han

<sup>4</sup> En efecto, según el artículo 2 de la LE, los objetivos de las políticas de empleo son la igualdad de oportunidades, la protección eficaz frente a las situaciones de desempleo, el enfoque preventivo del desempleo, la inserción de los colectivos con más dificultades de integración, la unidad en el mercado laboral, la movilidad geográfica, el ajuste de los fenómenos migratorios; así como, tras la reforma de este precepto por el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, el acceso de la población activa a los servicios individualizados de empleo, el fomento de la cultura empresarial y el auto-empleo.

<sup>5</sup> Real Decreto-ley 5/2002, de 20 de mayo, y Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma de la protección por desempleo y la mejora de la ocupabilidad.

<sup>6</sup> Palomeque López, M.C.: “La versión 2010 de la reforma laboral permanente”, VV.AA.: *La reforma laboral de 2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 29 y ss.; Calvo Gallego, F.J. y Rodríguez Piñero Royo, M.: “Nuevas normas en materia de intermediación y Empresas de Trabajo Temporal”, *Temas Laborales*, nº 107, 2010,

<sup>7</sup> Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M.: “Los elementos asistenciales en la protección por desempleo”, *Relaciones Laborales*, nº 14, 2002, pp. 19-36.

<sup>8</sup> González Ortega, S.: “Seguridad Social y reforma del mercado de trabajo”, *Temas Laborales*, nº 107, 2010, pp. 409-410.

tenido (y están teniendo) más protagonismo. En efecto, la reforma introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, donde se contiene la modificación más relevante de las medidas adoptadas en esta materia desde el inicio de la actual crisis económica, no ha tenido como objetivo acometer modificaciones relacionadas con la protección por desempleo, sino más bien afrontar las incertidumbres que plantea el envejecimiento poblacional en relación con la sostenibilidad de los sistemas de protección social. Tampoco el Real Decreto-ley 3/2012, que contiene modificaciones significativas dirigidas a paliar las carencias existentes en el disfrute de la prestación por desempleo (de los trabajadores afectados por las medidas de reducción jornada y suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales) y a facilitar la capitalización de la prestación como forma de promover el trabajo autónomo, ha introducido importantes cambios en cuanto a la estructura de la protección por desempleo o los requisitos de acceso (artículo 16, disposición final quinta y decimotercera del Real Decreto-ley 3/2012).

De hecho, las reformas que se han puesto en marcha desde el año 2008 tan sólo han matizado la responsabilidad individual ante estas circunstancias, incrementando en algunos casos la protección social. Pero mantienen la filosofía implantada en la reforma de 2002, donde se incrementó la responsabilidad individual ante las situaciones de inactividad laboral y desempleo, condicionando el acceso a los sistemas de protección social para quienes hubieran perdido su trabajo a ciertas obligaciones como la búsqueda activa de empleo, la suscripción del compromiso de actividad, la participación en la entrevista personalizada o en el diseño del itinerario de inserción laboral, cuyo incumplimiento puede originar la suspensión e incluso la pérdida de la prestación por desempleo (artículo 231 TRLGSS en relación con el artículo 17 y 47 LISOS). Lo que ha incrementado notablemente el control de los poderes públicos frente a las posibles conductas fraudulentas de los beneficiarios de la protección por desempleo, pese a que existen opciones distintas en cuanto a la activación de la prestación por desempleo, siendo igualmente respetuosa con el objetivo de la activación aquellas orientaciones que mantienen la responsabilidad individual del beneficiario de la prestación, facilitando un disfrute más flexible de la prestación por desempleo, incluso su capitalización, con el fin de facilitar la participación en una oferta formativa o el tránsito a una oportunidad de empleo mejor, pero sin utilizar los mecanismos de control antes mencionados.

2. Otro de los objetivos expresos de las reformas emprendidas desde el inicio de la presente crisis económica, ha sido *la igualdad de oportunidades*, que se recoge en el artículo 9.2 de la CE y en el artículo 2 de la LE como mandato directo a los poderes públicos para intervenir en esta materia, con el fin de promover la participación real y efectiva en el mercado de trabajo.

Puede pensarse, en este sentido, que la crisis económica tiene importantes efectos en cuanto a la igualación de los colectivos, debido a que la destrucción de

empleo también impide la participación laboral de quienes *a priori* no tienen dificultades específicas para encontrar empleo. Sin embargo, la igualdad de oportunidades se mantiene como objetivo explícito de las políticas de empleo incluso en estas circunstancias, dado que ciertos grupos sociales (los colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo<sup>9</sup>) no sólo están más afectados por la extinción contractual, sino que su inserción (y reinserción) laboral es siempre más difícil y compleja.

3. Casi todas las reformas laborales efectuadas en España han tratado de facilitar *la flexibilidad en el mercado de trabajo*, sin que pueda afirmarse que el camino haya sido distinto en las reformas iniciadas con ocasión de la actual crisis económica, en el sentido de que las modificaciones han seguido incidiendo en una regulación más dúctil de la relación laboral. Con independencia de que se ha realizado un importante giro en cuanto a la tradicional orientación que las políticas de empleo habían mantenido respecto a la flexibilidad, cambiando el sentido de las reformas precedentes que, con excepción de la reforma laboral de 1994<sup>10</sup>, se habían ocupado de la flexibilidad externa<sup>11</sup>.

En este sentido, el incremento de la flexibilidad interna, tan reclamado como mecanismo preventivo para salvar situaciones de dificultad en las empresas frente a la rigidez que presenta la regulación laboral en este extremo, ha sido uno de los objetivos expresamente perseguidos por las reformas laborales de 2010 y de 2012<sup>12</sup>. A pesar de que algunos países del Estado del Bienestar social-demócrata, teniendo como máximo exponente a Dinamarca, han tratado

<sup>9</sup> Gómez-Millán Herencia, M.J.: *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, Laborum, Murcia, 2011, pp. 317 y ss.

<sup>10</sup> Alonso Olea, M.: “La reforma laboral de 1993-1994. Origen e idea general de su carácter”, en VVAA: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García, Marcial Pons*, Madrid, 1995, pp. 13-22.

<sup>11</sup> Especialmente, esta flexibilidad laboral externa se realizaba mediante la creación de nuevas modalidades contractuales que facilitaban la contratación en función de las necesidades estructurales del mercado de trabajo o coyunturales de la empresa (el contrato para obra o servicio determinado, el contrato eventual o el contrato de interinidad) o el acceso al empleo (los discapacitados o los jóvenes), Real Decreto Ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas; Real Decreto-Ley 43/1977, de 25 de noviembre, sobre política salarial y empleo; Real Decreto 3281/1977, de 16 de diciembre, sobre empleo juvenil; Real Decreto 1363/1981, de 3 de julio, por el que se autoriza la contratación temporal como medida de fomento del empleo; Real Decreto 1989/1984, de 17 de octubre, por el que se regula la contratación temporal como medida de fomento del empleo; Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores; Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores “minusválidos”.

<sup>12</sup> Palomeque López, M.C.: “La versión 2010 de la reforma laboral permanente”, ob. cit., pp. 29 y ss.; García-Perrote Escartín, I.: “Medidas de flexibilidad interna: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales”, en VV.AA.: *La reforma laboral de 2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 129 y ss.; González Ortega, S.: “La fascinación de los modelos o el Kurzarbeit a la española”, en VV.AA.: *La reforma laboral de 2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 181 y ss.

de corregir los riesgos que implica la participación en el mercado de trabajo de una forma distinta, elaborando una intervención de los poderes públicos diferente, conocida como flexi-seguridad<sup>13</sup>, que ha sido acogida en la Unión Europea donde se han impulsado medidas para favorecer un cambio en el sentido de las políticas de empleo desarrolladas por los países europeos. En efecto, las reformas laborales iniciadas en 2008 no se han ocupado, pese al interés que ha suscitado la flexi-seguridad en España, de implantar medidas en esta dirección, sino que han impulsado la flexibilidad interna mediante instrumentos que facilitan la adaptación de las empresas a las necesidades del mercado, como veremos en penúltimo apartado, incidiendo además la reforma laboral de 2012 parcialmente en la flexibilidad externa<sup>14</sup>.

4. *El fomento de la cultura empresarial y el auto-empleo*, en último lugar, han estado presentes en las intervenciones sobre el mercado de trabajo

<sup>13</sup> En este sentido, véase, Schmid, G.: “Transitional Labour Markets: A new European Employment Strategy”, Berlin: WZB Discussion Paper (FS I 98-206); Wilthagen, T. and Tros, F.: “The concept of flexisecurity: A new approach to regulating employment and labour markets”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, nº 10 (2), 2004.

<sup>14</sup> En efecto, el Real Decreto-ley 3/2012, en cierta manera, también impulsa la flexibilidad externa en alguna de sus medidas, como se aprecia en la modificación a la baja de los salarios de tramitación y de la indemnización por despido improcedente, de un lado, o en las causas más flexibles para recurrir a los despidos por causas económicas, de otro, que serán analizadas en el último apartado (artículo 18 del Real Decreto-ley 3/2012, por el que se modifica el artículo 51 y 56 del ET). Pero estas modificaciones no pueden considerarse totalmente funcionales para conseguir la flexi-seguridad. Pues, uno de los cambios más relevantes que pueden encontrarse en aquellos países que han adoptado la flexi-seguridad como forma de intervención pública, como se sabe, es la reducción de la protección frente al despido. Pero, a cambio de esta tutela, en algunos países como es el caso de Austria, se ha creado un fondo nacional, que funciona como un sistema de seguro, financiado por los trabajadores y los empresarios, que permite exportar parte de los clásicos derechos profesionales, garantizando la seguridad en el mercado de trabajo, mediante una mayor independencia de las ofertas de empleo, con el fin de contribuir a facilitar o soportar el tránsito hacia una oportunidad laboral mejor. En España, este fondo de capitalización, introducido por las reformas de la presente crisis económica, aún no se ha implantado, encontrándose actualmente condicionado en el plano legislativo a lo que acuerden los empresarios y organizaciones más representativas a partir del primer semestre de 2013 (disposición adicional 10 de la Ley 35/2010, modificada por el artículo 3 del Real Decreto-ley 10/2011), a pesar de que se anuncia una reforma laboral que puede adelantar su introducción en nuestro ordenamiento. Por otro lado, tampoco se puede destacar un cambio o avance significativo en otras herramientas igualmente necesarias para promover la flexi-seguridad. Pues, de un lado, los perceptores de las prestaciones por desempleo quedan obligados a una reincorporación laboral quizás excesivamente rápida y precipitada, como se puede deducir de las obligaciones legales existentes en la prestación por desempleo antes referidas (compromiso de actividad, itinerario individualizado, sanciones cuando el beneficiario de la protección social rechace una oferta de trabajo o de formación adecuada), sin que pueda mencionarse ningún cambio o modificación reseñable de las nuevas funciones atribuidas por las teorías de la flexi-seguridad a las prestaciones por desempleo. De otro lado, la protección legal se sigue ejerciendo sobre el puesto de trabajo, como se constata por el sistema de garantías y la tutela judicial previsto en la actualidad; un sistema protector no sólo de aquellos despidos que deben ampararse claramente por el ordenamiento, como son los que ocultan discriminaciones, sino también frente a los despidos por causas económicas.

desde que adquirieran protagonismo como forma de incrementar los niveles de ocupación en la década de los noventa. Primero, en el ámbito comunitario, mediante la Comunicación 222/1998, de 7 de abril, de la Comisión al Consejo: “Fomento del espíritu empresarial en Europa: prioridad para el futuro”. Más tarde, en España, donde se viene realizando no sólo una importante labor de promoción de la cultura empresarial, sino también relevantes modificaciones que tratan de facilitar la creación de empresas, reduciendo los procedimientos administrativos necesarios para la apertura de negocios o establecimientos así como los plazos de respuestas sobre las autorizaciones y licencias empresariales<sup>15</sup>.

En esta dirección, las reformas emprendidas han tratado de mejorar la protección social de quienes realizan su actividad por cuenta ajena reconociendo la prestación por desempleo en caso de cese<sup>16</sup>. Pero también han incidido en otros aspectos, más ligados al fomento de la actividad empresarial, promoviendo la contratación de trabajadores laborales o favoreciendo la creación de sociedades laborales y cooperativas<sup>17</sup>. Con estas intervenciones se logra incidir en una parte significativa y relevante del mercado de trabajo<sup>18</sup>, tratándose de una intervención necesaria en tanto que el trabajo autónomo siempre ha suscitado reticencias por parte de quienes participan en el empleo, fundadas en la seguridad que aporta el desempeño de actividades laborales por cuenta ajena, al garantizar la percepción de un salario estable con independencia de la buena marcha de la empresa, así como un nivel de protección social adecuado.

5. Otros objetivos de las políticas de empleo, sin embargo, no han estado presentes en las reformas acometidas, como son *la regulación de los fenómenos migratorio*, una s realidad a la que España ha asistido como receptora de trabajadores extranjeros (y no tanto de trabajadores comunitarios) que venían

<sup>15</sup> Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de las competencias en mercados de bienes y de servicios; Real Decreto 582/2001, de 1 de junio, por el que se establece el régimen de ayudas y sistema de gestión de programas de apoyo a la innovación de las pequeñas y medianas empresas (2007-2013), que ha sido sustituido por el Decreto 1579/2006, de 22 de diciembre; Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, sobre medidas de reforma económica; Ley 7/2003, de 1 de abril, de sociedad limitada, nueva empresa.

<sup>16</sup> Artículos 1 y ss. de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por el que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos; Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010.

<sup>17</sup> Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos, así como a las cooperativas y sociedades laborales.

<sup>18</sup> A pesar de que el porcentaje de trabajadores autónomos sea muy inferior al de trabajadores asalariados (en 2010, tan sólo el 17'3%, conforme a los datos publicados por la Encuesta de Población Activa, fueron autónomos), el 53'9% de las empresas que conforman el tejido productivo español no tienen trabajadores asalariados, según los datos extraídos del Instituto Nacional de Estadísticas, correspondientes al año 2009.

a ocupar trabajos de escasa cualificación profesional, durante la etapa de bonanza económica que precedió a la actual crisis económica. Pues, las intervenciones relacionadas con el empleo de los inmigrantes han tratado de facilitar el retorno a sus países de origen, sin realizar importantes modificaciones en cuanto a las instituciones claves: la autorización para trabajar o el contingente de población<sup>19</sup>. Asimismo, por lo que respecta a los trabajadores españoles emigrantes, los programas de ayudas dirigidos a facilitar su participación laboral en el extranjero o su regreso a España se han mantenido sin importantes cambios<sup>20</sup>. Tampoco, en cuanto a los españoles que deciden buscar trabajo en otros países ya sea de forma voluntaria o como consecuencia de la crisis económica, se han realizado intervenciones significativas dirigidas a facilitar la búsqueda de empleo o la integración laboral de estos demandantes de empleo en el exterior.

En consecuencia, una vez que se han identificado los objetivos de las reformas acometidas, y dejando otros que pueden igualmente considerarse relevantes para mejorar el funcionamiento del mercado, nos detendremos en los instrumentos que se han impulsado e introducido para alcanzar la activación del mercado de trabajo, la igualdad de oportunidades y la flexibilidad laboral. Pues, con independencia de que se puedan apreciar algunas medidas que indirectamente tratan de mejorar la unidad del mercado o la movilidad geográfica, como pueden ser el propio fortalecimiento de los servicios públicos de empleo o las medidas que fomentan el cambio de residencia para quienes han encontrado una ocupación en otro lugar distinto al de su domicilio habitual, las reformas del mercado de trabajo no han incidido directamente en estas ma-

<sup>19</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

<sup>20</sup> Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se aprueban las normas reguladoras de la concesión directa de ayudas destinadas a atender las situaciones de extraordinaria necesidad de los españoles retornados; Resolución de 19 de febrero de 2008 y de 10 de noviembre de 2009, de la Dirección General de Emigración, por la que se convocan las ayudas del Programa de mujeres de la Orden TAS/874/2007, de 28 de marzo, para los años 2008 y 2010; Resolución de 19 de febrero de 2008 y de 10 de noviembre de 2009, de la Dirección General de Emigración, por la que se convocan las ayudas para actividades asistenciales y de atención del Programa de mayores y dependientes de la Orden TAS/874/2007, de 28 de marzo, para los años 2008 y 2010; Resolución de 20 de febrero de 2008 y de 10 de noviembre de 2009, de la Dirección General de Emigración, por la que se convocan las ayudas de información y asesoramiento a retornados, del Programa de retorno de correspondiente a la Orden TAS 874/2007, de 28 de marzo, para los años 2008 y 2010; Resolución de 23 de octubre de 2008 y de 10 de noviembre de 2009, de la Dirección General de la Ciudadanía Española en el Exterior, por la que se convocan las ayudas del programa de jóvenes de la Orden TAS/874/2007, de 28 de marzo, para los años 2008 y 2010. Resolución de 11 de noviembre de 2010, de la Dirección General de la Ciudadanía Española en el Exterior, por la que se convocan ayudas para el año 2011 del programa mujeres de la Orden TAS/874/2007, de 28 de marzo; Resolución de 20 de diciembre de 2010, de la Dirección General de la Ciudadanía Española en el Exterior, por la que se convocan ayudas de formación para el año 2011.

terias. En la misma dirección, como el presente trabajo trata sólo de analizar los objetivos e instrumentos que más se conectan con las relaciones laborales, se obviarán aquellas herramientas que las reformas de mercado de trabajo han utilizado para favorecer el cumplimiento de otros objetivos; con independencia de que se valore como positivas las normas que han tratado de fomentar la creación del empleo, ya sea mejorando el marco de protección legal, o bien favoreciendo el nacimiento de nuevas empresas a través de su orientación hacia los mercados emergentes.

### **3. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL COMO INSTRUMENTO CLAVE DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO**

Desde las primeras intervenciones en el mercado de trabajo, la intermediación laboral ha sido uno de los principales instrumentos de las políticas activas de empleo, debido a sus posibilidades para promover la contratación de los trabajadores, a través de medidas que facilitan el conocimiento de los trabajos disponibles y de las profesiones más demandadas. Tal importancia ha originado una ampliación en el concepto, pasando de “la puesta en contacto de la oferta y la demanda de trabajo”, en la definición más clásica, hacia un concepto más amplio que trasciende de la mera casación de las ofertas de empleo para valorar la adecuación del candidato a un puesto de trabajo concreto y su empleabilidad, según se define la intermediación en el artículo 20 de la LE<sup>21</sup>.

#### **3.1. La sucesiva ampliación de los sujetos que realizan actividades de intermediación**

Desde la creación del Instituto Nacional del Empleo, mediante el Real Decreto 36/1987, de 16 de noviembre, actual Servicio Público de Empleo Estatal, la lista de los sujetos que realizan la intermediación laboral se ha modificado en diversas ocasiones, siempre con el fin de permitir la presencia de nuevos intermediarios. En primer lugar, fruto de la integración de España en la Unión Europea, el Servicio Europeo de Empleo quedó inserto entre aquellos recursos a los que podían acceder los ciudadanos españoles, no sólo cuando trataran de obtener un trabajo en el territorio nacional sino también en el caso de que su búsqueda de empleo alcanzara a otros países pertenecientes a la Unión Europea. Más tarde, se añadieron las agencias de colocación sin ánimo de lucro,

<sup>21</sup> Sobre esta evolución, García Gil, B.: “Servicios públicos de empleo, agencias privadas de colocación y empresas de trabajo temporal”, en VVAA: La reforma laboral de 2010, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 95 y ss.

que funcionaban como entidades colaboradoras de los servicios públicos de empleo<sup>22</sup>; así como los servicios integrados de empleo, formados por entidades sin ánimo de lucro que colaboraban, mediante la suscripción de un convenio, con los servicios públicos de empleo<sup>23</sup>. Posteriormente, los servicios de empleo autonómicos se convirtieron en los principales gestores de las ofertas de trabajo intermediadas por los servicios públicos de empleo gracias a la importante descentralización de competencias que impulsó la LE en el año 2003.

En la línea de reforzar la intermediación laboral, la reforma de 2010 ha regulado las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro, tratando con ello de fomentar la colaboración público-privada. Se reconoce, de esta forma, la función que estaban realizando en el mercado de trabajo sin un régimen jurídico que ordenara su actividad, a pesar de las peticiones formuladas por los operadores jurídicos en cuanto a su reconocimiento legal. De esta forma, las agencias de colocación, con independencia de su naturaleza, pueden realizar estas funciones, como se deduce de su definición legal: “aquellas entidades públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro, que realicen intermediación laboral (...), bien como colaboradores del Servicio Público de Empleo, o bien de forma autónoma pero coordinada” con ellos (artículo 13 de la Ley 35/2010). Debiendo adaptarse, una vez finalicen los proyectos, la actividad de colaboración que venían realizando los servicios integrados de empleo, y donde participaban las agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro, a la nueva regulación de las agencias de colocación<sup>24</sup>. Asimismo, como novedad, se incorpora, entre otros posibles intermediarios, a las agencias de recolocación, tan necesitadas por los trabajadores que prestan servicio en empresas con dificultades económicas o por aquellos que tienen especiales problemas para mantenerse en el mercado de trabajo (como los trabajadores de edad avanzada)<sup>25</sup>.

La regulación legal, no obstante, que se encuentra contenida en el Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, exige la previa autorización del servicio público de empleo, ya sea estatal o autonómico, dependiendo del ámbito en el que opere la agencia de colocación, para iniciar su actividad. Asimismo, según la redacción legal antes reproducida, la norma regula las actividades de intermediación realizadas en colaboración o de forma coordinada con los servicios de empleo, lo que parece indicar la exclusión de aquellas efectuadas sin el objetivo de ayudar a los servicios públicos de empleo.

<sup>22</sup> Artículo 1 Real Decreto-ley 18/1993, de 3 de diciembre, de medidas urgentes de fomento de la ocupación; Ley 10/1994, de 19 de mayo, de medidas urgentes de fomento de la ocupación.

<sup>23</sup> Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, por el que se regulan las agencias de colocación sin fines lucrativos y los servicios integrados para el empleo.

<sup>24</sup> Disposición transitoria segunda del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre.

<sup>25</sup> Sobrino González, G.: “Las empresas de out-placement y la intermediación laboral”, *Relaciones Laborales*, nº 7, 2006, pp. 86-90.

Se opta, de esta forma, por un modelo de agencias de colocación quizás demasiado restrictivo en comparación con el existente en otros ámbitos, debido a que su actividad depende de la desarrollada por los servicios públicos de empleo. A pesar de que el Convenio OIT 181, sobre las agencias privadas de colocación (1997), ratificado por España en el año 1999, les haya reconocido un papel más amplio, como se desprende de su definición: “toda persona física o jurídica, independientemente de las autoridades públicas”, que realiza actividades de intermediación y colocación, sin perjuicio de la competencia correspondiente a los Estados para formular políticas de mercado y controlar los fondos de empleo, así como de las obligaciones de información respecto de la estructura y actividades de las agencias de colocación (artículo 1 y 13 del Convenio OIT 181). Y, en el mismo sentido, a pesar de que también se pueda deducir un campo de actuación más amplio en la Unión Europea, donde la autorización administrativa exigida para la constitución de las agencias de colocación, conforme a la Directiva 106/2003, de 12 de diciembre, de servicios en el mercado interior, sólo es compatible con el Derecho Comunitario cuando su participación como sujetos en la intermediación laboral sea necesaria a los efectos de proteger a los trabajadores. Estas razones, por tanto, cuestionan si realmente se puede mantener un ámbito de funcionamiento tan reducido para las agencias de colocación, especialmente en aquellos espacios donde no tienen presencia los servicios públicos de empleo (como la recolocación)<sup>26</sup>; pero también cuando esta actividad no pueda desarrollarse con las garantías necesarias para los usuarios de los servicios de intermediación laboral<sup>27</sup>.

Por otro lado, la reforma laboral de 2010 y de 2012 también han facilitado la presencia de las empresas de trabajo temporal en las actividades de intermediación gracias a la eliminación de las restricciones que obstaculizaban su participación en algunos ámbitos, respondiendo con ello a la propuesta de ampliar sus funciones, más allá de la mera cesión de trabajadores, para ofrecer otros servicios como la selección de personal, la recolocación o la formación

<sup>26</sup> A este respecto, antes de la Directiva 106/2003, la STJCE de 11 de diciembre de 1997 (C-55/96), *Job Centre II*, consideró incompatible con el Derecho Comunitario aquellas restricciones impuestas a las agencias privadas de colocación cuando los servicios públicos de empleo no cumplan satisfactoriamente con la actividad de intermediación, como sucedía en el caso con la legislación italiana que prohibía el ejercicio de toda mediación entre la oferta y la demanda de trabajo remunerada, aunque tal actividad se desarrollara con carácter gratuito; lo que impedía que una sociedad cooperativa privada realizara en el territorio italiano estas actividades.

<sup>27</sup> Sáez Lara, C.: “Espacios y funciones de las empresas de recolocación”, *Temas Laborales*, nº 107, pp. 354-355.

de los trabajadores<sup>28</sup>. Pese a lo anterior, subsisten importantes dudas respecto a su contribución real en la eficacia de las políticas de empleo. Pues, una vez reconocidas las agencias privadas de colocación, las Empresas de Trabajo Temporal que participen, tanto en la intermediación como en la colocación, precisarán un profundo cambio hasta convertirse en Agencias globales de empleo, con la consiguiente transformación de la oferta que realizan en el mercado desde empresas dedicadas a la cesión legal de trabajadores laborales hacia empresas dedicadas a la gestión de las ofertas y demandas de empleo<sup>29</sup>.

También, en la misma línea de reforzar los servicios públicos de empleo, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de abril de 2008, así como el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, desde su entrada en vigor hasta el 31 de diciembre de 2012, han dispuesto la incorporación de nuevas figuras, como los promotores de empleo, a los servicios de intermediación públicos, con el fin de reforzar la intermediación en el mercado de trabajo. A ellos se suman otros sujetos, como son los agentes de desarrollo local, que vienen desempeñando una importante labor de intermediación en el ámbito local desde su introducción por la Orden Ministerial de 15 de julio de 1995. Y, más recientemente, también como novedad de las reformas iniciadas en 2008, se ha incorporado una nueva figura, los agentes de formación profesional, cuya concreción se encuentra aún pendiente de las convocatorias necesarias para contratar al personal encargado de estas funciones (artículo 10 del Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero).

Por último, junto a esta ampliación de los sujetos que intermedian en el mercado de trabajo, el Real Decreto-ley 3/2012 rescata con gran acierto a las Escuelas Taller, las Casas de Oficio, los Talleres de Empleo y las Unidades de promoción y Desarrollo Local, suprimiendo la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 3/2001, por la que se eliminaban estos instrumentos de

<sup>28</sup> Pérez de los Cobos Orihuel, F.: “La reforma de la intermediación laboral en España”, *Actualidad Laboral*, nº 5, 2010, pp. 510 y ss.; García Gil, M.B.: Los instrumentos jurídicos de la política de empleo, Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 94; Ortiz De Urbina Criado, M. y Romero Torres, M.: “La gestión de la temporalidad: el papel de las empresas de trabajo temporal”, *Boletín Económico del ICE*, nº 29-42, 2008, pp. 50. En contra, defendiendo que su presencia puede aportar más precariedad en el mercado de trabajo, Escudero Rodríguez, R.: “El AIEE y su traslación legislativa: Significación general y condicionantes específicos”, en *VVAA: Las reformas laborales 1997*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 45; Sanguineti Raymond, W.: “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”, *Revista de Derecho Social*, nº 39, 2007, pp. 21-50.

<sup>29</sup> En ese sentido, las empresas de trabajo temporal que deseen participar en el mercado de trabajo para realizar funciones de intermediación, según el artículo 1 y la disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 3/2012, deberán presentar una declaración responsable que acredite el cumplimiento de los requisitos necesarios para intermediar en el mercado de trabajo, y actuarán con la identificación que tienen como empresas de trabajo temporal hasta que se les proporcione el número de autorización correspondiente como agencias de colocación (disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 3/2012).

empleo con la entrada en vigor del Plan de Empleo de España (2012-2014). De tal manera que las CC.AA. seguirán impulsando programas específicos basados en estas herramientas, y donde se realizan funciones de intermediación cuando así se haya previsto en la convocatoria sobre la que se sustentan, debido a las oportunidades que estos programas ofrecen para favorecer la integración de quienes tienen especiales problemas de empleabilidad (los jóvenes o los trabajadores de edad avanzada).

### **3.2. La escasa ordenación de las funciones y de los espacios donde operan quienes realizan la intermediación laboral**

Con el fin de contribuir a mejorar el funcionamiento de la intermediación laboral, el Real Decreto-ley 3/2011 ha realizado una importante concreción de las obligaciones y los derechos de los usuarios de los servicios públicos de empleo que, como contrapartida, se traducen en ciertas obligaciones para los servicios públicos de empleo y las agencias privadas de colocación que actúen como entidades colaboradoras.

En este sentido, siguiendo la línea de la regulación anterior, estos sujetos tienen que garantizar la igualdad en el acceso al empleo que comprende el control sobre toda práctica o conducta discriminatoria así como la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios públicos de intermediación laboral, tan relevantes para los demandantes de empleo en un mercado de trabajo que soporta importantes niveles de paro (artículo 16.2 del ET, artículo 19.ter del Real Decreto-ley 3/2011 y artículo 5.c) del Real Decreto 1796/2010). Asimismo, se recogen de manera expresa ciertas obligaciones que materialmente existían con anterioridad como el respeto a la intimidad y la dignidad de las personas gracias a su reconocimiento en el artículo 16 CE pero que ahora se atraen al terreno de la intermediación, subrayando la vigencia de estos derechos en actividades, como la orientación y la gestión de las ofertas de trabajo, donde puede existir una mayor desprotección e inseguridad para el demandante de empleo debido a la posición de vulnerabilidad en la que se encuentra quienes tratan de acceder al mercado de trabajo o transitan hacia una ocupación mejor.

Estos derechos y obligaciones se concretan, por lo que se refiere a los servicios públicos de empleo, en un novedoso “catálogo de servicios”, de carácter mínimo y común para todo el territorio español, introducido con ocasión de la reformas derivadas de la presente crisis económica, cuyo cumplimiento constituye, según el artículo 19.ter del Real Decreto-ley 3/2011, tan sólo un “compromiso” de los servicios públicos de empleo, tanto estatales como autonómicos, con las personas y empresas usuarias de los servicios de intermediación. Lo que impide que podamos afirmar la existencia de un derecho a reclamar la prestación de este servicio o el equivalente económico que costaría su compra en el mercado privado; quedando, por tanto, en el terreno de las buenas prácti-

cas o intenciones que deben observar los servicios públicos, sin que se pueda derivar una pretensión jurídica sobre los instrumentos o mecanismos que se detallan en la norma<sup>30</sup>.

Es más, los instrumentos o mecanismos previstos para desempeñar la intermediación son idénticos a los que ya existían con anterioridad. De hecho, la entrevista personalizada o el compromiso de actividad, a los que se refiere el artículo 19.*sexies* del Real Decreto-Ley 3/2011, se utilizan desde su introducción por la Ley 45/2002, siendo instrumentos ya suficientemente conocidos para los perceptores de las prestaciones por desempleo u otros beneficiarios de los programas de protección social con esta finalidad (renta agraria, renta activa o renta mínima), a los que se les exige la suscripción del compromiso de actividad para generar el derecho a percibir las rentas que se derivan de estas protecciones sociales. A este respecto, la única novedad reseñable es el acuerdo personal, por el que el trabajador ocupado se compromete a participar en acciones específicas para mejorar su empleabilidad, como son la búsqueda activa de empleo o la puesta en marcha de una iniciativa empresarial, con obligaciones semejantes a quienes suscriban el compromiso de actividad.

Estos avances en materia de intermediación laboral, sin embargo, no se han traducido en una ordenación clara de los sujetos que realizan esta actividad. En efecto, los artículos 13 y 17 de la LE, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2011, establecen un reparto de la intermediación en función del territorio, correspondiendo al servicio público de empleo estatal las

<sup>30</sup> En este sentido, cada servicio de empleo puede completar o desarrollar este catálogo, según la evolución del mercado de trabajo, las necesidades de las personas y las empresas, las prioridades establecidas en el Sistema Nacional de Empleo (artículo 19.ter del Real Decreto-ley 3/2011). Un catálogo de derechos que se ordena, según los usuarios de los servicios públicos de empleo, quedando concretado en ciertos instrumentos que la norma define con cierto ánimo de agotar la lista, pero sin que pueda afirmarse una novedad relevante en cuanto a los mecanismos o recursos que estos instrumentos incorporan. En este sentido, son comunes a las personas desempleadas y a las personas ocupadas, el diagnóstico individualizado sobre las competencias profesionales, la información y gestión de ofertas de empleo adecuadas, la información y orientación sobre el mercado de trabajo, el auto-empleo, la oferta de acciones de formación profesional para el empleo, así como el reconocimiento de las competencias adquiridas por la experiencia laboral mediante la correspondiente acreditación oficial. Mientras que son propias de las personas desempleadas, la promoción de prácticas no laborales de formación, el pago de las prestaciones y subsidios por desempleo, a los que tenga derecho. En cambio, son propias de las personas ocupadas, la orientación e información sobre el mantenimiento del empleo, la mejora de la cualificación profesional, la promoción profesional y el desarrollo personal de las personas trabajadoras y su derecho a la formación a lo largo de la vida, con especial indicación a los supuestos de riesgo en la pérdida del empleo. Por lo que se refiere a los servicios destinados a empresas, el tratamiento de las ofertas de empleo, incluyendo la publicidad como la colaboración en las entrevistas y procesos de difícil cobertura, la información sobre el mercado de trabajo, las medidas de fomento del empleo, las modalidades de contratación, el diseño de planes formativos y las ayudas a la formación para las personas trabajadoras, la comunicación telemática de la contratación laboral y de las altas, así como la información, el asesoramiento y la tutorización para la creación de empresas.

actuaciones que excedan del ámbito territorial de la CC.AA., como son las acciones dirigidas a la integración de los trabajadores inmigrantes, realizadas en los países de origen; la coordinación de los servicios autonómicos de empleo o la gestión de los programas que se establezcan con carácter excepcional y de duración determinada para su ejecución en todo el territorio nacional, cuando sea preciso la gestión centralizada; la coordinación e impulso de las acciones de movilidad en el ámbito estatal y europeo, así como la representación del Estado español en la red Eures (artículo 13 de la LE). A las que se suman otras como son el control y la gestión de las prestaciones por desempleo (o de otras protecciones sociales estatales complementarias a ésta), que también corresponden al servicio público de empleo estatal, con las excepciones ya conocidas: a) la vigilancia en el cumplimiento de las normas laborales, atribuidas a la Inspección del Trabajo, b) la gestión de estas prestaciones por desempleo u otras protecciones sociales con la misma finalidad, en aquellas CC.AA. que hayan asumido competencias en materia de políticas activas de empleo, donde la gestión es compartida, correspondiendo al servicio público de empleo estatal el reconocimiento de la prestación así como todas las circunstancias que acontezcan durante su transcurso (interrupciones, reanudación, compatibilidad), mientras que a los servicios autonómicos les compete el control del comportamiento o predisposición del beneficiario a buscar activamente una ocupación o a participar en aquellas ofertas de empleo adecuadas a su perfil profesional (artículo 13 de la LE).

Por otro lado, las CC.AA. tienen atribuidas las competencias en materia de intermediación, salvo las mencionadas anteriormente para los servicios públicos de empleo, ejerciendo esta actividad ya sea a través los servicios autonómicos creados al efecto, bien mediante la delegación de competencias a las Entidades Locales, o bien con los conciertos que establezcan con las empresas públicas, los organismos autónomos o las entidades colaboradoras previstas legalmente.

Por su parte, las agencias de colocación, tanto públicas como privadas, con las funciones propias de la intermediación laboral que venían realizando exclusivamente los servicios públicos de empleo, en aquellos ámbitos donde se determinen, tienen como función, según el artículo 5.c) del Real Decreto 1796/2010, garantizar la accesibilidad universal de las personas discapacitadas o la atención para los colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, aunque también los servicios públicos de empleo deben asegurar, velar y promover el ejercicio efectivo de los derechos incorporados al estatuto jurídico del demandante de empleo. Mientras que, por su parte, las agencias de recolocación se ocupan, más específicamente, de procurar una nueva contratación de las personas que resultaran excedentes en los procesos de reestructuración empresarial (artículo 2 del Real Decreto 1796/2010). Pero también están obli-

gadas a cumplir con la igualdad de oportunidades, ejecutando planes específicos de empleo para los colectivos que encuentren más dificultades en su participación laboral.

De tal manera que las funciones de los intermediarios, tanto públicos como privados en los ámbitos donde se determine, son similares a las existentes antes de la reforma de 2010; a pesar de que uno de los defectos de la intermediación laboral, según se había señalado antes de la reformas iniciadas en 2008, precisamente se refería a la concurrencia (un tanto aluvional o desorganizada) de los diversos intermediarios<sup>31</sup>. Por lo que hubiera sido interesante una regulación más precisa de los ámbitos o las funciones, donde se concretara, entre otras cuestiones, si la intermediación laboral de los colectivos con dificultades de inserción laboral (las mujeres, los discapacitados, los jóvenes, los desempleados de larga duración mayores de cuarenta y cinco años, así como los inmigrantes) le corresponde a los servicios de empleo<sup>32</sup>, a las agencias de colaboración<sup>33</sup> o, por el contrario, como parece lógico, pueden concurrir ambos, según las posibilidades de éxito que tengan en un determinado espacio y tiempo<sup>34</sup>.

#### **4. EL FOMENTO DEL EMPLEO COMO FORMA DE CONSEGUIR LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES**

Aquellos mercados laborales donde existen importantes problemas de empleo para ciertos colectivos, como sucede en el español, precisan la creación de medidas o intervenciones específicas dirigidas a paliar estas dificultades. Con estas intervenciones, denominadas medidas o políticas selectivas de empleo, se trata de conseguir el disfrute efectivo de los derechos sociales para toda la población activa mediante una aplicación del Derecho que considera las circunstancias personales o sociales de quienes comparten ciertos rasgos comunes, es decir, de los colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo.

<sup>31</sup> García Jiménez, M. y Molina Navarrete, C.: “Modernización del sistema público estatal de empleo, mejora de la intermediación y evaluación de las políticas activas de empleo: Una reforma otoñal”, *Temas Laborales*, nº 85, 2006, pp. 183 y ss.

<sup>32</sup> Pérez de los Cobos Orihuel, F.: “La reforma de la intermediación laboral en España”, ob. cit., pp. 510 y ss.

<sup>33</sup> Según el artículo 21.bis de la LE, las agencias de colocación “deberán” elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de los colectivos a los que se refiere el artículo 26 de la LE (las mujeres, los discapacitados, los jóvenes, los desempleados de larga duración mayores de cuarenta y cinco años, así como los inmigrantes).

<sup>34</sup> El Plan de Empleo (2012-2014), regulado en el Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, finalmente ha adoptado esta decisión, al disponer que los servicios públicos de empleo podrán establecer acuerdos de colaboración con entidades privadas, con el fin de derivar hacia ellas las actuaciones relacionadas con el itinerario personalizado de empleo y la atención a las empresas, o podrán llevar a cabo estas actuaciones por su cuenta.

El origen de la intervención selectiva no es novedoso sino que se remonta, como forma de corregir los efectos adversos que la Segunda Guerra Mundial causó en la participación laboral de ciertos grupos de trabajadores, a determinadas intervenciones creadas en Estados Unidos (*War on Poverty*, EE.UU., 1964). Generalizándose como forma de intervención en el mercado de trabajo en la década de los noventa con el impulso de las políticas activas de empleo, en particular con la creación de programas específicos de intermediación laboral o mediante los incentivos a la contratación.

De hecho, en España, la intervención selectiva ha estado especialmente vinculada a los incentivos a la contratación, convirtiéndose en una de las medidas más significativas de las políticas de empleo desde que se introdujeran como forma de “luchar contra el paro” que afectaba a determinados grupos poblacionales: las mujeres, los jóvenes o los trabajadores de edad avanzada<sup>35</sup>. Por lo que, como ha sucedido en otras ocasiones, las reformas dirigidas a combatir los efectos adversos de las crisis económicas, se han ocupado, entre otras cuestiones, de conseguir la igualdad de oportunidades para toda la población activa, fomentando el acceso o la reinserción en el mercado de trabajo de los colectivos con especiales dificultades de participación en el empleo mediante la reducción del coste económico originado por la contratación del trabajador inactivo o desempleado. A pesar de que, como forma de conseguir la igualdad de oportunidades, también existen otros instrumentos de empleo, más relacionados con el Derecho del Trabajo, que serán señalados tras el análisis de los incentivos a la contratación a los efectos de indicar otras posibles medidas selectivas de empleo que también favorecen la igualdad de oportunidades, aunque se utilicen menos por quienes diseñan estas intervenciones.

#### **4.1. Incentivos estatales a la contratación como manifestación más relevante de las medidas de empleo**

Desde el año 1994, los incentivos a la contratación habían quedado determinados en los programas de fomento del empleo que, con carácter anual, se venían aprobando para facilitar la contratación de los colectivos con más dificultades de empleabilidad. Dicha inestabilidad provocaba importantes problemas en la gestión de las empresas beneficiarias de estas ayudas, debi-

<sup>35</sup> Ley de 25 de junio de 1935, de medidas transitorias para remediar el paro obrero; Decreto 2431/1966, de 13 de agosto, sobre el empleo de los trabajadores de edad madura; Real Decreto 3281/1977, de 16 de diciembre, sobre empleo juvenil; Real Decreto 1384/1981, de 3 de julio, por el que se establecen normas de fomento del empleo para determinados grupos de trabajadores desempleados (BOE núm. 165, de 11 de julio de 1981); Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores “minusválidos”; Orden de 21 de febrero de 1986, por la que se establecen diversos programas de apoyo a la creación de empleo, entre otras.

do a las constantes modificaciones que afectaban tanto a los colectivos cuya contratación se favorecía como al contenido de las ayudas. Con la intención de otorgar cierta estabilidad a la lista de los colectivos destinatarios de estas intervenciones, la reforma laboral de 2006 incorporó una norma específica, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de mejora del crecimiento y del empleo, LCREM, que, sustituyendo a los programas anuales para el fomento del empleo, ordenó los incentivos a la contratación estatales con cierta vocación de permanencia. No obstante, más que lograr el objetivo de la estabilidad en los incentivos a la contratación, prácticamente desde su aprobación, la LCREM sufrió constantes modificaciones en su articulado normativo, provocando que resultara más difícil no sólo la gestión de las ayudas para las empresas beneficiarias, sino también su conocimiento<sup>36</sup>. Junto a esta inestabilidad, el estudio histórico de los incentivos a la contratación revela una cierta ampliación de las bonificaciones; sobre todo en lo que respecta a los colectivos, pasando de centrarse en fomentar la participación laboral de los clásicos destinatarios de estas intervenciones (mujeres con especiales dificultades de inserción laboral, embarazadas o que hayan dado a luz; discapacitados; jóvenes; trabajadores de edad avanzada) a ocuparse también de otros colectivos destinatarios de la intervención selectiva (víctimas de la violencia de género y excluidos sociales). Con lo que los incentivos a la contratación, afectados por sucesivas ampliaciones, dejaron de tener sentido como forma de fomentar la participación laboral de los colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo dado que estas intervenciones se generalizaron, aplicándose prácticamente a todos los grupos poblacionales, salvo a los hombres cualificados en edades comprendidas entre los treinta hasta los cuarenta y cinco años.

Partiendo de estos presupuestos, la Ley 35/2010 trató de simplificar los incentivos a la contratación, estableciendo una novedosa jerarquía en los colectivos con especiales dificultades de participación laboral, cuya ordenación se reitera en el Real Decreto-ley 3/2011, donde se contiene la última reforma de los incentivos estatales a la contratación, consistente en promover la participación laboral de los jóvenes sin cualificación profesional y los trabajadores de edad avanzada que se encuentren en desempleo de larga duración. Así, tras las modificaciones operadas, el artículo 2.d) de la LE, donde se mencionan con carácter general los colectivos con dificultades de integración laboral, se refiere a los siguientes

<sup>36</sup> Entre las reformas que afectaron a la LCREM, se pueden destacar, entre otras, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres; Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social; Real Decreto 1975/2008, de 2 noviembre, sobre responsabilidad familiar; Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción socio-laboral para las mujeres víctimas de la violencia de género; Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado; Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo de las personas desempleadas.

destinatarios clásicos de la intervención selectiva: las mujeres, los discapacitados, los jóvenes y los trabajadores de edad avanzada (mayores de cuarenta y cinco años que sean desempleados de larga duración). En la misma dirección, el artículo 19.*octies* de la LE (que modifica y sustituye al antiguo 26 de la LE), referido a los colectivos destinatarios de las políticas selectivas, llamados por la norma colectivos prioritarios, amplía en algunos aspectos la lista del artículo 2.d) de la LE, incluyendo a las personas en situación de exclusión social y a los inmigrantes entre los colectivos especialmente tutelados, al mismo tiempo que, por otro lado, restringe el colectivo de los jóvenes para fomentar la presencia tan sólo de quienes tengan un déficit de formación o cualificación profesional. Por su parte, el artículo 9 y siguientes de la LCREM, donde se concretan actualmente los colectivos destinatarios de los incentivos a la contratación, en la nueva redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2011, amplía la lista del 19.*octies* de la LE, incluyendo a las víctimas de la violencia de género (que ya estaban incluidas entre los destinatarios privilegiados en los anteriores programas) y a las víctimas de la violencia doméstica (que siempre han sido un colectivo solapado al anterior, salvo en algunas CC.AA. donde sí disfrutaban de intervenciones específicas). Todo ello al mismo tiempo que otras normas, como la Ley 45/2002 o Real Decreto-ley 1/2011, disponen incentivos a la contratación dirigidos a promover la participación laboral de los desempleados de larga duración.

De tal manera que los incentivos estatales a la contratación, con independencia de aquellos que favorecen el auto-empleo o la recuperación de sectores económicos con elevadas tasas de paro, se siguen utilizando para favorecer la presencia de una parte importante de la población activa, integrada por los siguientes colectivos:

1. Las mujeres siempre han sido uno de los destinatarios de los incentivos a la contratación, a pesar de que los programas de fomento del empleo no han sido suficientemente claros respecto de los rasgos que las definen como colectivos particulares: la infra-representación en el mercado de trabajo o la maternidad.

La Ley 35/2010, por su parte, ha simplificado los incentivos dirigidos a fomentar la participación de este colectivo, haciendo que sus bonificaciones o ayudas se incrementen en intensidad respecto de las bonificaciones previstas para los discapacitados, los desempleados, las víctimas de la violencia de género o doméstica, y eliminando los incentivos que bonificaban de forma independiente y exclusiva la participación laboral femenina. A pesar de que las mujeres han ocupado (y deberían seguir ocupando) un espacio relevante entre las medidas de fomento del empleo hasta que su inserción laboral en el mercado de trabajo sea suficientemente significativa y permanente como para justificar la supresión de estas intervenciones. Una situación que no se ha producido durante la presente crisis económica, pues la diferencia entre la participación de las mujeres y de los hombres en el mercado de trabajo se ha acortado por el incremento del paro masculino, sin que hayan conseguido una inserción estable de las mujeres en el empleo.

Por otro lado, en relación con los incentivos que facilitan la presencia de las mujeres que abandonaron el empleo debido a la maternidad, se mantienen los existentes antes de la Ley 35/2010<sup>37</sup>. Pero estos incentivos no diferencian con claridad entre, de un lado, aquellos rasgos de desigualdad de las mujeres que se derivan exclusivamente del embarazo y la recuperación tras el parto, y, de otro lado, aquellas desigualdades derivadas de la responsabilidad familiar. Es más, el programa de incentivos a la contratación actual, además de no diferenciar entre estos dos factores, ha suprimido el programa extraordinario para la contratación indefinida de los trabajadores desempleados con responsabilidades familiares, en cuyo marco quizás resultara más adecuada la protección de las dificultades que tienen para participar en el mercado de trabajo no sólo las mujeres sino también los hombres que asumen el cuidado de sus allegados o familiares. Quedando, por tanto, como incentivos que favorecen la presencia de los responsables del cuidado familiar tan sólo aquellos que tratan de evitar que la suspensión del contrato, en los casos de maternidad (parto, lactancia, riesgo durante el embarazo) o paternidad, suponga un coste excesivo para el empresario<sup>38</sup>.

2. Por otro lado, en cuanto a los discapacitados, son evidentes los esfuerzos que se han realizado para normalizar su empleo desde la entrada en vigor de la CE, como queda patente por la creación de instrumentos específicos, tanto en el mercado protegido (Centros Especiales de Empleo) como en el mixto (Enclaves Laborales o el Empleo con Apoyo) u ordinario, que tratan de favorecer su integración efectiva; muchos de ellos soportados o sustentados en su actividad mediante ayudas públicas<sup>39</sup>.

Junto a éstos, también se han previsto incentivos a la contratación prácti-

<sup>37</sup> Aplicándose a las mujeres contratadas en los veinticuatro meses siguientes al parto; las mujeres contratadas después de los cinco años de inactividad laboral, si han trabajado, antes de su retirada, al menos tres años; las mujeres con contratos suspendidos que se reincorporen tras la maternidad.

<sup>38</sup> Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad; disposición adicional segunda Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y la mejora de su calidad; Real Decreto 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo y mejora de la calidad; Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas económicas; Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo; disposición adicional decimoquinta y décimo sexta de la LOI; disposición adicional séptima de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de presupuestos generales para el Estado para 2009 y disposición adicional quinta de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

<sup>39</sup> En este sentido, la disposición derogatoria única y la disposición final duodécima rescatan de forma definitiva a las Unidades de Apoyo al empleo, el Empleo con Apoyo, los incentivos de los Enclaves Laborales o los incentivos a los Centros Especiales de empleo, en la misma dirección que el Plan de Empleo de España (2012-2014) que ha mantenido estos programas (Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo), eliminando con ello la supresión realizada por la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 3/2011, que había mantenido estos programas hasta la aprobación del Plan de Empleo de España (2012-2014), pero que preveía su derogación definitiva.

camente en todos los programas estatales de fomento del empleo, manteniéndose en el actual sin grandes modificaciones en cuanto a la delimitación de los discapacitados como colectivo destinatario de las medidas selectivas de empleo. Permanecen, así, no sólo los rasgos tradicionales que se han empleado para su identificación (discapacidad leve o severa, hombres o mujeres, mayores o menores de cuarenta y cinco años), sino también los tipos de ayudas (contratación indefinida y temporal). También se mantienen algunos incentivos según el tipo de empleo (mercado protegido, mixto u ordinario) sobre todo en las CC.AA., aunque la Ley 35/2010 ha realizado un importante esfuerzo en la simplificación de los incentivos estatales a la contratación que favorecen la presencia de los discapacitados en el empleo, tratando de unificar las ayudas a las que pueden acceder las empresas del mercado ordinario, protegido y mixto. Una aproximación entre las medidas de fomento del empleo dirigidas a los discapacitados que ha dejado a salvo, al menos de momento, a las bonificaciones a la contratación indefinida o temporal de discapacitados en Centros Especiales de Empleo, que se mantienen como un beneficio exclusivo de estas empresas en el programa estatal de fomento del empleo.

3. Por lo que se refiere a los jóvenes, las políticas de empleo españolas han empleado la edad como factor para delimitarlos, integrando en este colectivo a los mayores desde los dieciséis años hasta los treinta años, a diferencia de las orientaciones y directrices comunitarias en materia de empleo que han establecido, como tope máximo para sus intervenciones, los veinticinco años. Por otro lado, junto a la edad, las políticas de empleo españolas han empleado, para la creación de contratos temporales específicos de empleo, el factor de la cualificación profesional; un criterio que se ha utilizado con cierta habitualidad en las recomendaciones y en los programas de la Organización Internacional del Trabajo e incluso en la Unión Europea.

La Ley 35/2010 y el Real Decreto-ley 3/2011, por su parte, han empleado ambos criterios en la delimitación de las medidas selectivas dirigidas a los jóvenes, aunque los incentivos a la contratación introducidos tras estas normas, a diferencia de los programas anteriores de fomento del empleo que optaban por una consideración única o no fragmentada del colectivo (promoviendo la participación laboral de los jóvenes desde los dieciséis a los treinta años) se destinan sólo a los jóvenes con un especial déficit de cualificación profesional. A pesar de que esta novedad, ciertamente comentada en los estudios doctrinales realizados con ocasión de la reforma porque los incentivos a la contratación no han realizado esta distinción con anterioridad, ha sido corregida recientemente por el Real Decreto-ley 1/2011, donde se contiene un programa temporal de fomento del empleo para los jóvenes. Así, esta norma promueve, aunque sea con la provisoralidad característica que informa a los programas de empleo, la contratación de los jóvenes con edad igual o inferior a los treinta años. En la misma dirección, el

Real Decreto-Ley 3/2012 dispone un incentivo para la contratación de los jóvenes menores de treinta años (en el marco del nuevo contrato indefinido de apoyo a los emprendedores) ignorando la prioridad introducida por la Ley 35/2010. Tratándose de una corrección acertada, en lo referido al uso del factor cualificación profesional como forma de crear medidas particularizadas de empleo, pues difícilmente se puede considerar ajustada a las políticas selectivas de empleo una medida basada en la reserva de los incentivos a la contratación para favorecer exclusivamente el acceso al mercado de trabajo de los jóvenes con especiales problemas de empleabilidad, cuando los jóvenes cualificados también están sufriendo los efectos negativos de la presente crisis económica<sup>40</sup>.

Así, una vez analizadas estas orientaciones, y tratándose de una cuestión abierta, los incentivos a la contratación tienen sentido como medida para favorecer el acceso al empleo de los jóvenes con cualificación profesional o sin ella; siendo la edad, por tanto, el criterio más acertado para establecer las ayudas a la contratación. Con independencia de que el colectivo debería restringirse a los jóvenes entre los dieciséis y veinticinco años, ajustando el tope de la edad a lo dispuesto en las orientaciones y recomendaciones de empleo comunitarias, en la dirección del nuevo Plan de Empleo de España (2012-2014)<sup>41</sup>.

4. En cuanto a los trabajadores de edad avanzada, los programas de fomento del empleo estatales han modulado intensidades distintas para las ayudas que promueven su presencia en el empleo, utilizando como factores la edad del trabajador o el género, la situación de inactividad o el desempleo, y menos

<sup>40</sup> En efecto, la fragmentación del colectivo no responde a la pretensión de las reformas en materia de empleo, ya que la propia Ley 35/2010 trata de fomentar la presencia de los jóvenes en el mercado de trabajo, con independencia de sus rasgos dificultades particulares, como se deduce de otras medidas que tratan de favorecer la contratación de los jóvenes mediante los contratos formativo o la mejora de su protección social.

<sup>41</sup> La ampliación del colectivo de los jóvenes más allá del tope establecido en la legislación comunitaria, sin embargo, no se trata de un hecho aislado que afecte de forma exclusiva a los incentivos. Pues, con la reforma laboral de 2012, al igual que sucede con los incentivos a la contratación, se avanza aún más en la dirección de ensanchar el colectivo de los jóvenes, ampliándose de forma excesiva los tradicionales límites en la edad para celebrar estos contratos con trabajadores jóvenes, con el fin de promover la contratación mediante estos instrumentos hasta los treinta años, mientras que la tasa de desempleo no se sitúe por debajo del quince por ciento (disposición transitoria novena del Real Decreto-ley 3/2012). Sin olvidar además que esta ampliación de los contratos formativos operada por las distintas reformas adoptadas desde su introducción por la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, con el objetivo facilitar el acceso los trabajadores con dificultades de integración, ha provocado una pérdida quizás poco justificada de la selectividad que inspiró la introducción de este instrumentos como medida para favorecer el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo, Gómez-Millán Herencia, M.J.: *Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo*, ob. cit., pp. 276 y ss. Por lo que sería conveniente revisar en profundidad los contratos formativos para adecuarlos al objetivo de favorecer la presencia de los jóvenes (desde los dieciséis hasta los veinticinco años) en el mercado de trabajo.

otros rasgos, como la cualificación profesional o la reconversión en el sector productivo (más utilizados en el ámbito autonómico o local).

En este extremo, la edad es el factor que permite identificar con más claridad a este colectivo, ya que su desigualdad en el mercado de trabajo se funda precisamente en los prejuicios sobre la contratación de los trabajadores mayores; de tal manera que otros factores, como el desempleo (que ahora emplean los incentivos estatales para delimitarlos)<sup>42</sup> o el sector de actividad, no deberían utilizarse para excluir a los trabajadores de edad avanzada que cumplan estos requisitos de las medidas selectivas de empleo, sino como criterios para incrementar la protección cuando estos trabajadores se encuentren en una situación de desigualdad especialmente grave.

Por tanto, en relación con las fronteras que delimitan la protección de los trabajadores de edad avanzada, los cuarenta y cinco años justifica el inicio de la protección, en tanto que sus problemas de empleabilidad se manifiestan a partir de esta edad. Con independencia de que se establezcan diferentes intensidades, en función de los tramos de edad, para favorecer su participación laboral, según los siguientes criterios: de un lado, desde los cuarenta y cinco a los cincuenta y cinco años, y, de otro lado, desde los cincuenta y cinco años hasta que el trabajador reúna los derechos prestacionales para acceder a la jubilación. Y, también, en esta dirección, resulta coherente que se incentive el mantenimiento en el empleo de los trabajadores mayores de cincuenta y nueve años<sup>43</sup>, aunque se puede discutir que estas bonificaciones no se limiten en los programas de fomento del empleo cuando el trabajador reúna los derechos prestacionales para acceder a la jubilación, pues la utilización de los recursos públicos de la manera más eficiente posible justifica esta restricción con el fin de promover la participación laboral de otros colectivos que no han conseguido una presencia tan estable en el mercado de trabajo (artículo 1 y ss. de la LCREM y Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado)<sup>44</sup>.

5. También se ha promovido la contratación de las personas desempleadas en las reformas iniciadas con ocasión de la presente crisis económica. En

<sup>42</sup> En este sentido, al margen de los incentivos previstos en la LCREM, el Real Decreto-ley 3/2012, en relación con el nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, introduce incentivos a las contrataciones realizadas con trabajadores mayores de cuarenta y cinco años que hayan estado inscritos en la Oficina de Empleo, al menos doce meses en los dieciocho anteriores a la contratación, con lo que este colectivo se restringe de nuevo en los programas de fomento del empleo estatales.

<sup>43</sup> En este sentido, la Resolución de 14 de noviembre de 2011, por la que se aprueba la Estrategia Global para el empleo de los trabajadores de más edad, contempla como medida ampliar las bonificaciones para favorecer la presencia en el mercado de trabajo de los trabajadores de cincuenta y cinco años en adelante.

<sup>44</sup> Gómez-Millán Herencia, M.J.: Colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo, *ob. cit.*, pp. 317 y ss.

este sentido, los incentivos a la contratación de los desempleados de larga duración fueron derogados por la Ley 35/2010. Pero, poco tiempo después, el Real Decreto-ley 1/2011, utilizando la clásica delimitación de este colectivo (personas desempleadas que lleven inscritas al menos doce meses en las oficinas de empleo, en el período de los dieciocho meses antes de la contratación), recuperó los incentivos a la contratación (indefinida, temporal, a tiempo completo o parcial), dirigidos a este colectivo. Asimismo, el Real Decreto-ley 3/2012, en el marco del nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, igualmente establece un incentivo para las personas desempleadas, aunque estas ayudas se limitan a los contratos celebrados con los perceptores de las prestaciones por desempleo contributivas que hayan recibido al menos durante tres meses la prestación. Con lo que se retrocede, una vez más, en los avances que la Ley 35/2010 había realizado en relación con la prioridad o jerarquía de los destinatarios de intervención selectiva. En esta ocasión además con una medida que favorecía la simplificación de los colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo, al mismo tiempo que evitaba utilizar los incentivos a la contratación más bien como una medida económica, de recorte o restricción del gasto público derivado de la prestación por desempleo, sin incidir tanto en los factores de desigualdad<sup>45</sup>.

6. Por último, las reformas han mantenido como colectivos beneficiarios de los incentivos estatales a la contratación a las víctimas de la violencia de género y de la violencia doméstica, así como a las personas en situación de exclusión social. Unos colectivos cuya incorporación a los incentivos ha sido más reciente, pero que igualmente necesitan de medidas que promuevan su participación laboral, como se constata por las dificultades que encuentran para integrarse de forma efectiva en el empleo o mantener la ocupación que venían desempeñando. De ahí que los incentivos a la contratación que se destinan a favorecer la integración de estos colectivos se mantengan sin cambios, bonificándose tanto la contratación inicial indefinida como temporal (artículo 2.5 de la LCREM). Y, por lo que se refiere a las víctimas de la violencia de género, se mantenga también el incentivo a la contratación de interinos para la sustitución de las trabajadoras víctimas de la violencia de género que hayan suspendido el contrato de trabajo o ejercido su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, con el fin de favorecer no sólo su continuidad en la empresa, sino también su mantenimiento en el puesto de trabajo (artículo 21 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género).

<sup>45</sup> Olarte Encabo, S.: *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades: la subjetivación de las políticas activas de empleo*, Aranzadi, Madrid, 2008, pp. 236.

#### **4.2. Deficiencias de los incentivos a la contratación: otros instrumentos de empleo que fomentan la igualdad de oportunidades**

Como se acaba de exponer, el objetivo de simplificar la lista se trata tan sólo de un intento perseguido sin mucho éxito por las reformas de empleo iniciadas desde el principio de la presente crisis económica. Las sucesivas modificaciones han matizado los cambios introducidos por la Ley 35/2010, por lo que se puede apreciar un cierto continuismo en los colectivos destinatarios de los programas estatales de fomento del empleo, cuya simplificación real tendrá que esperar de nuevo a las modificaciones que se introduzcan en el futuro, ya sea con ocasión de la entrada en vigor del Plan de Empleo de España (2012-2014) donde parece que existe un nuevo intento de simplificar los colectivos destinatarios de estas intervenciones e incluso de ordenar los incentivos, o bien con otras reformas.

Dejando a un lado esta cuestión, es preciso también tener en cuenta que los incentivos a la contratación que se han estudiado en el apartado anterior son únicamente los aplicables en el ámbito nacional, sin que se concrete o determine en ésta u otra norma el papel o la función de los existentes en otros espacios; de tal manera que a estos incentivos estatales pueden unirse los incentivos autonómicos o locales, con los límites y excepciones que se establezcan en las normas que los ordenan, así como en el Derecho Comunitario. Esto matiza aún más la funcionalidad de los incentivos a la contratación como forma de diseñar medidas de empleo realmente selectivas.

En la misma dirección, el papel destacado de los incentivos a la contratación en el conjunto de las políticas de empleo españolas contrasta, sin embargo, con sus limitaciones para la creación de empleo, no sólo por las dificultades de gestión que surgen en la propia empresa cuando se benefician de estos incentivos (compatibilidad entre distintas ayudas, respeto a las normas de competencia impuestas por el Derecho Comunitario), sino también porque su funcionalidad es muy limitada incluso para promover la contratación de los colectivos con más dificultades, especialmente cuando el empresario destina importantes recursos en el proceso de selección de los candidatos a ocupar los puestos vacantes de su empresa.

Esta situación, por tanto, impide que las políticas selectivas de empleo tengan el papel que se les atribuye, dado que el escaso uso de otras intervenciones concentra todo el peso en una medida, el fomento del empleo, que realmente no funciona con la efectividad deseada por las razones expuestas.

Conviene tener presente que, ante esta ineficiencia, también se han utilizado otras intervenciones, como la intermediación laboral, especialmente impulsada por la reforma laboral de 2010, con la creación de programas específicos para incrementar la participación de los desempleados en las acciones de em-

pleo y formación, facilitar la obtención de los títulos profesionales que son necesarios para ejercer ciertas ocupaciones, así como para mejorar la oferta formativa. De tal manera que, utilizando muchas veces medidas de protección social, las reformas han tratado de fortalecer el acceso a los servicios de empleo, creando programas específicos donde se les ofrece a los participantes la posibilidad de obtener una orientación al empleo personalizada así como una formación o reciclaje profesional conforme a sus propias necesidades<sup>46</sup>. Esta forma de intervenir no puede considerarse como novedosa por cuanto son muchos los programas de empleo que han sido adoptados, tanto en España como en otros países de la Unión Europea, con esta misma estructura. Pero constituye una nueva orientación en cuanto al uso de los instrumentos que facilitan los objetivos perseguidos en las políticas de empleo, en tanto que se puede apreciar una presencia más relevante de la intermediación laboral en el conjunto de las medidas de empleo tras las reformas iniciadas en 2008, al mismo tiempo que se produce una cierta pérdida del protagonismo atribuido a los incentivos a la contratación en las anteriores políticas de empleo. Prueba de este cambio es la extensión de la intermediación laboral a ciertos usuarios que se encontraban más ajenos a estas medidas (trabajadores en activo y empresarios). Pero también la incorporación de nuevos instrumentos, entre los que se encuentra el itinerario individualizado y personalizado de empleo, actualmente restringido para favorecer la inserción de los jóvenes con déficit de formación o los trabajadores de edad avanzada en desempleo de larga duración.

Por tanto, el uso de otras intervenciones de empleo distintas al fomento de la contratación como forma de facilitar la igualdad de oportunidades de quienes tienen más dificultades de participación, sobre todo aquellas intervenciones que se conectan con las instituciones laborales, continúa siendo escaso. Sin embargo, las posibilidades son muchas en este terreno: desde el incremento de las preferencias en el acceso al empleo o la formación, actualmente reservadas para las mujeres o los trabajadores con responsabilidades familiares, hasta medidas que favorezcan la conservación del empleo, mediante la contratación temporal; el control más exigente de la extinción de la relación laboral cuando los trabajadores afectados pertenezcan a los colectivos destinatarios de las políticas selectivas de empleo; e incluso preferencias para estos colectivos en los supuestos de despidos objetivos por causas económicas y despidos colectivos. A las que se suman aquellas medidas protectoras de la relación laboral, como la suspensión del contrato de

<sup>46</sup> En este marco se inserta el plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional e inserción laboral, aprobado por el Real Decreto-ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso a la actividad económica, así como el Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional.

trabajo, entre otras.

Algunas de estas propuestas han sido acogidas parcialmente por el Real Decreto-ley 3/2012, que se refiere a la posibilidad de introducir, ante las decisiones empresariales de movilidad geográfica y los despidos colectivos, prioridades para favorecer el mantenimiento en el empleo de los “trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad” (artículos 11 y 18 del Real Decreto-3/2012, por el que se modifican respectivamente los artículos 40 y 51 del ET). Pero la norma exige que estas prioridades se establezcan mediante convenio colectivo o acuerdo durante el período de consulta, por lo que no se puede afirmar que se haya dado un paso definitivo en la dirección de implantar otras medidas selectivas de empleo distintas al fomento de la contratación, siendo necesario esperar a las prácticas negociales futuras para determinar la plasmación y alcance real de estas prioridades.

Es preciso destacar, sin embargo, antes de concluir el presente apartado, que las decisiones en este ámbito nunca serán fáciles. Pues, de un lado, estas intervenciones pueden tener un impacto significativo en el conjunto del Derecho del Trabajo que afecte a su vocación de ofrecer una protección generalizada a todos los trabajadores laborales; y, de otro, la intervención selectiva siempre plantea incertidumbres sobre la conveniencia de crear empleos excesivamente protegidos que susciten, como efecto adverso al que se pretende, el rechazo de los empresarios. Por ello, las medidas selectivas siempre deberán tener la medida necesaria de una norma con la vocación de temporalidad, llamada a su desaparición tras un período razonable.

## **5. UNA PLURALIDAD DE INSTRUMENTOS LABORALES DESTINADOS A FACILITAR LA FLEXIBILIDAD EN LA RELACIÓN DE TRABAJO**

En una decidida apuesta por la flexibilidad interna, la Ley 35/2010 introdujo importantes modificaciones e incluso nuevos mecanismos para facilitar la gestión de las empresas ante situaciones de riesgo o peligro, relacionadas con la pérdida de los ingresos o de la competitividad, introduciendo cambios relevantes en la regulación de las causas y de los procedimientos que exceden

del *ius variandi* y la movilidad horizontal<sup>47</sup>. En la misma dirección, el Real Decreto-ley 3/2012 ha tratado de flexibilizar aún más estas instituciones, incidiendo incluso en los conceptos de categoría y grupo profesional, para facilitar la gestión flexible de los recursos humanos en aquellas decisiones que afectan a la vida ordinaria de las empresas, con la eliminación del concepto categoría profesional y la asignación del trabajador únicamente al grupo profesional, lo que facilitará aún más estos cambios, debiendo adaptarse los convenios colectivos actuales a la regulación actual como máximo en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta norma (artículo 8 del Real Decreto 3/2012, por el que se modifica el artículo 22 del ET, y disposición adicional octava del Real Decreto 3/2012).

Particularmente, con el propósito de flexibilizar el marco laboral, la Ley 35/2010 y el Real Decreto-ley 3/2012 se centran en ciertos instrumentos que claramente facilitan la adaptación de la empresas a la realidad del mercado, permitiendo que se altere o transforme, en concreto, el contenido de la prestación de servicios (movilidad funcional vertical o modificación sustancial de las condiciones de trabajo), el lugar donde se desarrolla la actividad laboral (movilidad geográfica), el tiempo de trabajo (distribución irregular de la jornada mediante la creación de bolsas de trabajo similares a las que existen en otros países europeos, como Alemania), o la remuneración del trabajador (desuelgue salarial), de una forma más sencilla. Pero, sobre todo, como novedad más destacada de las modificaciones introducidas en materia de flexibilidad

<sup>47</sup> En este sentido, como se sabe, los conceptos de categoría y grupo profesional siempre se han reflejado de manera muy ambivalente en el texto del ET, permitiendo la flexibilidad necesaria para gestionar la empresa en situaciones donde las medidas son menos traumáticas, García Murcia, J.: “Movilidad funcional y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 58, 2005, pp. 93-95. Por el contrario, los cambios en las condiciones contractuales inicialmente pactadas que exceden del *ius variandi* y la movilidad horizontal, según se deduce del ET, exigen la concurrencia de causas de índole económica, técnica, organizativa o de la producción, así como el seguimiento de un procedimiento concreto, donde participan los representantes de los trabajadores, e incluso la autoridad gubernamental en el caso de los despidos colectivos, que el empresario debe seguir antes de implantar la medida, para la validez de estas decisiones (artículos 39.2, 3 y 4; 40, 41, 47 del ET). Lo que había limitado el uso de estas herramientas como forma de adecuación de las necesidades empresariales a la realidad del mercado. Quizás porque la rigidez, pero también porque todas exigencias impuestas por la norma son muy similares a los requisitos establecidos para los despidos por causas económicas. De tal manera que los empresarios acudían a la extinción contractual como procedimiento para solventar la situación de desajuste, siendo más excepcional que analizaran la situación de la empresa desde la conservación del empleo, para adoptar medidas transitorias o definitivas que alteraran las condiciones de trabajo inicialmente acordadas. De hecho, según un informe publicado por el Banco de España en el año 2009, disponible en <http://www.bde.es/webbde/es/secciones/informes/>, sólo el 4'6% de los empresarios optarían por reducir los salarios frente al 70% que decidiría despedir antes que adoptar otras medidas. Además, de este porcentaje, el 58'3% de los empresarios resolvería los contratos de trabajo temporales; mientras que el 11'8% decidiría cesar a los trabajos indefinidos.

laboral, se regula la suspensión temporal del contrato de trabajo por causas empresariales, a la que ya se refería el Real Decreto-ley 2/2009, de 8 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo, superando las dificultades que encontraba su implantación efectiva, y acercándonos con ello a las soluciones dadas a la presente crisis económica en otros países europeos (Alemania)<sup>48</sup>.

1. Como uno de los obstáculos que han encontrado estas decisiones empresariales ha girado en torno a los casos en los que está permitido recurrir a la flexibilidad interna, la Ley 35/2010 y el Real Decreto-ley 3/2012 han incidido de manera especial en las razones o los motivos que permiten el uso de los mecanismos de flexibilidad laboral. En concreto, partiendo de que el ET exige, como causa común para todos los cambios que exceden de la movilidad funcional horizontal y del *ius variandi*, la concurrencia de causas de índole económica, técnica, organizativa o de la producción para que el empresario realice cambios relevantes en la prestación de servicios, tanto las *modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo como la movilidad geográfica*, según se deduce de su regulación, se convierten en mecanismos preventivos de la pérdida de competitividad, en el caso de que sea necesario mejorar las “perspectivas” de la empresa mediante la adecuada organización de los recursos o evitar su evolución negativa, con la Ley 35/2010 (artículos 40 y 41 del ET)<sup>49</sup>. O más directamente, tras la reforma laboral de 2012, estas instituciones se puede emplear con mucha más facilidad, incluso cuando no exista esta recesión o pérdida de competitividad en la empresa a la que se refería la Ley 35/2010, siempre que su uso se justifique en razones de “competitividad, productividad u organización técnica del trabajo o de la empresa”, y en el caso de la movilidad geográfica además de las anteriores en “las contrataciones referidas a la actividad empresarial” (artículos 40 y 41 del ET en la redacción dada por el artículo 11 y 12 del Real Decreto-ley 3/2012).

En la misma dirección, como instrumento de gestión ordinaria, *la distribución irregular de la jornada*, tras el Real Decreto-ley 7/2011, se incorporó como un nuevo contenido obligatorio de los convenios colectivos, con el mismo propósito de facilitar el ajuste de la empresa a las exigencias del mercado, según se deducía de la regulación legal, donde se admitía esta medida para favorecer la “posición competitiva” de la empresa en el mercado o “una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad en el empleo” (artículo

<sup>48</sup> Un estudio detallado de esta medida puede encontrarse en González Ortega, S.: “La fascinación de los modelos o el Kurzarbeit a la española”, ob. cit., pp. 181.

<sup>49</sup> Del Rey Guanter, S.: “Las medidas sobre la flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial”, *Temas Laborales*, n° 107, 2010, pp. 173.

lo 85.3.i) del ET)<sup>50</sup>. No obstante, el artículo 14 del Real Decreto-ley 3/2012 ha eliminado esta referencia, con lo que se suprimen del contenido obligatorio de los nuevos convenios que se negocien tras la entrada en vigor de esta norma, aunque este instrumento no se pierde totalmente. Pues el Real Decreto-ley 3/2012 facilita aún más las decisiones empresariales relacionadas con las modificaciones del tiempo de trabajo, ya que la empresa puede distribuir irregularmente a lo largo del año hasta un cinco por ciento de la jornada de trabajo, en defecto de convenio colectivo o acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa (artículo 9 del Real Decreto-ley 3/2012, por el que se modifica el artículo 34.2 del ET). Con lo que la distribución de la jornada se convierte en un instrumento de gestión incluso más ordinario que antes de la reforma laboral de 2012.

Por lo que se refiere a las causas que justifican el *descuelgue salarial*, esta medida tan sólo se admitía cuando la empresa acreditara “una disminución persistente de su nivel de ingresos o su situación y perspectivas económicas pudieran verse afectadas negativamente como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo” en la empresa (artículo 82.3 ET en la redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2011). Así, la norma permitía el descuelgue salarial para evitar un problema presente o futuro de la empresa, aclarando que la situación debía ser persistente, aunque el precepto legal no exigía la acreditación de pérdidas. Tras la reforma laboral de 2012, se flexibilizan aún más el uso del descuelgue salarial motivado por las causas técnicas, organizativas o de la producción, pues se definen ahora en la norma sin que se concrete si es necesario o no acreditar pérdidas (lo que permite su uso en ambas circunstancias), sin necesidad de que estas mermas económicas sean persistentes, ni tampoco se precisa que el empresario justifique esta medida en el mantenimiento de los empleos existentes en la empresa<sup>51</sup>. En la misma dirección, las causas económicas también se flexibilizan pudiendo emplearse en el caso de que existan o no pérdidas económicas, pues ahora tanto el descenso de ingresos como el detrimento de ventas justifican esta medida, como se deduce de la redacción legal dada por el Real Decreto-ley 3/2012, que admite el descuelgue salarial cuando de “los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en tales casos como la existencia de

<sup>50</sup> García-Perrote Escartín, I.: “El favor por la flexibilidad interna negociada en el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva”, en VV.AA.: *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 203.

<sup>51</sup> Artículo 14 del Real Decreto-ley 3/2012: “se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios”

pérdidas actuales o previstas”, pero también cuando exista una “disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas”, entendiéndose que la disminución es persistente en todo caso cuando se produce durante dos trimestres consecutivos. También el descuelgue salarial por causas económicas (al igual que sucede con el motivado por causas técnicas, organizativas o de la producción), se admite incluso cuando la medida no se justifique como forma de mantener el volumen de empleo existente en la empresa, tras el Real Decreto-ley 3/2012.

En cuanto a la *reducción de la jornada y la suspensión temporal del contrato de trabajo*, las causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción no se especificaban en la Ley 35/2010, pero se admitía su uso exclusivamente cuando la medida fuera “necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural”. No obstante, la reforma laboral de 2012 elimina esta especificación, con lo que desaparece las limitaciones existentes, siendo más fácil acudir a estos instrumentos como forma de gestionar la empresa de una forma más flexible (artículo 47 del ET).

Por tanto, las diferentes redacciones legales dadas a las mencionadas herramientas de flexibilidad laboral interna, tanto por la reforma laboral de 2010 como por la reforma de 2012, permiten concluir que ambas se dirigen a facilitar el uso de estos instrumentos por parte de los empresarios. No obstante, se puede extraer también importantes diferencias en cuanto a su configuración legal que impiden pronosticar si la reforma laboral de 2012 ha supuesto o supondrá un avance en el uso adecuado de los instrumentos de flexibilidad interna por parte de los empresarios, debido a que se eliminan determinados requisitos o especificaciones que graduaban los instrumentos de flexibilidad en atención a la situación de la empresa, esbozando una ordenación o prelación de estas herramientas de flexibilidad interna. En este sentido, la reforma laboral de 2012 facilita el uso de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y la movilidad geográfica ante situaciones menos críticas, perdiendo en parte la función de mecanismos preventivos atribuida expresamente por Ley 35/2010 a estos instrumentos. En la misma dirección, también facilita el descuelgue salarial (sobre todo en las causas técnicas, organizativas o de la producción); pese a que la conexión exigida entre el riesgo y el daño empresarial servía para interpretar, antes de la reforma laboral de 2012, que el descuelgue salarial se trataba de una medida más excepcional que las anteriores, funcionando siempre como un instrumento de flexibilidad de segundo nivel. Igual consideración merecía la reducción de jornadas y la suspensión temporal del contrato por causas empresariales, cuyo uso se condicionaba a que la medida contribuyera a “superar” la situación de la empresa, tratándose igualmente de un instrumento flexibilidad interna de segundo nivel, antes de la reforma laboral de 2012. De tal manera que las reformas laborales de la presente crisis económica no han concretado la jerarquía u ordenación entre las citadas medidas, pero las inter-

pretaciones antes efectuadas sobre la reforma laboral de 2010 permitían sostener una claridad mayor en cuanto a la ordenación de los instrumentos antes de las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 3/2012.

En este sentido, las medidas menos agresivas (como la modificación de las condiciones de trabajo o la distribución irregular de la jornada) deben emplearse antes que otras donde se puede incluso provocar una pérdida del salario e incluso del empleo (como ocurre respectivamente con el descuelgue salarial, la reducción de la jornada y la suspensión del contrato por causas empresariales). Además, se puede afirmar que la reducción de jornadas y la suspensión del contrato únicamente son medidas funcionales cuando la empresa tiene solvencia para continuar la actividad, pero su situación precisa de la reducción de la jornada o la suspensión temporal para afrontar las dificultades temporales que aquejan a su continuidad. Pues, como en el descuelgue salarial, estas medidas sólo tienen sentido cuando se pueda evitar que la empresa recurra al despido. Por lo que sería conveniente, ante la ausencia de una ordenación clara y definitiva de estos instrumentos, una mayor precisión a la hora de regularlos.

En efecto, las causas que el empresario debe acreditar o justificar para implantar una medida de flexibilidad interna, como se ha apuntado, son menos exigentes tras las reformas de 2010 y de 2012. Ahora bien, otra cosa distinta es si realmente estas modificaciones han conseguido o conseguirán en el futuro incentivar el uso de estas herramientas, particularmente tras la eliminación de los requisitos legales que permitían esbozar una ordenación de los instrumentos de flexibilidad interna (efectuado por la reforma laboral de 2012). O si, por el contrario, estos cambios tan sólo abren la posibilidad de que los empresarios opten por las medidas de flexibilidad interna, pero igualmente recurran en situaciones de crisis o de mejora de la posición competitiva a la extinción contractual; ahora no porque encuentren obstáculos para aplicar estas medidas, sino tan sólo por las facilidades o beneficios que la regulación legal de los despidos les ofrezca en estos casos.

A este respecto, las reformas laborales citadas también han flexibilizado el *despido por causas económicas*, facilitando su uso como forma de gestionar la plantilla de la empresa cuando concurran causas técnicas, económicas, organizativas o de la producción. En efecto, la vaguedad del precepto donde se regulaban los despidos por causas económicas, antes de las reformas laborales de 2010 y de 2012, exigía en su aplicación práctica que el empresario acreditara “pérdidas actuales”, “cuantiosas” y “continuadas” (artículo 51 y 52.c) del ET en la redacción anterior a la presente crisis económica)<sup>52</sup>. Con la reforma laboral de 2010, se flexibilizan aún más las causas del despido por causas económicas, pudiendo emplearse como forma de “favorecer la posición competi-

<sup>52</sup> STS de 11 de junio de 2008 (RJ 3468/2008).

tiva de las empresas o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”, lo que eliminaba la necesidad de acreditar pérdidas económicas. No obstante, la exigencia de la “razonabilidad” entre las causas concurrentes en la empresa y la decisión empresarial de recurrir a los despidos por causas económicas, que se reflejaba de forma expresa en la Ley 35/2010, imponía una justificación rigurosa de los despidos, derivada de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en relación con la situación de la empresa, funcionando como contrapeso a la flexibilidad que podía deducirse de la regulación legal de los despidos por causas económicas tras la Ley 35/2010. Además, esta norma exigía que la causa concurrente en la empresa y que justificaba el despido por causas económicas pudiera afectar “a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo” existente (artículo 51 y 52.c) ET en la redacción dada por la Ley 35/2010). De tal manera que, con estas restricciones, se favorecía que los empresarios acudieran a la flexibilidad interna como forma de gestionar la empresa en situaciones excepcionales o críticas, recurriendo a los despidos económicos sólo en los supuestos más graves<sup>53</sup>, en coherencia con el planteamiento de impulsar una gestión de los recursos humanos más dúctil mediante los instrumentos de flexibilidad interna que se han estudiado en este apartado, olvidando o relegando a un segundo plano los instrumentos de flexibilidad externa, como son las modalidades contractuales o la extinción de la relación laboral.

En la línea de flexibilizar aún más los despidos por causas económicas, la reforma laboral de 2012 diferencia, según la causa que concurre en la empresa, el régimen jurídico aplicable en cada uno de los casos. En este sentido, se definen las causas técnicas, organizativas o de la producción, pero sin especificar cuando el empresario puede utilizarlas para justificar el despido por causas económicas, lo que permite plantear si es necesario o no que existan pérdidas, si la situación de crisis por la que atraviesa la empresa debe ser temporal o per-

<sup>53</sup> Así, la mayoría de los pronunciamientos judiciales recaídos desde la entrada en vigor de la Ley 35/2010 se refieren a despidos objetivos o colectivos donde existían pérdidas incluso continuadas, aunque en los razonamientos se hace notar que, tras la Ley 35/2010, no se exige que la empresa haya tenido resultados negativos, STSJ de Galicia, de 27 de octubre de 2010 (AS 2016/2010); STSJ de Galicia, de 5 de abril de 2011 (JUR 1873/2011); STSJ de Castilla y León, de 24 de mayo de 2011 (JUR 195211/2011); STSJ de Castilla y León, de 24 de mayo de 2011 (JUR 195220/2011); STSJ de Galicia, de 13 de mayo de 2011 (JUR 206629/2011); STSJ de Castilla-La Mancha, de 13 de mayo de 2011 (JUR 206707/2011); STSJ de la Rioja, de 14 de abril de 2011 (JUR 185450/2011). En coherencia con esta interpretación, no se ha exigido la acreditación de pérdidas, entre otros, en los casos enjuiciados por la STSJ de Madrid, de 11 de julio de 2011 (JUR 287498/2011); STSJ de Murcia, de 18 de julio de 2011 (JUR 322390/2011); STSJ de Asturias, de 29 de julio de 2011 (JUR 315658/2011); STSJ de Asturias, de 22 de julio de 2011 (JUR 286114/2011). La prueba de que existan pérdidas para empresa, no obstante, se mantiene, en algún pronunciamiento, enjuiciado con la Ley 35/2010, STSJ de Andalucía, 21 de julio de 2011 (JUR 330426/2011).

sistente, o si el despido debe ser la única medida que pueda evitar a la larga una destrucción de empleo más intensiva<sup>54</sup>. Y, en relación con las causas económicas, se modifica tan sólo parcialmente la regulación de la Ley 35/2010 que antes era aplicable para todas las causas, entendiendo que concurren el despido por razones económicas cuando se desprenda, de los resultados de la empresa, una situación negativa, por “la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos” (tras las reformas laborales de 2010 y 2012) o “de ventas” (tras la reforma laboral de 2012). Además, se aclara, como complemento a la nueva regulación legal, que la disminución se considerará “persistente” si se produce durante tres trimestres consecutivos; con lo que se cierra la posibilidad de comprobar si realmente la situación por la que atraviesa la empresa es definitiva. De tal manera que, con la reforma laboral de 2012, esta exigencia de la “razonabilidad” entre la decisión empresarial y los despidos por causas económicas, como se puede constatar por la redacción dada al artículo 51 del ET, desaparece del articulado normativo. También se elimina, como requisito o condicionante para recurrir a los despidos por causas económicas, la justificación de la viabilidad o la capacidad de mantener el nivel de empleo en el futuro. Con lo que se logra, en definitiva, una mayor flexibilidad en los despidos por causas económicas.

De tal manera que, como cierre al análisis de las causas que justifican el uso de los instrumentos de flexibilidad, las modificaciones introducidas en el Real Decreto-ley 3/2012, según se ha podido comprobar, facilitan el recurso a los instrumentos de flexibilidad interna, aunque pueda discutirse que se haya caminado en la dirección de establecer una jerarquía clara entre ellos o avanzar en las relaciones que estos instrumentos mantienen con las medidas de flexibilidad externa. También incide de forma discutible en la flexibilidad externa, concretamente en el despido por causas económicas, eliminando o mermando su uso como un instrumento de gestión empresarial más extraordinario o excepcional, lo que también resulta discutible por el elevado coste económico y social derivado de los despidos por causas económicas.

2.- Por otro lado, como también los instrumentos de flexibilidad interna habían encontrado especiales problemas en lo referido a los procedimientos, la Ley 35/2010 ha tratado de flexibilizar los mecanismos exigidos para adoptar estas decisiones, aunque se mantiene la orientación clásica de exigir el acuerdo entre los representantes legales de los trabajadores y los empresarios, incluso

<sup>54</sup> Artículo 18.tres del Real Decreto-ley 3/2012, por el que se modifica el artículo 51 del ET: “se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios”.

en el Real Decreto-ley 7/2011, que ha incidido en la negociación colectiva para flexibilizar aún más esta materia. En efecto, los procedimientos se simplifican, estableciendo formas más sencillas para que el empresario pueda adoptar estos cambios, e incluso plazos más cortos para hacer efectiva la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la reducción de la jornada o la suspensión temporal del contrato de trabajo. Asimismo, las reformas acometidas salvan, en cierta medida, los problemas que se planteaban en relación con las modificaciones sustanciales o el descuelgue salarial, cuando la decisión debía acordarse con los representantes legales de los trabajadores, pero la empresa carece de tales representaciones, permitiendo que, en este caso, el acuerdo se adopte con una comisión integrada por trabajadores de la empresa elegidos democráticamente o por los sindicatos más representativos y representativo del sector al que pertenece la empresa<sup>55</sup>.

En la misma dirección, se ha impulsado la negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna, otorgándole un espacio más relevante tanto a los convenios como a los acuerdos colectivos de empresa. Pese a que los importantes cambios introducidos en esta materia por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, mantienen las ideas básicas de la negociación colectiva tradicional, sin alterar los principios sobre los que se funda el sistema de relaciones laborales español. Así los convenios colectivos estatutarios, seña distintiva de nuestro sistema de negociación colectiva, conservan su vocación de afectar a todos los trabajadores incluidos en el ámbito de la negociación, así como su eficacia general o normativa. De ahí que se mantengan las reglas que imponen la presencia de ciertos sujetos en las mesas de negociación según el ámbito y tipo de convenio, la empresa o las asociaciones empresariales más representativas, los representantes unitarios o los sindicatos más representativos o con representación suficiente. Lo que permite, en definitiva, la fijación de las condiciones de trabajo en atención a lo dispuesto tanto en los convenios colectivos de empresa como en los convenios colectivos supra-empresariales.

Por último, como cierre de este apartado, es preciso también subrayar que el Real Decreto-ley 3/2012 ha eliminado la perceptiva autorización administrativa en la suspensión temporal del contrato de trabajo y en la reducción de las jornadas por causas empresariales, así como en los despidos colectivos (expediente de regulación de empleo temporal o definitivo), aunque se mantiene la comunicación a la autoridad laboral, la apertura del periodo de consulta con los representantes de los trabajadores o con una comisión designada a estos efectos y, en el caso de que fuera necesario, el control judicial sobre la decisión empresarial de recurrir a estas medidas. Lo que introduce una importante mo-

<sup>55</sup> González Ortega, S.: “El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación”, en Rodríguez-Sañudo, F. y Carrizosa Prieto (Coord.): *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 151 y ss.

dificación en los procedimientos exigibles para aplicar estas herramientas, dirigida a facilitar la gestión de la plantilla incluso en los casos más excepcionales, que afecta ahora también a los instrumentos de flexibilidad externa (artículos 13 y 18 del Real Decreto-ley 3/2012).

## 6. CONCLUSIONES

Analizado el alcance de las reformas en materia laboral y empleo iniciadas desde el año 2008 para corregir los efectos de la presente crisis económica, así como las líneas básicas que se deducen de los cambios introducidos, parece oportuno realizar una valoración de conjunto sobre su alcance real en la ordenación del mercado de trabajo.

En este sentido, las reformas laborales son insuficientes para mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo, aunque las medidas que se han adoptado para hacer frente a la actual crisis económica, como se ha destacado, se han ocupado sobre todo en la relación laboral, las reformas estudiadas mantienen importantes conexiones con otras medidas, como las fiscales o las de protección social, que también contribuyen a mejorar el mercado de trabajo. Se debe, por tanto, valorar de forma positiva la ampliación progresiva, acontecida desde el inicio de la presente crisis económica, de las materias afectadas por la reforma.

Como aspecto menos positivo, sin embargo, la técnica legislativa empleada se ajusta poco a los principios que deben regir estas actuaciones, pues muchas de las medidas están pensadas para su implantación de forma jalonada o progresiva, en períodos de meses e incluso años. Con una razón loable de fondo, como puede ser incidir en el mercado a medida que se precisa la intervención otorgando una cierta confianza, dicha manera de legislar dificultan el conocimiento de las normas, haciendo más compleja su aplicación por los empresarios y los sujetos colectivos, así como su control por los órganos judiciales.

Por lo que se refiere a los objetivos perseguidos, las reformas se han centrado en aquellos aspectos que podían ser más efectivos para dinamizar el mercado de trabajo (la activación, la igualdad de oportunidades y la flexibilidad interna), aunque los instrumentos utilizados tienen evidentes limitaciones para combatir la destrucción de empleo y mejorar el funcionamiento del mercado laboral.

En este sentido, en cuanto a la activación del mercado laboral, es claro que se han producido avances relevantes en materia de intermediación, como el incremento de los sujetos que realizan estas actividades o la creación de un estatuto jurídico bastante amplio de los usuarios de los servicios de interme-

diación laboral. Todo ello contrasta con la ausencia de una ordenación concreta de las funciones o competencias de cada uno de los sujetos que desempeñan estas actividades, quizás porque la intermediación laboral es una competencia netamente autonómica, donde no se ha conseguido encontrar un equilibrio adecuado entre las funciones del servicio de empleo estatal y los servicios de empleo autonómicos. Ni tampoco parece que las agencias de colocación, sobre todo las privadas, hayan conseguido realmente introducirse como sujetos de la intermediación laboral, dado que su espacio vendrá determinado por las CC.AA. De tal manera que, tras un año desde la aprobación de la reforma laboral en esta materia, subsisten importantes dudas en torno a si las reformas emprendidas han sentado las bases para avanzar hacia la eficacia y efectividad de la intermediación laboral.

Por lo que se refiere a la igualdad de oportunidades, las reformas acometidas han optado por utilizar los incentivos a la contratación como herramienta para favorecer la participación laboral, tratando de simplificar los incentivos estatales a la contratación con el fin de hacerlos más efectivos. No obstante, las sucesivas ampliaciones en los programas aprobados tras la Ley 35/2010, así como la concurrencia de otros incentivos en el ámbito autonómico o local, han hecho que la situación sea prácticamente igual a la existente antes de la reforma, manteniéndose las bonificaciones para los mismos grupos poblacionales. Y ello a pesar de que la reiteración de las medidas selectivas provoca una generalización de estas intervenciones poco favorable para los objetivos perseguidos, ya que los colectivos destinatarios pierden el beneficio de un acceso más restringido o preferente a estas medidas, haciendo que las políticas selectivas de empleo, en definitiva, pierdan su sentido y su eficacia como herramientas para promover la participación laboral de quienes tienen dificultades para integrarse en el mercado de trabajo.

Por último, la opción de avanzar hacia la flexibilidad interna parece razonable dadas las circunstancias del mercado español, pues las reformas anteriores habían provocado una importante dualidad y segmentación, derivada precisamente del permisivo uso de los contratos temporales y de la descentralización productiva (la subcontratas o las empresas de trabajo temporal), haciendo necesario un cambio de orientación en el sentido de las políticas de empleo, donde se evitara promover la flexibilidad externa como forma de intervención en el mercado de trabajo.

Pero las reformas introducidas no garantizan suficientemente que las instituciones analizadas se utilicen, de forma razonable y adecuada, como instrumentos de gestión de aquellas empresas que precisan su adecuación a las exigencias del mercado. Pues, como se analizó, el legislador ha modulado distintas intensidades en relación con cada uno de los instrumentos, pero la norma no obliga a recurrir a una u otra medida. A diferencia de lo que ocurre en el

ordenamiento alemán, donde sí existe una jerarquía entre los distintos instrumentos; de tal manera que el empresario necesariamente acude primero a las bolsas de trabajo, siendo otras medidas, como la reducción de la jornada o la suspensión del contrato, más excepcionales.

Por otro lado, nos encontramos ante instrumentos preventivos de la extinción contractual que realmente no evitan el despido por causas económicas. En efecto, el descuelgue salarial, la reducción de la jornada o la suspensión del contrato pueden significar un abaratamiento temporal de los costes salariales, sin impedir que finalmente el empresario, incluso en un espacio breve de tiempo, acuda a la extinción contractual.

Además, estas medidas que inciden en la flexibilidad laboral precisan igualmente la modificación de los sistemas de protección social, con el fin de compensar el marco regulador más dúctil de la relación laboral con unas prestaciones, sobre todo de desempleo, que faciliten las transiciones laborales<sup>56</sup>. Por el contrario, los cambios se han enmarcado en la línea de reforzar la protección para paliar los efectos económicos de la crisis, sin que se haya alterado el control de quienes se encuentran en una situación por desempleo. Con lo que esta flexibilidad laboral, desde el análisis de una reforma que ha optado por aplazar las modificaciones necesarias para orientar las políticas de empleo hacia la flexi-seguridad, resulta ciertamente incompleta o deficiente, no sólo para quienes siguen pensando que se precisa un marco regulador aún más dúctil, sino también para los trabajadores cuya seguridad en el mercado de trabajo se encuentra cada vez menos protegida.

<sup>56</sup> Gómez-Millán Herencia, M.J.: “El papel de la protección social en las nuevas políticas públicas de empleo: flexiguridad y mercados transicionales”, en VV.AA.: *Presente y futuro de la intervención pública en las relaciones laborales y de Seguridad Social. Homenaje al Profesor D. Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Mergablum, Sevilla, 2011, pp. 118-137.

# LA DIMENSIÓN LOCAL DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO. UNA REVISIÓN COMPETENCIAL TRAS LA APROBACIÓN DE LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE EMPLEO 2012-2014

PATRICIA NIETO ROJAS

*Profesora Ayudante Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*  
Universidad Carlos III

## EXTRACTO

**Palabras clave: Políticas de empleo, reparto de competencias, estrategia española de empleo**

La Ley de Empleo avanzó en el principio de descentralización de las políticas activas de empleo, instando a establecer a las CCAA “actuaciones y medidas que ellas mismas establezca según las necesidades y circunstancias específicas de sus respectivos territorios”. La recientemente aprobada Estrategia Española de Empleo 2012-2014 profundiza en este principio al establecer “un nuevo marco de relación” entre el servicio público de empleo estatal y los autonómicos, y expresamente recuerda “las diferencias territoriales que caracterizan al mercado de trabajo español”.

Este nuevo marco de relación basado en un criterio de corresponsabilidad entre los distintos Servicios Públicos de Empleo se dirige a la consecución de los objetivos de política de empleo del Estado y de la Unión Europea, dotando de un margen amplio de flexibilidad a cada territorio para que adapte esta estrategia a sus concretas características. El presente artículo aborda cuál es el modelo competencial en materia de empleo dentro del entramado institucional del Sistema Nacional de Empleo tras la aprobación del RDL 3/2011, y analiza cuál es el encaje legal de las múltiples actuaciones en materia de empleo impulsadas por los Entes Locales.

## ABSTRACT

**Key words: Employment policy and law, decentralization, competences**

The Employment Law (L.56/2003) regulates the functioning of public employment services (PES) in the context of decentralization to the regions (autonomous communities and municipalities) and the European employment strategy. The new legislation has been completed with the promulgation of the Royal Decree 3/2011 and the Spanish Employment Strategy 2012-2014; these reforms want to increase the efficiency of the functioning of the labour market and to improve the opportunities for joining it in order to achieve the reduction of unemployment.

This process law seeks to make the National Employment System a basic instrument to introduce modernization through active employment policies, “which complement and are related to unemployment benefit and are articulated through programmes of personalized attention for job-seekers according to their characteristics”. Active employment policy should take a preventive approach, attempting to introduce initiatives that prevent people from falling into long-term unemployment. The national and regional –including local level- public employment services in collaboration with the job-seekers concerned.

## ÍNDICE

1. LA MODERNIZACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS DE INTERMEDIACIÓN Y ORIENTACIÓN LABORAL COMO OBJETIVO PRIORITARIO PARA LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA
2. LA ADAPTACIÓN DEL MERCADO DEL TRABAJO AL TERRITORIO COMO ELEMENTO VERTEBRADOR DEL MODELO DESCENTRALIZADO DE EMPLEO
3. EL PAPEL DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO. EL PARADIGMA DANÉS EN LA DESCENTRALIZACIÓN CENTRALIZADA DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO.
4. LA PROYECCIÓN DE LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. UNA VISIÓN DESDE EL ÁMBITO LOCAL
  - 4.1. El principio de territorialización de las políticas activas de empleo como eje de las recientes reformas normativas
  - 4.2. La dimensión local de la política de empleo. Una asunción competencial impropia
  - 4.3. Un nuevo impulso a la dimensión territorial de las políticas activas de empleo. La promoción del desarrollo económico local en la nueva Estrategia Española de Empleo.
5. LA COORDINACIÓN INSTITUCIONAL. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE EMPLEO 2012-2014
  - 5.1. La participación de los Entes Locales en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico
  - 5.2. Otras fórmulas de colaboración
6. REFLEXIONES FINALES

## 1. LA MODERNIZACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS DE INTERMEDIACIÓN Y ORIENTACIÓN LABORAL COMO OBJETIVO PRIORITARIO PARA LA RECUPERACIÓN ECONÓMICA

La Encuesta de Población Activa del tercer trimestre del año 2011 cifra la tasa de paro en el 21,52%, trece puntos por encima de la existente a finales de 2007. Este nivel de desempleo, que afecta a cerca de 4.980.000 personas, constituye un coste personal y social para muchos trabajadores y supone un lastre inasumible para el crecimiento de la economía<sup>1</sup>. La consecuencia más nefasta de esta crisis económica se agrava en determinados territorios habida cuenta de la persistencia de significativos desequilibrios internos en el mercado de trabajo español; a modo de ejemplo, las tasas de empleo autonómicos oscilan entre un 39,42% (la más baja) y un 54,42% (la más elevada), mientras que las tasas de paro oscilan entre el 11,63% y el 29,76%<sup>2</sup>.

Este desalentador panorama hace imprescindible que todos los actores implicados en la gestión de las políticas activas de empleo (servicios públicos de empleo, agentes sociales y entidades privadas) puedan garantizar una atención

<sup>1</sup> EM RD Ley 1/2011, 2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas (BOE 12.2.2011)

<sup>2</sup> Un diagnóstico detallado de las tendencias del mercado de trabajo puede consultarse en el RD 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 (BOE 19.11.2011)

personalizada a los demandantes de empleo que mejore la eficacia de esta intervención<sup>3</sup>. Esta exigencia es además inescindible de una profunda revisión de los servicios públicos de empleo, máxime si tenemos en cuenta que la cuota de mercado de éstos, medida en términos de porcentaje de colocaciones gestionadas del total de colocaciones registradas en el año 2009, representa un raquíutico 2,7%<sup>4</sup>.

Esta inasumible cuota solo encuentra explicación (que no justificación) por la conjunción de tres factores :a) la creciente confianza de los empresarios en internet como método de captación de empleados asociada al crecimiento de la utilización de la red por parte de los demandantes de empleo; b) la presencia en el ámbito de la intermediación laboral de agencias privadas de colocación y de empresas de trabajo temporal que se han mostrado más ágiles a la hora de proporcionar un candidato adecuado a las demandas de los empresarios, y c) porque el perfil del usuario de los servicios públicos de empleo se caracteriza por un notable peso de los colectivos con más dificultades de inserción en el mercado de trabajo (mayores de 45 años, parados de larga duración, jóvenes con escasa cualificación), lo que indudablemente influye en la percepción que tienen los empresarios sobre las posibilidades y el lapso de tiempo necesario para cubrir las vacantes ofrecidas en los SPE.

Con el objetivo de superar esta situación y con el convencimiento de que la modernización de los servicios de empleo supondrá un punto de inflexión para la recuperación económica, en los últimos meses hemos sido testigos de diversas reformas dirigidas, de un lado, a modernizar las estructuras de intermediación y orientación laboral y, de otro, a lograr una atención más personalizada para las personas que tratan de insertarse en el mercado de trabajo.

Dicho proceso normativizador puede ordenarse en tres ejes: en primer lugar, las reformas dirigidas a regular las agencias privadas de colocación (posibilidad incorporada en la Ley 35/2010, de 17 de junio, de medidas urgentes

<sup>3</sup> Generalmente la eficacia se establece mediante la mediación de los siguientes indicadores: a) número de colocaciones gestionadas por los SPE; b) la confianza de los empresarios en el SPE (puestos ofrecidos para gestión); c) la cuota de mercado o el número de colocaciones en las que interviene activamente el SPE en relación a las colocaciones totales (colocaciones gestionadas/colocaciones totales); d) la tasa de éxito en la intermediación laboral por parte del SPE a la hora de cubrir las vacantes ofrecidas por los empresarios (colocaciones gestionadas/puestos de trabajo ofrecidos para gestión) y e) la tasa de registro medida como la proporción de empresarios que recurre al SPE como método para reclutar un candidato adecuado a las características de las vacantes que ofrecen (puestos de trabajo ofrecidos para gestión/colocaciones totales. Siguiendo en este párrafo a Alujas Ruiz, J. La eficacia del Servicio Público de Empleo en España. *Tribuna de Economía*, nº 841, marzo-abril 2008, p. 178. Vid del mismo autor El servicio público de empleo en el mercado de trabajo en España en el mercado de trabajo en España, *Cuadernos de CC .EE. y EE*, nº 53, 2007, pp. 27-51.

<sup>4</sup> Alujas Ruiz, J. A. Eficacia de los servicios públicos de empleo en los procesos de intermediación laboral, *Cuadernos de Mercado de Trabajo*, nº 6, 2011, p. 78.

para la reforma del mercado de trabajo<sup>5</sup>, y desarrollada en el RD 1796/2010, de 30 de diciembre<sup>6</sup>, siendo uno de los aspectos más novedosos de esta reforma el expreso reconocimiento del ánimo de lucro en dicha actividad<sup>7</sup>. Es cierto que la posibilidad de que estas agencias tuviesen ánimo de lucro ya se contemplaba en convenios internacionales ratificados por España (convenio 181 OIT), sin embargo dicha posibilidad no fue acogida en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, y ha tenido que ser en un contexto económico como el actual cuando el legislador ha considerado “ineludible iniciar una apertura a la colación público-privada entre los agentes que intervienen en la intermediación laboral”<sup>8</sup>, admitiendo el posible ánimo de lucro en la actividad de estas agencias, si bien garantiza que la intermediación es un servicio de carácter público con independencia de los agentes (públicos o privados) que la realicen (art. 21 LE).

Dos apreciaciones han de hacerse en relación a la técnica jurídica empleada para regular las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro; en primer lugar, se ha de recordar que la expresa admisión del lucro se normativiza a través de un RDL (posteriormente convalidado en la Ley 35/2010), y ello a pesar de que España ratificase hace más de doce años el convenio 181 OIT antes referido en el que ya se admitía esta posibilidad. Llegados a este punto, cabría plantearse si no hubiese sido más conveniente haber abordado una reforma integral de la LE que diese respuestas a las nuevas fórmulas de gestión del empleo y no incluir un aspecto de tanta trascendencia práctica como es el del ánimo de lucro de las agencias privadas de colocación en una ley transversal como es la de la reforma del mercado de trabajo.

En este sentido, consideramos que hubiese sido necesario un debate más amplio que estableciese una reflexión profunda sobre las estructuras públicas y privadas que actúan en el entramado de la política española de empleo y no ha-

<sup>5</sup> BOE 18.6.2010

<sup>6</sup> BOE 31.12.2010. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., El nuevo régimen de las agencias privadas de colocación, *RL*, nº 3, 2011, pp. 1 a 14.

<sup>7</sup> Esta regulación se enmarca además en el proceso de apertura a sujetos privados de intermediación exigida por el ordenamiento comunitario. Como es de sobra conocido, los servicios de empleo han sido en el acervo comunitario una actividad monopolizada, mediante un servicio público y gratuito, que impedía la entrada a intermediarios privados. Este monopolio fue cuestionado, de un lado, por la escasa eficacia de estos servicios (bajo porcentaje de colocaciones gestionadas y la excesiva burocracia en su planteamiento) y, de otro, porque esta regulación podía contravenir el principio de libre competencia. Prueba de ello es que existen varios pronunciamientos del TJCE que estiman la sujeción de las oficinas de colocación al derecho de la competencia y, en consecuencia, declaran ilegales las regulaciones nacionales que establecían el monopolio de los servicios públicos de colocación. STJCE Hofner y Elser (STJCE 23/4/1991, asunto C-41/1990); STJCE Job Centre II (STJCE 11/12/1997, asunto C-55/1996); STJCE Giovanni Carra (STJCE 8/6/2000, asunto C-258/98) y el Auto Monnier (ATJCE 19/6/2001, asunto C- 213/2001)

<sup>8</sup> EM RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación.

ber “despachado” dicho requerimiento mediante el recurso al Decreto Ley y el posterior desarrollo reglamentario, justificando la urgencia de la medida en la necesidad de modernizar las estructuras de intermediación. Urgencia que tras la lectura atenta de este RD Ley no se constata, máxime si tenemos en cuenta los instrumentos en los que se quiere apoyar la renovación que, como veremos, mantienen en sus elementos definitorios los rasgos ya incorporados en la LE y en su normativa de desarrollo.

Aun así, el enorme calado de la reforma de las agencias privadas de colocación es incuestionable, especialmente tras la aprobación de su desarrollo reglamentario que contempla de manera detallada las fórmulas de participación de los agentes privados en las actividades de intermediación laboral. En este sentido, el RD 1796/2010, en línea con lo establecido en la OIT, establece requisitos específicos en lo que hace al procedimiento para la concesión de la autorización para actuar como agencia de colocación.

En relación a la incidencia que esta regulación pueda tener para los Entes Locales debemos distinguir a los municipios, mancomunidades u otras estructuras administrativas como son las Diputaciones que ya actuaban como agentes colaboradores de los servicios públicos de empleo bien como agencias de colocación sin fines lucrativos, autorizadas en el marco del RD 735/1995<sup>9</sup>, bien como centros asociados de los servicios de empleo autonómicos<sup>10</sup>, de aquellos otros Entes Locales que habían impulsado servicios similares a los descritos si bien no habían obtenido la preceptiva autorización para actuar como agencia de colocación<sup>11</sup>.

Esta diferencia (servicios de empleo municipales autorizados o no autorizados) tiene una especial relevancia tras la aprobación del RD 1796/2010 ya que a las agencias de titularidad municipal que ya habían sido autorizadas, les será de aplicación lo dispuesto en la DT 1ª RD, es decir, estas agencias disponen de un plazo de seis meses para obtener la nueva autorización y podrán

<sup>9</sup> Tal es el caso del Servicio Granadino de Colocación que actúa como una agencia de colocación sin fines lucrativos, diseñada y gestionada por el Instituto Municipal de Formación y Empleo de Granada desde 1996. Está autorizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el marco del Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo, con número de registro 2.005. Estas Agencias también han sido impulsadas en las ciudades de Zaragoza, Palma de Mallorca, Cartagena, etc.

<sup>10</sup> Tal es el caso del Ayuntamiento de Paterna que ha firmado un convenio con el Servicio Valenciano de Empleo mediante el cual el Área de Promoción Económica y Empleo ha sido homologada como “Centro Asociado” para colaborar con el Centro Servef de Burjassot, con plena autorización administrativa, en el ámbito de la intermediación laboral mediante la participación en los procesos de demanda y oferta de empleo.

<sup>11</sup> Tal es el caso de la Agencia para el Empleo de Madrid, organismo autónomo local adscrito al Área de Gobierno de Economía y Empleo que tiene como finalidad, conforme establece el artículo 2 de sus Estatutos, la gestión de las políticas municipales de empleo, mediante la intermediación laboral, la orientación y formación de los desempleados y trabajadores, y el fomento del empleo estable y de calidad. B.O.C.M. núm. 154/2004, de 30 de junio.

constituirse además como entidades colaboradores de los servicios públicos de empleo (art 16 RD). Esta colaboración les permitirá además recibir una financiación de los servicios públicos de empleo mediante la suscripción del convenio de colaboración que les supondrá un marco presupuestario estable.

Más dudas plantea el encaje normativo de las agencias o servicios de empleo municipales que no estaban autorizados por el servicio público de empleo competente. Dada la consideración de la intermediación laboral como servicio de carácter público (art. 20.3 LE en la nueva redacción dada por la Ley 35/2010), todas las personas físicas o jurídicas, incluidos los ayuntamientos, que realicen dicha actividad tendrán que obtener la preceptiva autorización, so pena de incurrir en una infracción muy grave tipificada en la LISOS<sup>12</sup>.

Finalmente en el hipotético caso –poco probable en la práctica– de que alguna de estas agencias municipales se constituyese con ánimo de lucro, tendrían que contar con un presupuesto propio (el RD establece que al menos un 40% de su actividad habrá de realizarse con fondos no provenientes de los servicios públicos de empleo). Esta limitación presupuestaria trata de evitar que las agencias de colocación con fines lucrativos sólo desarrollen actividades financiadas con fondos públicos.

El segundo eje en las reformas se vertebra sobre la necesidad de lograr una mayor conexión entre políticas activas y pasivas de empleo al tiempo que garantizar una mejor atención a los trabajadores que buscan un empleo (RD Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo)<sup>13</sup>. Esta exigencia tiene su origen en el Acuerdo Social y Económico para el Crecimiento, el Empleo y la Garantía de las Pensiones en el que se institucionalizó un “catálogo de servicios a la ciudadanía” que garantizará en todo el Estado el acceso en condiciones de igualdad a un servicio público y gratuito de empleo.

Este sistema se sustenta en un modelo de atención personalizada a las personas en situación de desempleo basado en un itinerario individual y personalizado de empleo; el citado itinerario se materializará en un Acuerdo Personal de Empleo (APE) por el cual la persona beneficiaria del itinerario se comprometerá a su participación activa en las acciones para la mejora de su empleabilidad y de búsqueda activa de empleo o puesta en marcha de una iniciativa empresarial, y el servicio público de empleo a la asignación y segui-

<sup>12</sup> El art. 16.1 LISOS establece como infracción muy grave “Ejercer actividades de intermediación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tengan por objeto la colocación de trabajadores sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa o exigir a los trabajadores precio o contraprestación por los servicios prestados”.

<sup>13</sup> BOE 19.2.2011.

miento de dichas acciones.<sup>14</sup> Para lograr este objetivo se aúna el compromiso de contratación de 1500 promotores de empleo que se sumarían a los 1500 orientadores laborales contratados desde 2008 al tiempo que se insta a ir aumentando gradualmente el número de efectivos de los SPE hasta “converger” con la ratio media personal empleado/población beneficiaria que tienen los países de nuestro entorno.

Este objetivo es ambicioso pues teniendo como datos de contraste los últimos presentados por diferentes EM en 2007 y, por tanto, con una tasa de desempleo significativamente más reducida que la actual, España se situaba a la cola de los países en relación a los indicadores medidos como muestra el siguiente cuadro<sup>15</sup>:

Países	Activos en miles	Parados	“Efectivos” totales	“Efectivos” x 1000 personas	“Efectivos” x 1000 desempleados
Alemania	41.628	4.148,60	74.009	1,8	17,4
Francia	27.604	2.431,20	27.118	1	11,2
Reino Unido	30.573	1.641,70	70.407	2,3	42,9
Bélgica	4.647	383,2	6.470	1,4	16,9
Irlanda	2.131,6	93	530	0,2	5,7
Portugal	5.587,3	428	3.839	0,7	9
Finlandia	2.648	204,4	3.700	1,4	18,1
Suecia	4.766,2	336,8	11.206	2,4	33,3
Dinamarca	2.919,1	113,8	6.400	2,2	56,2
Holanda	8.596,6	335,7	4.176	0,5	12,4
Estonia	686,8	40,5	289	0,4	7,1
Letonia	1.166,6	79,5	679	0,6	8,5
Hungría	4.245,7	316,7	3.500	0,8	11,1
<i>Media</i>	171.900	13,382	232.609	1,4	17,4
<b>ESPAÑA</b>	<b>21.584</b>	<b>1.837,1</b>	<b>7.996</b>	<b>0,4</b>	<b>4,4</b>

Es cierto que el número de personas contratadas en España por los SPE ha aumentado significativamente en estos últimos 4 años hasta situarse (con datos de septiembre de 2010) en 22.256 efectivos pero habida cuenta que el nivel de desempleo se ha duplicado respecto a los datos de 2007, el ratio se mantiene más o menos estable, y es claramente insuficiente. Además compartimos que el incremento en el número de empleados públicos no es por sí mismo un elemento suficiente para la ansiada modernización de los servicios de empleo

<sup>14</sup> Este es el compromiso que alcanzaron los agentes sociales y que el Gobierno incorporó en la Ley de Empleo mediante la adición de un nuevo Capítulo I al Título I Bis de la Ley de Empleo. Vid RD-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas (BOE 12.2.2011).

<sup>15</sup> Siguiendo este epígrafe a Molina Navarrete, C; De la Casa Segura, S; Valecillo, R. Empleo a tiempo parcial y temporal, “reciclaje” profesional e “itinerarios personalizados de empleo”: ¿modernizarse haciendo siempre lo mismo?”. *CEF. RTSS*, nº 336, 2011, p. 162.

sino que esta exigencia sólo será atendida cuando se ofrezca a los usuarios del servicio (demandantes de empleo, trabajadores y empresas) un servicio eficaz de atención directa, prospección integral de mercados y asesoramiento continuado.

Sin perjuicio de lo anterior, la necesidad de fortalecer y adaptar la actuación de los SPE (tanto el estatal como los autonómicos) a los nuevos requerimientos derivados de los compromisos contenidos en el RDL 3/2011, supone un nuevo marco normativo en lo que hace al funcionamiento de este servicio público y cuyo fundamento último es el de garantizar un tratamiento individualizado y especializado en la atención que se dispensa a todos los usuarios. Este nuevo marco de actuación (que lamentablemente no puede ser analizado con exhaustividad en el presente trabajo<sup>16</sup>) pivota sobre la conjunción de los siguientes elementos que deberán servir de referencia para la elaboración del Plan Estratégico de los Servicios Públicos de Empleo:

Modelo de servicios y tratamiento individualizado	Itinerario individualizado y personalizado de empleo
Servicios a las empresas	Colaboración público-privada
Fortalecimiento y modernización de los Servicios Públicos de Empleo y uso de la administración electrónica	Integridad y compatibilidad de la información común del Sistema Nacional de Empleo
Colectivos prioritarios	Garantía de calidad de los servicios
Transversalidad en las medidas de políticas activas de empleo	Mayor relación entre las políticas activas de empleo y de protección frente al desempleo

El tercer eje de las reformas de las políticas activas de empleo persigue avanzar en la territorialización de mismas con el convencimiento de que el principio de adecuación de las políticas a las características específicas de cada territorio es un elemento esencial para su éxito. En este sentido, la propia EM del RDL 3/2011 reconoce que la identificación de los diferentes ámbitos de las políticas activas de empleo se habrá de cubrir por las Comunidades Autónomas “con las actuaciones y medidas que ellas mismas establezca según las necesidades y circunstancias específicas de sus respectivos territorios”. Este objetivo ha sido reiterado en el RDL 14/2011, de 16 de septiembre, de medidas complementarias en materia de políticas de empleo y de regulación del régimen de actividad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado<sup>17</sup>.

Bajo esta perspectiva, el RD1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, profundiza en este principio al establecer “un nuevo marco de relación” entre el servicio público de

<sup>16</sup> Vid, con profundidad el epígrafe 4 “Marco de actuación de los Servicios Públicos de Empleo en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo”, RD 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 (BOE 19.11.2011)

<sup>17</sup> BOE 20.9.2011.

empleo estatal y los autonómicos, y expresamente recuerda “las diferencias territoriales que caracterizan al mercado de trabajo español”.

Prueba de ello es que la EEE se concibe como un instrumento dirigido a la vertebración y eficiencia de la política del empleo y del funcionamiento del sistema nacional de empleo; este nuevo marco de relación está basado en un criterio de corresponsabilidad entre los distintos Servicios Públicos de Empleo para la consecución de los objetivos de política de empleo del Estado y de la Unión Europea, dotando de un margen amplio de flexibilidad a cada territorio para que adapte esta estrategia a sus concretas características.

El presente artículo se centrará en este último aspecto, y para ello abordará cuál es el modelo competencial en materia de políticas activas y el alcance de la asunción por los Entes Locales de determinadas competencias en materia de empleo. Somos conscientes de que en los últimos meses hemos sido testigos de un debate poco sosegado en relación a las necesidades de supresión de entes locales o su posible unificación (agravado por la delicada situación económica de muchos ayuntamientos) que ha forzado a muchos alcaldes a plantear la necesidad de debatir si determinadas competencias (asumidas muchas veces de manera impropia) tendrían que ser devueltas a las Comunidades Autónomas.

La generalizada rebaja de ingresos en las arcas municipales y la paralización del nuevo modelo de financiación local ha situado a los entes locales en una posición muy delicada si bien convendremos que la necesidad de avanzar en la territorialización de las políticas de empleo solo podrá ser asumida con garantías si se apuesta, de un lado, por fórmulas novedosas en lo que hace a la gestión de las políticas activas y, de otro, si se incorpora de manera efectiva a los Entes Locales en esta tarea. A mayor abundamiento, el apartado 3 del nuevo art. 4 Bis LE expresamente establece la necesidad de que la Estrategia Española de Empleo refleje de la “forma más completa todas las políticas activas de empleo que se desarrollen en el conjunto del Estado”, y esta información no puede limitarse al “ámbito orgánico de los Servicios Públicos de Empleo (aunque sean éstos los principales responsables de su impulso y actuación) sino que deberá alcanzar también al resto de actores de la política activa de empleo, públicos y privados, procurando la complementariedad de sus capacidades”<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> RD 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014.

## 2. LA ADAPTACIÓN DEL MERCADO DEL TRABAJO AL TERRITORIO COMO ELEMENTO VERTEBRADOR DEL MODELO DESCENTRALIZADO DE EMPLEO

El empleo o más concretamente su ausencia supone unas de las mayores dificultades que puede tener una persona a lo largo de su trayectoria vital. Con esta premisa, cualquier análisis que se haga sobre la distribución competencial en materia de empleo debe hacerse pivotar sobre una doble perspectiva: en primer lugar, es necesario que se establezca un sistema articulado para vertebrar las actuaciones impulsadas por las distintas Administraciones implicadas (europea, estatal, autonómica y local) y, en segundo lugar, se ha de tener presente que el ciudadano suele acudir prioritariamente a la Administración más cercana<sup>19</sup>, incluso aunque no exista una base competencial para ello.

Como es de sobra conocido, en los últimos años los municipios han canalizado un número creciente de demandas políticas y económicas, y han desarrollado iniciativas novedosas destinadas a ofrecer nuevas respuestas a los problemas de la colectividad; sin embargo, el encaje legal de estas actuaciones en el entramado institucional que compone el Sistema Nacional de Empleo es deficitario<sup>20</sup>. La única referencia a los Entes Locales en este ámbito se contiene en el art. 4 LE cuando establece que “las políticas de empleo, en su diseño y modelo de gestión, deberán tener en cuenta su dimensión local para ajustarlas a las necesidades del territorio, de manera que favorezcan y apoyen las iniciativas de generación de empleo en el ámbito local”.

El escaso papel asignado a los Entes Locales dentro de la Estrategia Española de Empleo se constata de forma muy sintomática en la propia EM del RDL 3/2011 cuando señala que “mejorar la situación del empleo en nuestro país constituye un objetivo compartido por el Gobierno, las Comunidades Autónomas y los interlocutores sociales”. Sin embargo, el empleo es una materia donde la máxima de pensar globalmente y actuar localmente<sup>21</sup> tiene pleno

<sup>19</sup> Geffre, X. *Descentralizar en favor del empleo*. Madrid: MTAS, 1990, p. 25.

<sup>20</sup> Mercader Uguina, J. R. El marco competencial de los Ayuntamientos en materia de empleo. En el *I Seminario sobre políticas de empleo en el Municipio. De lo global a lo local*, organizado por la Agencia para el Empleo del Ayuntamiento de Madrid, Madrid, 13 de noviembre de 2006.

<sup>21</sup> La dinámica globalización-localización puede observarse desde dos perspectivas, perfectamente reflejadas en las palabras de Daniel Bell: “El Estado-nación es demasiado pequeño para los grandes problemas de la vida y demasiado grande para los pequeños problemas de cada día”. En la primera parte de su afirmación, Daniel Bell se refiere al impacto de la globalización sobre unos Estados-nación que se ven superados por la creciente importancia de los asuntos supranacionales. Pero la parte que más nos interesa de la afirmación de Daniel Bell es la segunda, pues permite intuir que algunos de los problemas que sufrimos-entre los “pequeños problemas de cada día” podrían ser resueltos con mayor éxito en un nivel infraestatal; es decir, en el ámbito local. Brugué, Q; Gomá, R. *Gobiernos locales y políticas públicas. Bienestar social, promoción económica y territorio*. Barcelona: Ariel, 1998, p. 118.

sentido: en el ámbito municipal se identifican de forma precisa las necesidades sociales y de empleo de un territorio al tiempo que se agilizan las respuestas para atender estas demandas. Este objetivo es compartido por las instancias comunitarias desde donde se refuerza la idea de avanzar en la territorialización de las políticas de empleo.

Una mayor intervención de los Entes Locales en la gestión de las políticas activas de empleo tendría que ser simplemente justificada porque es en este ámbito donde existe un conocimiento de primera mano y sin distorsiones de los problemas de cada territorio<sup>22</sup>. Obviamente las necesidades de actuación pueden ser coincidentes en varios municipios limítrofes habida cuenta de que las referencias a los Entes Locales obedece al diseño administrativo contenido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, y que en su propia definición puede generar ineficacias.

La propia EM de aquella Ley, consciente de este riesgo, ya señalaba que “la autonomía local no puede definirse de forma unidimensional desde el puro objetivismo localista o regionalista, sino que requiere ser situada en el marco del ordenamiento integral del Estado. La dificultad específica de ese objetivo radica en que éste no es único y homogéneo, sino constituido por la acción simultánea de los principios de unidad y autonomía de las nacionalidades y regiones, que encuentran su expresión organizativa en la distribución del poder entre las instituciones generales de la Nación y las Comunidades Autónomas”. Y, en este sentido, en el presente trabajo la referencia a los Entes Locales no se circunscribe exclusivamente a los municipios (art. 1 Ley 7/1985) sino que incorpora también el estudio de otras entidades locales reguladas en el art. 42 Ley 7/1985, básicamente comarcas u otras entidades que agrupen a diversos municipios que podrán ser impulsadas por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivos Estatutos, siempre que sus características determinen intereses comunes precisados de una gestión propia o demanden la prestación de servicios de dicho ámbito. La iniciativa para la creación de una comarca podrá partir de los propios municipios interesados si bien será en las leyes de las Comunidades Autónomas donde se determinarán su ámbito territorial, la composición y el funcionamiento de sus órganos de gobierno que serán representativos de los Ayuntamientos que agrupen, así como las competencias y recursos económicos que, en todo caso, se les asignen.

<sup>22</sup> En este sentido, Salas Porras, M., *El servicio público de empleo y el proceso de colocación*. Sevilla: CARL, 2010, p. 180.

### 3. EL PAPEL DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO. EL PARADIGMA DANÉS EN LA DESCENTRALIZACIÓN CENTRALIZADA DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

Un aspecto clave para asegurar la vertebración de este modelo coordinado de empleo en el que intervienen cuatro administraciones -comunitaria, estatal, autonómica y local- pasa por asegurar la centralización de la información y la coordinación de la estrategia pero descentralizar la prestación de servicios. Pero este objetivo, compartido por todas las administraciones implicadas, no ha podido evitarla ralentización en el cumplimiento de los compromisos acordados en la Estrategia de Lisboa en lo que hace a las tasas de empleo de la UE.

Este contexto económico adverso ha obligado a la Comisión a acometer una serie de reformas en torno a dos tareas: producir un crecimiento más fuerte y más duradero y crear más empleo y de mejor calidad<sup>23</sup>, enmarcadas en una nueva estrategia política para el crecimiento en Europa: «Europa 2020»<sup>24</sup>. La aplicación de esta Estrategia renovada se efectúa con las Directrices comunitarias, económicas y de empleo, que deberán orientar las políticas de los Estados Miembros<sup>25</sup> y, a nivel nacional, con los Programas Nacionales de Reforma. Estas directrices fijan objetivos concretos, cuya realización es supervisada periódicamente conforme a un procedimiento común de evaluación de los resultados y efectos para los Estados y sus destinatarios, respetando el principio de subsidiariedad y las competencias de los Estados miembros, incluidas las de sus entidades regionales, en materia de empleo<sup>26</sup>.

Este modelo atribuye a la Unión Europea la definición de la política de empleo y la articulación de las prioridades, es decir, la planificación, la coordinación y el control de las políticas de empleo nacionales, mientras que a los Estados Miembros se le asigna el control de los resultados finales, y a las regiones y a los Entes Locales (municipios, mancomunidades) se les adjudica la responsabilidad de la aplicación de tales políticas en su ámbito concreto<sup>27</sup>. Posteriormente cada Estado elabora con una periodicidad anual un informe de

<sup>23</sup> Comunicación al Consejo Europeo de Primavera - Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo - Relanzamiento de la estrategia de Lisboa - Comunicación del Presidente Barroso de común acuerdo con el Vicepresidente Verheugen {SEC(2005) 192}

<sup>24</sup> Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, denominada «Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» [COM(2010) 2020 final]

<sup>25</sup> Decisión 2008/618/CE del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros (2008-2010).

<sup>26</sup> Colina Robledo, M. La consolidación y el relanzamiento de la estrategia de Lisboa. Más Europa, más empleo y más cohesión social. La cumbre social y el Consejo Europeo de Barcelona. *RMTAS*, n° 42, 2003, p. 27.

<sup>27</sup> En los mismos términos Quesada Segura, R. La política de empleo andaluza y su integración en el marco europeo nacional, *TL*, n° 100, 2009, p. 830.

aplicación de su PNR donde analiza los niveles de cumplimiento de cada Directriz; teniendo en cuenta estos informes, la Comisión y el Consejo presentan el Informe Conjunto de Empleo<sup>28</sup>.

Este procedimiento, diseñado en el art. 128 TCE, supone la coordinación de las políticas de empleo mediante la definición para toda la Unión, de unas directrices, basadas en un análisis común de la situación y de los ejes generales de la política que deberán llevarse a cabo para reducir el desempleo de manera duradera, y aunque este diseño institucional es sumamente satisfactorio en lo relativo a la coordinación de las políticas de empleo presenta una notable carencia al no incorporar de manera suficiente la dimensión regional y local de la política de empleo. Es cierto que el art. 129 TEU reconoce a los gobiernos subestatales, es decir, local y regional, competencias consultivas –mediante su participación en el Comité de Regiones–, pero compartimos que el modelo europeo que diseña el artículo 128 TEU se basa en un sistema dirigista y unidireccional donde “las orientaciones, las experiencias y las buenas prácticas fluyen en una sola dirección, a modo de recetas, desde la Comisión o los gobiernos de los Estados miembros hacia las regiones y los ámbitos locales, sin que las experiencias positivas que se ensayan con éxito en estos niveles contribuyan suficientemente a enriquecer el modelo comunitario”<sup>29</sup>.

No obstante lo anterior, desde hace algunos años se observa una nueva orientación en esta materia y las instituciones comunitarias han asumido un planteamiento descentralizado, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, y en la base de esta afirmación está el convencimiento de que los objetivos marcados en política de empleo no podrán conseguirse sin una mayor participación de todas las Administraciones implicadas<sup>30</sup>. Para ello se han adoptado numerosas iniciativas que insisten en que la participación de los agentes locales y regionales es un elemento decisivo en el éxito de la estrategia europea de empleo<sup>31</sup>; así, la comunicación relativa al “Fortalecimiento de la dimensión local de la estrategia europea del empleo” señala que la dimensión local puede

<sup>28</sup> Puede consultarse el Borrador del Informe Conjunto para el año 2011: [http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/3\\_es\\_annexe\\_part1.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/3_es_annexe_part1.pdf)

<sup>29</sup> Cabeza Pereiro, J. Estrategia Europea, Estado Autonómico y Política de Empleo. XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Murcia: Laborum, 2007, p. 44.

<sup>30</sup> COM (2001) 629 final, 6.11.2001 “Fortalecimiento de la dimensión local de la estrategia europea del empleo”, p. 10.

<sup>31</sup> A título meramente ilustrativo, se han publicado varias Comunicaciones que destacan el papel de las iniciativas locales de empleo, de forma cronológica: COM (1995) 273 final, 13.6.1995 “Estrategia europea de estímulo a las iniciativas locales de desarrollo y empleo”; COM (2000) 196 final, 7.4.2000 “Actuación local en favor del empleo- una dimensión local para la estrategia europea del empleo”, COM (2001) 629 final, 6.11.2001 “Fortalecimiento de la dimensión local de la estrategia europea del empleo”, y recientemente, en un marco más amplio sobre política de cohesión y de ciudades, COM (2006) 385 final, 13.7.2006 “Política de cohesión y ciudades: la contribución urbana del crecimiento económica y el empleo en las regiones”.

contribuir a la consecución de otros objetivos comunitarios, tales como un crecimiento económico sostenible o la cohesión social, y, en el mismo sentido, se pronuncia el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la aplicación y futuro de la Estrategia Europea de Empleo<sup>32</sup>.

A nuestro juicio, la contribución decisiva de los municipios en las acciones prospectivas y estratégicas en materia de empleo ha de tener un reconocimiento expreso en la legislación<sup>33</sup>. La experiencia atesorada por el nivel municipal en el diseño y, especialmente, en la ejecución de programas e iniciativas comunitarias en proyectos de desarrollo económico y social abre la puerta a una intervención mayor en la elaboración y aplicación de políticas activas de empleo en sus territorios, canalizadas en torno a dos ejes: uno vertical, mejorando la integración de las estrategias y acciones en todos los niveles (comunitario, nacional, regional y local), y otro horizontal a través de las “Estrategias Locales de Empleo” que podemos definir como un conjunto integrado de medidas y un plan de acción en el que se identifica un ámbito de actuación dirigido a detectar oportunidades de empleo en ese territorio.

Esta descentralización en la gestión de las políticas activas de empleo no es además un fenómeno reciente sino que cuenta con una trayectoria dilatada en varios Estados Miembros como constata un informe elaborado por la OECD en el año 2007<sup>34</sup>. El marcado carácter localista de muchas de las políticas activas de empleo y el tipo de actuaciones que en este ámbito se promueven favorece una mayor eficiencia si son los municipios los encargados de asumir la ejecución de estas políticas<sup>35</sup>. Paradigma de esta afirmación es el modelo danés; la asunción competencial por los municipios de las políticas activas de empleo fue diseñada con un ámbito subjetivo limitado puesto que estaba dirigido a los demandantes de empleo que fuesen simultáneamente usuarios de algún programa de servicios sociales gestionado desde el ámbito local<sup>36</sup>. Esta legislación se modificó en el año 2009 cuando el Gobierno adoptó la decisión de reconocer la competencia municipal de los servicios públicos de empleo

<sup>32</sup> DOUE 10.10.2003. En la misma dirección, Comunicación (2002) 416 final, 17.7.2002 “Balance de cinco años de aplicación de la Estrategia Europea de Empleo”, p. 33

<sup>33</sup> “Los entes locales y las regionales han de desempeñar un papel y asumir una responsabilidad esencial en la elaboración y aplicación de la estrategia de empleo”, Dictamen del Comité de las Regiones sobre “La política de cohesión y las ciudades: contribución urbana al crecimiento y al empleo en las regiones”. DOUE 29.8.2006, Recomendación 3.15.

<sup>34</sup> OECD, Decentralization and Co-ordination: The Twin Challenges of Labour Market Policy, 2007. <http://www.oecd.org/dataoecd/34/55/40917889.pdf>

<sup>35</sup> COM (2001) 629 final, 6.11.2001 “Fortalecimiento de la dimensión local de la estrategia europea del empleo” p. 19.

<sup>36</sup> BREDGAARD, T; LARSEN, F., Redesigning the governance of the employment policies. Decentralised centralization in municipal jobcentres. VAN BERKEL, R; LARSEN, F. (Eds). *The new governance and implementation of labour market policies*. Copenhagen: DJoF Publishing Copenhagen, 2009, p. 54,

con carácter universal, de suerte que se dota a los municipios de una infraestructura y medios económicos estables al tiempo que se elimina la distinción entre usuarios del servicio municipal y aquellos otros que eran atendidos por el Servicio Estatal de Empleo (por estar cubiertos por el sistema contributivo).

Habida cuenta que no es infrecuente que los demandantes de empleo sean de forma simultánea usuarios de alguno de los programas de servicios sociales gestionados desde el ámbito municipal<sup>37</sup>, tanto en Alemania<sup>38</sup> como en Holanda se vincula la participación en alguna oferta formativa gestionada por los Entes Locales con la percepción de una renta de inserción.

Por el contrario, en el ordenamiento italiano el papel de los municipios en la gestión de las políticas activas de empleo está bastante más limitado y todas las competencias asumidas por los Entes Locales derivan de un previo reconocimiento por la administración regional si bien los ayuntamientos pueden crear, como en España, agencias públicas de colocación que actúan como entidades colaboradoras del servicio de empleo. Este modelo se asemeja al previsto en nuestro ordenamiento en tanto que el Estado sigue siendo el responsable de la coordinación de las políticas activas de empleo pero en su configuración está presente la descentralización competencial y la dimensión territorial de la política de empleo.

La traducción en clave de servicio de empleo de esta situación constitucional da como resultado un esquema organizativo con tres niveles institucionales: el estatal, el regional y el provincial, y un cuadro de reparto de competencias entre Regiones, Provincias y Entes Locales que se asienta en el denominado “principio de integración de los servicios”. Conforme a este principio se responsabiliza a las Regiones de la implementación de todo el sistema nacional de empleo, puesto que ellas son las encargadas de velar por la efectiva transferencia de competencias a Provincias y Entes locales<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> En España la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de Abril, estipula que la prestación de los Servicios Sociales y de reinserción social es competencia municipal y obligatoria para los municipios mayores de 20.000 habitantes.(BOE 3.4.1985)

<sup>38</sup> En Alemania se ha reconocido la percepción de una renta básica a los demandantes de empleo (German Basic Income Support for Jobseekers) que se integren en un programa de formación gestionada a nivel local (municipios y mancomunidades). Mosley, H. Decentralization and local flexibility in employment service. Van Berkel, R; Larsen, F. (Eds). *The new governance and implementation of labour market policies*. Op. cit., p. 37. Sobre este modelo y las posibilidades de actuación coordinada entre los municipios y los Landers mediante la creación de consorcios. Véase en la misma obra el trabajo de Brusing, M; Knuth, M. Alternative styles and roles for local government in Implementing activation policies in Germany, pp. 76 y ss

<sup>39</sup> Salas Porras, M. *El servicio público de empleo y el proceso jurídico de colocación*. Op. cit., p. 118

#### 4. LA PROYECCIÓN DE LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. UNA VISIÓN DESDE EL ÁMBITO LOCAL<sup>40</sup>

En España el art. 40.1 CE encarga a los poderes públicos una “política orientada al pleno empleo” pero la falta de una declaración expresa sobre el ámbito competencial del empleo en la Carta Magna ha propiciado que sea la jurisprudencia constitucional la que haya sentado las bases sobre la necesaria diferenciación que debe hacerse entre la “legislación laboral”, competencia exclusiva del Estado, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas- art. 149.1 7 CE-, y el “empleo”. Como es de sobra conocido, la doctrina constitucional asumió una acepción amplia del término “política de empleo” al entender que responde a una realidad poliédrica que contempla aspectos laborales, económicos y sociales<sup>41</sup>, y por ello todas las CCAA han incorporado en sus respectivos Estatutos de Autonomía la ejecución de la legislación laboral (art. 149.1 7 CE) al tiempo que se ha materializado el traspaso de funciones en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación profesional que realiza el Servicio Público de Empleo Estatal<sup>42</sup>. De otro lado, el art. 148.1.13 CE ofrece a las Comunidades Autónomas la facultad de auto atribuirse, por medio de sus Estatutos de Autonomía, competencias sobre el “fomento de desarrollo económico de la Comunidad Autónoma, dentro de los objetivos marcados en la política económica nacional”, y este precepto ha facultado a todas las Comunidades Autónomas a impulsar acciones de fomento dirigidas a incrementar el empleo en sus respectivos territorios de muy diversa

<sup>40</sup> Me permito remitir a Nieto Rojas, Algunas reflexiones sobre las competencias de los Entes Locales en materia de empleo. Un modelo en construcción. AAVV. *Estrategia europea de empleo, Estado autonómico y política de empleo. Actas XVIII Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, pp. 491-509.

<sup>41</sup> Un elemento de carácter material es la identificación de que se entiende por laboral, el FJ 4º STC 195/1996 señala que: “La CE no incluye el empleo entre las materias enumeradas en los arts. 148.1 y 149.1 CE. Tampoco aparecen ni el empleo ni el desempleo en las cláusulas de asunción de competencias del estatuto Vasco, pero el art. 9.2c) manda a los poderes públicos adoptar medidas que tienden a fomentar el incremento del empleo aunque no cabe entender que este artículo presuponga que la CCAA goce de competencia en las materias reguladas en la legislación de empleo (...) La colocación, fomento del empleo, formación profesional ocupacional son “estadios previos” al contrato de trabajo o relación laboral, que deben o pueden preceder a ésta, cuya constitución en todo caso favorecen. Las leyes laborales regulan todos los estadios previos (por ejemplo, arts 12.5, 16.1 y 17.3 ET) que, desde el punto de vista constitucional, han de encuadrarse en la norma de competencia del art. 149.1 7 ET- Legislación laboral”.

<sup>42</sup> La última CCAA fue el País Vasco que ha asumido estas competencias mediante el RD 1441/2010, de 5 de noviembre, sobre traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de ejecución de la legislación laboral en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación profesional para el empleo, que realiza el Servicio Público de Empleo Estatal (BOE 16.11.2010). En Ceuta y Melilla es competente en su territorio el SPEE.

índole: subvenciones específicas para contratación de desempleados, programas de capacitación y formación; etc. Esta misma amplitud y que el empleo pueda ser subsumido en diferentes títulos competenciales ha favorecido el impulso de iniciativas en materia de empleo desde todas las Administraciones, incluida la local.

En este sentido, es sintomático que en el Informe Anual de Progreso 2009 del Programa Nacional de Reformas elaborado por el Gobierno español<sup>43</sup>, con las contribuciones de las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y las Ciudades con Estatuto de Autonomía de Ceuta y Melilla, se establezca de manera detallada un Anexo que resume las principales políticas activas de empleo ejecutadas en el ámbito local estructuradas en torno a cinco ejes: intervenciones de los servicios locales de empleo en materia de intermediación laboral; formación profesional; estímulos a la contratación; medidas de inserción laboral y medidas de apoyo a la iniciativa empresarial..

Desde esta perspectiva, el informe antes referido muestra diferentes acciones de estímulo de desarrollo local, de fomento del empleo y de formación ejecutadas por los Entes Locales, y ello a pesar que esta asunción competencial plantea diversos problemas tanto en relación a su desarrollo práctico –condicionado en buena medida por los recursos disponibles<sup>44</sup> como por el deficiente encaje legal de las actuaciones en materia de empleo impulsadas desde el ámbito municipal pues, como veremos, ni la LBRL ni la LE reconocen competencias en materia de empleo a los Entes Locales. A esta dificultad hay que unir la notable heterogeneidad de la Administración Local lo que complica notablemente el análisis; mientras que la Administración autonómica se perfila como un ámbito relativamente delimitado y acotado, la Administración local constituye una realidad extraordinariamente atomizada y diversa, como pone claramente de manifiesto el dato de que en torno al 86% de los municipios actualmente existentes cuenta con menos de 5.000 habitantes.

#### **4.1. El principio de territorialización de las políticas activas de empleo como eje de las recientes reformas normativas**

El principio de pluralismo político territorial reconocido en la CE como base de la organización del Estado Español (arts 2 y 137 CE) implica indefectiblemente que el ordenamiento jurídico local se sostiene en la gestión autónoma

<sup>43</sup> Anexo I.V “El papel de las corporaciones locales en la dinamización del empleo”. Puede consultarse el Informe para el año 2009 en el siguiente enlace:

[http://www.mtin.es/es/sec\\_trabajo/debes\\_saber/pnr/Informe\\_Anuar2009\\_PNR.pdf](http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/debes_saber/pnr/Informe_Anuar2009_PNR.pdf)

<sup>44</sup> Aragón, J; Rocha, F. La dimensión territorial de las políticas de fomento de empleo en España. Fundación 1º de mayo, 2003, p. 12.

de sus intereses propios. Sin embargo el texto constitucional no establece una enumeración de competencias concretas y exclusivas de los Entes Locales<sup>45</sup> sino que el desarrollo de la autonomía local se materializó en el art. 2.1 de la Ley 7/1985 en el que expresamente se señala que “para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas (...) deberá asegurar a los Municipios su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública que se trate y la capacidad de gestión de la Entidad Local”.

La LBRL no ofrece una lista formal de competencias locales, limitándose a una remisión a las leyes sectoriales, si bien el art. 25.1 reconoce a los Entes Locales una genérica capacidad para promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal<sup>46</sup>. Con este marco normativo, las Entidades Locales han transitado en poco más de un cuarto de siglo de la prestación de los servicios básicos contemplados en la LBRL (alumbrado público, saneamiento, abastecimiento de agua potable y pavimentación) a la prestación de servicios colectivos (cultura, deportes, salud, educación, etc.) y al desarrollo de los servicios personalizados e individualizados al ciudadano<sup>47</sup>.

Ahora bien del análisis de la CE y de la LBRL no se deduce que las Entidades Locales tengan atribuida ningún tipo de competencia en materia de empleo. Sin embargo tanto el empleo como la promoción económica son asuntos que afectan directamente a los intereses propios de los Entes Locales, por lo que, de acuerdo, con lo establecido en el art. 2 LBRL, la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas debería atribuirles competencias, de conformidad con los principios de descentralización y máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos. El notable avance producido en la configuración del Estado de las Autonomías no ha tenido un reflejo equivalente en el siguiente escalón, es decir, en la Administración Local.

<sup>45</sup> A pesar de lo anterior, el TC tempranamente afirmó que la autonomía municipal implica la necesaria participación de los Entes Locales en el gobierno y administración de cuantos asuntos les atañen. STC 32/1981, de 28 de julio

<sup>46</sup> El art. 3.1 de la Carta Europea Autonomía Local, de 15.10.1985, ratificada por España con fecha 20.01.1988, reconoce “el derecho y la capacidad efectiva de los entes locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes”.

<sup>47</sup> Díaz-Cacho Campillo, L. El nuevo papel de los municipios. [www.feprodol.org](http://www.feprodol.org)

## 4.2. La dimensión local de la política de empleo. Una asunción competencial impropia

La aprobación de la LE fue la respuesta normativa a los cambios en el entorno político e institucional; el método tradicional de gestión estatal del mercado de trabajo había dado paso a planteamientos más descentralizados con transferencias de funciones y servicios para la ejecución de las políticas activas de empleo a las Comunidades Autónomas. Esta realidad preexistente condicionó la originalidad y el alcance del modelo diseñado en la LE en lo que hace a la distribución competencial de las políticas de empleo<sup>48</sup>, si bien dicha norma sí que incorporó una novedad al reconocer en su art. 4 que “las políticas de empleo en su diseño y modelo de gestión deberán tener en cuenta su dimensión local para ajustarlas a las necesidades del territorio, de manera que favorezcan y apoyen iniciativas de generación de empleo en el ámbito local” al tiempo que recordaba que las políticas activas de empleo deberían adecuarse a los requerimientos de los “respectivos mercados de trabajo” (art. 23 LE).

Este principio de adecuación de las políticas activas de empleo a las características del territorio, teniendo en cuenta la realidad del mercado de trabajo y las peculiaridades de cada Comunidad Autónoma se ha reiterado en los recientes RDL 3 y 14/2011 en los que se insta a “incrementar la colaboración entre las Administraciones Públicas”, y a “mejorar la eficacia de las políticas activas de empleo y favorecer su adaptación a las características del territorio”. En este sentido, la Estrategia Española de Empleo recientemente aprobada recuerda que “el enfoque local es un marco idóneo para la detección y aprovechamiento de las nuevas posibilidades productivas no explotadas todavía, por lo que resulta imprescindible impulsar y gestionar en él actuaciones que tengan por objeto la creación de empleo y la actividad empresarial”<sup>49</sup>.

Esta apuesta por la descentralización de la política de empleo es también una clara prueba de cómo la legislación española se ha hecho eco de la creciente importancia que en la esfera comunitaria se atribuía a la dimensión territorial de la política de empleo<sup>50</sup>. De hecho fue la propia Estrategia Europea de Empleo la que condicionó al legislador español al establecer que las políticas de empleo en su diseño y modelo de gestión han de tener en cuenta la

<sup>48</sup> Montoya Melgar, Cristóbal Roncero, R., *Comentario a la Ley de Empleo. Ley 56/2003, de 16 de diciembre*. Navarra: Civitas, 2004, p. 15 [Ciertamente la preexistencia de servicios de empleo de las Comunidades Autónomas y la anticipación de las transferencias a éstas, han podido crear dificultades adicionales al proceso de integración del nuevo Sistema Nacional de Empleo que nace cuando ya están implantados tales servicios y realizadas dichas transferencias].

<sup>49</sup> 4.4 Perspectiva territorial. RD 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014

<sup>50</sup> Sánchez-Rodas Navarro, C. La dimensión local de la estrategia europea de empleo. Una aproximación desde la perspectiva de la legislación andaluza. *AS*, nº 19, 2004, p. 2

“dimensión local” para ajustarlas a las necesidades del territorio. A pesar de lo anterior, el marco normativo diseñado en el art. 4 LE, que ya fue objeto de acertadas críticas en el Dictamen que el CES emitió sobre el Anteproyecto de aquella Ley<sup>51</sup> y que se mantiene, en lo sustancial, inalterado en los RDL antes referidos, supone que la intervención de los Entes Locales queda constreñida a la fase de ejecución de las políticas activas de empleo mediante el recurso a la técnica convencional, llamada a ordenar las relaciones de colaboración que deban establecerse entre los Servicios Públicos de Empleo Autonómicos y las Corporaciones Locales.

El legislador sigue dando “por bueno el modelo tradicional de gestión indirecta o intervención “débil” de las Administraciones Locales en materia de empleo, basado en la técnica de la colaboración, que parte de una indiscutible posición hegemónica del nivel autonómico”<sup>52</sup>. Con el objetivo de enmendar esta situación, la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP en lo sucesivo) ha defendido la necesidad de modificar la LE para conseguir la corresponsabilidad de las Corporaciones Locales en materia de empleo al tiempo que ha instado al reconocimiento de los servicios de empleo de titularidad municipal como parte básica del Sistema Nacional de Empleo; petición, que como analizaremos, tampoco ha sido atendida en las últimas reformas normativas. Y ello a pesar de que la propia EEE reconoce que a lo largo de los últimos años la colaboración entre los Servicios Públicos de Empleo y las Entidades Locales ha dotado al Sistema Nacional de Empleo de un conjunto de experiencias y buenas prácticas que han puesto de manifiesto la necesidad de continuar y profundizar en este trabajo conjunto.

Las diferencias que existen dentro de las propias CCAA, la pluralidad de sujetos que participan en la gestión de la política de empleo (actores públicos y privados) y que, a nuestro juicio, sea el ámbito local el nivel más idóneo para obtener un cabal conocimiento de las necesidades de desarrollo de cada territorio justifican una mayor intervención de los municipios en los ámbitos decisivos<sup>53</sup>. La cooperación institucional entre Administraciones (incluida la local) es un elemento indispensable para la puesta en marcha de medidas eficaces en materia de políticas activas de empleo y, en este sentido, de un tiempo a esta parte se ha dotado de una mayor flexibilidad a la posible participación de los Entes Locales en la gestión de las políticas activas de empleo básicamente mediante las siguientes reformas normativas:

<sup>51</sup> Dictamen 7/2002 sobre el anteproyecto de la Ley de Empleo. Madrid: CES, 2002, p. 8; también Molina Hermosilla. O., *La dimensión jurídica del Derecho de Empleo*. Sevilla: CARL; Mergablum, 2005, p. 267.

<sup>52</sup> Cavas Martínez, F. *El entramado institucional del empleo en las vertientes público y privada*. *XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Op. cit. p. 147.

<sup>53</sup> Esta exigencia ya ha sido demandada desde instancias internacionales. OECD, 2007, *Designing Local Skills Strategies*.

En primer lugar, la aprobación del Pacto Local<sup>54</sup> supuso una apuesta por la descentralización de las Comunidades Autónomas hacia las Corporaciones Locales mediante un proceso de transferencias de competencias, personal y recursos<sup>55</sup>. Y aunque en materia de empleo, el proceso de descentralización aún no ha sido culminado, lo cierto es que existen algunas experiencias en esta dirección; así el art. 38 del Estatuto de Autonomía de Madrid<sup>56</sup> prevé que la Administración autonómica delegue funciones en los municipios si así lo autoriza una Ley de la Asamblea, posibilidad que se ha materializado con la aprobación de la Ley 3/2003, de 11 de marzo, para el Desarrollo del Pacto Local<sup>57</sup>, cuyo art. 2.d) contempla específicamente el empleo como una materia que podrá ser objeto de transferencia o delegación a las Entidades Locales. Esta descentralización debe estar referida sustancialmente a la “prestación o ejercicio de las mismas, posibilitando que las Entidades Locales puedan seguir políticas propias en ejercicio de dichas competencias, y sin perjuicio de que la Comunidad siga manteniendo, cuando se considere conveniente las competencias de ordenación, planificación y coordinación generales”. De otra parte, la aprobación de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, comúnmente conocida como Ley de Grandes Ciudades, también trata de dotar de una mayor autonomía a determinados municipios que, por su dinamismo y complejidad, necesitan adecuar su régimen competencial y superar algunas de las carencias que presenta la LBRL.

Lamentablemente esta legislación ha concluido sin la aprobación de la reforma de la Ley Básica del Gobierno y la Administración Local<sup>58</sup> que hubiese supuesto un punto de inflexión a estos efectos. Básicamente porque este proyecto de Ley regulaba las competencias municipales a través de un triple mecanismo: el primero de ellos consistía en establecer una cláusula general de competencias a favor de los municipios, que operaría en sentido similar al artí-

<sup>54</sup> El 24 de septiembre de 1996, la Federación Española de Municipios y Provincias aprueba un documento denominado “Bases para el Pacto Local”, que refuerza la idea de que la Administración Local debe intervenir más activamente en el Estado Autonómico

<sup>55</sup> Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, (BOE 22.4.1999).

<sup>56</sup> Aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y reformado por las Leyes Orgánicas 10/1994, de 24 de marzo, y 5/1998, de 7 de julio. Dispone en sus artículos 28.1.12 y 29.1 que corresponde a la Comunidad de Madrid la ejecución de la legislación del Estado en materia laboral y la competencia de desarrollo legislativo y la ejecución de la enseñanza en todos sus niveles. Finalmente, en el art. 26.3.1.1 del EEAA dispone que corresponde a la Comunidad de Madrid la competencia exclusiva en materia de ordenación y planificación de la actividad económica regional.

<sup>57</sup> BOE 29.5.2003. Vid también Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid (BOE 25.7.2006)

<sup>58</sup> Puede consultarse el documento en:

[http://www.fmr.es/UPLOAD/DOCUMENTO/borra\\_refor\\_ley207\\_1985.pdf](http://www.fmr.es/UPLOAD/DOCUMENTO/borra_refor_ley207_1985.pdf)

culo 4.2 de la Carta Europea de la Autonomía Local, cuando prevé que “las Entidades Locales tienen, dentro del ámbito de la Ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad”. El segundo mecanismo suponía establecer un listado de materias sobre las que se considera que los municipios ostentan competencias junto a los servicios obligatorios municipales que se distribuyen en cuanto a su obligatoriedad según la población, y el tercero consistía en la enumeración de una serie de materias sobre las que los municipios tendrían potestad normativa en el marco que como mínimo común fijasen las normas con rango de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas, y en el que expresamente se incluía el “empleo” (art. 24. e) Anteproyecto)<sup>59</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la aprobación de la Estrategia Española de Empleo dota, como veremos, de un mayor reconocimiento a los marcos de colaboración que puedan establecerse entre los Servicios Públicos de Empleo y las Entidades Locales en la gestión corresponsable de las políticas activas de empleo en el ámbito local.

### **4.3. Un nuevo impulso a la dimensión territorial de las políticas activas de empleo. La promoción del desarrollo económico local en la nueva Estrategia Española de Empleo**

Uno de los ejes que se considera imprescindible para la recuperación de las tasas de actividad es el fomento del autoempleo y de medidas encaminadas a la dinamización e impulso del desarrollo económico, y con este objetivo se enfatiza en la importancia de impulsar unidades especializadas en la promoción e implantación de acciones encaminadas al desarrollo local, y a la creación de actividad empresarial. Estas unidades tendrán que fomentar el espíritu emprendedor en sus respectivos territorios (con acciones de sensibilización, formación, orientación y asesoramiento para la creación de empresas en el ámbito local) así como al estudio prospectivo de oportunidades empresariales y de actuaciones que permitan planificar e implantar estrategias de creación de empleo y actividad y de valorización de recursos en el ámbito local o comarcal<sup>60</sup>.

Una de las novedades de esta Estrategia es que establece unos indicadores para evaluar el cumplimiento de los objetivos estratégicos planteados, y en relación a la revalorización del ámbito local y comarcal en materia de políticas activas de empleo se establecen tanto el número de acciones de planificación

<sup>59</sup> Resolución nº 26 aprobada por el Congreso de los Diputados en sesión de 20 de julio de 2010 con motivo del debate de política general en torno al Estado de la Nación.

<sup>60</sup> Vid eje 5.8 “Ámbito de promoción del desarrollo y la actividad económica territorial” RD 1542/2011.

realizadas como el número de intercambio de experiencias de buenas prácticas de generación de empleo local. Respecto a la promoción y desarrollo de la actividad económica territorial se establecen como objetivos, de un lado, incrementar el 10% el número de acciones de apoyo al emprendimiento local en el período 2012-2014 y, por otro lado, el compromiso de “promover la creación de unidades locales/supralocales especializadas en la promoción e implantación de acciones encaminadas a la creación de empleo y de actividad empresarial”.

Este tipo de actuaciones ya están siendo impulsadas desde algunas Entidades Locales. Paradigma de esta afirmación es la opción asumida por el Ayuntamiento de Madrid que a través de la Agencia de Desarrollo Económico “Madrid Emprende” está promoviendo acciones de muy diversa índole, todas ellas con el objetivo de favorecer el autoempleo en la ciudad. Dentro de este paquete de medidas se establecen dos tipos de actuaciones (coincidentes con el diseño contenido en la EEE): de un lado, incentivos económicos, preferentemente dirigidos a actividades económicas emergentes y con potencialidades en la generación de empleo (entre ellas, se prevé una bonificación en un 50% de la cuota del régimen especial de trabajadores autónomos a emprendedores menores de 30 años que cumplan determinados requisitos así como la exención sobre determinados tributos municipales) y, de otro, la creación de un Fondo de Inversión Municipal para financiar a empresas que se caractericen por tener un elevado potencial de crecimiento.

## **5. LA COORDINACIÓN INSTITUCIONAL. LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE EMPLEO**

Las reformas en materia de empleo llevadas a cabo durante los últimos años se fundamentan en la necesidad de lograr un mejor encaje entre la competencia normativa de las políticas activas, que corresponde al Estado, con las de su ejecución que corresponde a las CCAA. Esta distribución competencial hace imprescindible que los mecanismos de coordinación sean eficaces y coadyuven al requisito de establecer un modelo de descentralización territorial y coordinación funcional. Esta coordinación será, en consecuencia, el elemento decisivo para lograr la máxima eficiencia de un modelo complejo como el diseñado en el marco de la estrategia española de empleo.

En este sentido, habremos de convenir que “una visión de la Estrategia Española de Empleo como máximo referente del conjunto de la política activa de empleo que se desarrolle en España es, asimismo, coherente con el principio constitucional recogido en el artículo 40 CE. Éste establece que “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso so-

cial y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”. Cabe pensar que todos los poderes públicos –incluidas las Administraciones Locales–, y no sólo los miembros del Sistema Nacional de Empleo, están comprometidos en la adopción de una “política orientada al pleno empleo”, lo que requiere un enfoque global al que, sin duda contribuirá la existencia de una estrategia estatal<sup>61</sup>.

Sin embargo, esta declaración de principios contenida en la recién aprobada EEE 2012-2014 no tiene un refrendo normativo en tanto que no se ha modificado el Sistema Nacional de Empleo para dar cabida en el mismo a los Entes locales. Justo al contrario, la conformación del Sistema Nacional de Empleo se mantiene inalterada, de un lado el Servicio Público de Empleo Estatal, con competencias propias relativas a la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo y, de otro, los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, igualmente con sus propias competencias, que complementarias y singulares de acuerdo a sus refundidos Estatutos de Autonomía, se refieren a la gestión en materia de políticas activas de empleo, entre las que se halla el propio servicio<sup>62</sup>.

Este Sistema Nacional de Empleo, definido en el art. 1RD 1722/2007<sup>63</sup> como el conjunto de estructuras, medidas y acciones necesarias para promover y desarrollar la política de empleo en España, mantiene –a pesar de las reformas efectuadas en el año 2011– su estructura orgánica: la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y el Consejo General del SNE. Ambos órganos surgen con el objetivo de conseguir la máxima coherencia en la aplicación de las políticas públicas ejercidas por la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito laboral.

A estos efectos es especialmente relevante el Consejo General del SNE que, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.1 b) LE, se configura como un órgano consultivo y de participación institucional de las Administraciones públicas y de los interlocutores sociales en materia de empleo. En dicho Consejo se garantiza la presencia de vocales de la Administración central y autonómica así como de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas (art. 10 RD), excluyendo a las Corporaciones Locales a pesar de que su integración es una exigencia histórica de los municipios. La FEMP<sup>64</sup> se ha muestra-

<sup>61</sup> RD 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 (BOE 19.11.2011)

<sup>62</sup> Salas Porras, M., *El servicio...* Op. cit. p. 165.

<sup>63</sup> RD 1722/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo (BOE 23.1.2008)

<sup>64</sup> Vid <http://www.femp.es/files/566-655-archivo/RESOLUCIONES%20COMISION%20DE%20DESARROLLO.pdf>

do especialmente crítica con esta regulación pues sostiene que la LE deja al criterio de cada Comunidad Autónoma la regulación de una participación que los municipios tienen reconocida en la Constitución y en la Ley de Bases.

En la reforma contenida en el RD Ley 3/2011 tímidamente se avanza en esta posibilidad al reconocer que los “Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas serán los responsables de trasladar al marco del Sistema Nacional de Empleo la dimensión territorial de las políticas activas de empleo”, si bien no se reconoce expresamente a los Entes Locales (ni a sus órganos representativos) su integración en el SNE ni se garantiza su participación en la elaboración de la Estrategia Española de Empleo.

Si la principal función del SNE es precisamente la de cohesionar un modelo descentralizado a través de la coordinación entre las Administraciones que lo gestionan<sup>65</sup>, sorprende más la ausencia de los Entes Locales no solamente en cuanto a su escasa participación en el diseño y elaboración de políticas activas de empleo (relegada aquélla a un mero papel de implantación de estas medidas) sino también en lo que se refiere a la absoluta dependencia de recursos económicos para su ejecución.

Tampoco se prevé la participación de los Entes Locales en la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales lo que causa cierta perplejidad, máxime si tenemos en cuenta que esta Conferencia es el “instrumento general de colaboración, coordinación y cooperación entre la Administración del Estado y la de las comunidades autónomas y ciudades autónomas de Ceuta y Melilla en materia de política de empleo, y especialmente en la elaboración de los Planes de Ejecución de la Estrategia Europea de Empleo”.

Esta exclusión tampoco se enmienda en el RDL 3/2011 en el que expresamente se prevé que la Estrategia Española de Empleo, con el fin de reflejar de forma más completa todas las políticas activas de empleo que se desarrollan en el conjunto del Estado, incluirá la información correspondiente a las acciones y medidas de estas políticas que las Comunidades Autónomas realizan con recursos económicos propios (art. 4.3 LE) sin que se haya planteado la inclusión de las actuaciones desarrolladas por los Entes Locales con fondos propios. Nuevamente llama la atención esta regulación, especialmente porque sin esta información difícilmente se podría obtener un cabal conocimiento de las acciones y políticas de empleo desarrolladas en cada territorio.

La exclusión de los Entes Locales en el proceso de construcción de la estrategia de empleo produce una clara disfunción: la administración local gestiona políticas y programas en los que no ha participado en su diseño y esto produce los típicos problemas de implementación. Esta carencia no se ha enmendado en el nuevo instrumento creado por el RDL 3/2011 para vertebrar

<sup>65</sup> Lázaro Sánchez, J.L., El desarrollo del Servicio Nacional de Empleo por el Real Decreto 1722/2007. *TL*, nº 96, 2008, p. 23. Muy críticos con esta exclusión, Molina, C; Vallecillo, R; De La Casa, S. Op. cit. p. 171.

la política de empleo en España que no es otro que la Estrategia Española de Empleo que será elaborada por el Ministerio de Trabajo en colaboración con las Comunidades Autónomas y con la participación de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, dejando fuera nuevamente a los municipios y/o a sus órganos representativos. Lamentablemente el RDL 14/2011 tampoco ha solventado esta exclusión a pesar de haber incorporado expresamente a otros actores sociales, concretamente el art. 1.3 RDL prevé la participación del Consejo del Trabajo Autónomo y al Consejo para el Fomento de la Economía Social en la elaboración de la Estrategia Española de Empleo.

La aprobación de la EEE 2012-2014 ha confirmado esta exclusión en tanto que el procedimiento metodológico seguido para la elaboración y aprobación de la misma se ha desarrollado sin el concurso de los Entes Locales ni de su máximo órgano representativo, la Federación Española de Municipios y Provincias<sup>66</sup>.

### **5.1. La participación de los Entes Locales en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico**

La evolución y consiguiente asunción de un mayor número de competencias en materia de empleo por parte de las Comunidades Autónomas ha tenido como consecuencia una paulatina regionalización de esta política y la materialización del principio de subsidiariedad, tan necesario para lograr una mayor eficacia en el diseño, gestión y puesta en marcha de las políticas de empleo al tiempo que la creación de órganos de coordinación y de participación institucional en este ámbito. La tipología de órganos creados a este efecto es amplísima y obedece al diseño institucional impulsado por cada CCAA en las leyes reguladoras de sus respectivos SPE aunque todos ellos, conforme a lo preceptuado en el art. 18 LE, contarán con la participación de sindicatos y asociaciones empresariales en los órganos de representación de carácter consultivo, debiendo ser dicha participación de carácter paritario y tripartito. La participación de los Entes Locales en estos órganos no está, sin embargo, garantizada por la LE sino que es cada CCAA quien regula esta cooperación.

Sentado lo anterior, lo cierto es que existen experiencias altamente satisfactorias en algunas Comunidades Autónomas en relación a la integración de los Ayuntamientos en los órganos de participación institucional autonómicos. Así, la Ley 17/2002, de 5 de julio de Ordenación del Sistema de Empleo y de creación del Servicio de Empleo de Cataluña es una de las regulaciones que con mayor profundidad ha avanzado en la territorialización de las políticas de empleo<sup>67</sup>, especialmente por el expreso reconocimiento a las mesas locales de

<sup>66</sup> 1.4 Marco procedimental. RD 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014.

<sup>67</sup> Salas Porras, M. *El servicio público de empleo y el proceso jurídico de colocación*. Op. cit. p. 182

empleo (art. 10 Ley 17/2002) como órganos integrantes del Servicio Catalán de Empleo, cuya función básica es la de “adecuar la oferta de acciones ocupacionales a la demanda del territorio y alcanzar, de este modo, una inserción laboral efectiva”, y en las que se garantiza la presencia de dos representantes correspondientes a la Administración local del correspondiente ámbito territorial.

La aprobación del RDL 3/2011 ha reforzado esta colaboración entre administraciones al prever que las Entidades Locales participen “en el proceso de concertación territorial de las políticas activas de empleo, mediante su representación y participación en los órganos de participación institucional de ámbito autonómico”. Esta previsión que podrá articularse de diversas formas (información, consulta, etc) supone dar cumplimiento fiel al principio de proximidad y al de descentralización local que son principios inspiradores en la LE al tiempo que supone un expreso reconocimiento de la dimensión territorial de las políticas activas de empleo. Lamentamos que esta participación vuelva a ser facultativa y que no se haya establecido como un derecho sin perjuicio de la concreción del mismo en la normativa de cada servicio de empleo autonómico.

## **5.2. Otras fórmulas de colaboración**

La integración de los Entes Locales en órganos de participación institucional cuenta con un precedente en los Consejos Comarcales<sup>68</sup>. Estos órganos, dependientes las Comisiones Ejecutivas Provinciales del extinto Instituto Nacional de Empleo, eran creados para la gestión de fondos de inversión de las distintas Administraciones públicas en el ámbito territorial correspondiente, incrementando el protagonismo de todas las administraciones implicadas en el sistema y potenciando la participación institucional en el seguimiento y control del mismo. Para ello se preveía expresamente la presencia en el Consejo de un representante de la Administración Local, designado por los Ayuntamientos del ámbito territorial del Consejo de entre los alcaldes y concejales de dicho ámbito.

## **6. CONSIDERACIONES FINALES**

Una cuestión que, en términos políticos, ha adquirido creciente importancia en los últimos años es el debate sobre la denominada “segunda descentralización” (de lo autonómico a lo local) y que debe incardinarse en una

<sup>68</sup> RD 939/1997, de 20 de junio, por el que se regula la afectación al programa de fomento de empleo agrario, de créditos para inversiones de las Administraciones Públicas en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura y en zonas rurales deprimidas. Más recientemente, Orden TAS/1591/06, de 18 de mayo, crea un Consejo Comarcal del Servicio Público de Empleo Estatal en la zona rural deprimida de los Antiguos Pinares del Ducado de Medinaceli (Guadalajara)

política más amplia de promoción económica y social impulsada desde el nivel municipal. La experiencia atesorada por los entes locales en la ejecución de programas de empleo hace necesario avanzar en la capacidad ejecutiva de la Administración Local. Las Corporaciones Locales no pueden seguir siendo únicamente gestores de programas procedentes de otras Administraciones, así como condicionar su actuación a la financiación recibida; de ahí que valoremos positivamente la reforma del art. 4 de la Ley de Empleo en el sentido de posibilitar la participación de los Entes Locales en los órganos de concertación territorial si bien consideramos que la actual regulación adolece de dos carencias básicas:

En primer lugar, no se incorpora a los municipios, y más concretamente a los servicios locales de empleo, dentro del entramado institucional que diseña el RD 1722/2007. Esta exclusión supone que la dimensión territorial de las políticas de empleo se hace depender de la traslación de la información que remitan los SPE autonómicos al SNE. Esta coordinación institucional, básica para el éxito del modelo, se vería reforzada si se aprobase el referido anteproyecto de Ley de Bases; en la propia EM de dicha proposición se señala que “el actual marco normativo es insuficiente en cuanto a la regulación de la participación de las Entes Locales en los asuntos de ámbito más general que les afectan”, y, en este sentido, sostiene la necesidad de crear la Comisión Nacional de Administración Local como “órgano permanente para la colaboración directa entre la Administración General del Estado y la Administración Local” al tiempo que garantiza la participación de los Entes Locales en las Conferencias Sectoriales, en la materia que nos ocupa en la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales, a través de representantes designados por la FEMP como asociación de entidades locales de ámbito estatal con mayor implantación (art. 39 Anteproyecto).

En segundo lugar, la ralentización a la que está siendo sometida la reforma de la Ley Básica del Gobierno y la Administración Local está condicionando la actuación de los municipios en materia de empleo pues, como se ha referido, estos han asumido unas competencias “impropias”, creando estructuras administrativas relativamente estables que ahora no cuentan con financiación suficiente para seguir ejecutando esta labor tan necesaria, por otra parte, en un contexto de destrucción de empleo tan dramático como el actual. Por ello consideramos que si en esta nueva legislatura se aprobase la tan cacareada reforma normativa del régimen local, su aprobación no solo dotaría de certidumbre jurídica a muchas de las competencias ya asumidas por los Entes Locales sino que supondría necesaria revalorización de la Administración Local como agente en el campo de la promoción económica, cuyo fundamento último es la legítima reivindicación de participar y diseñar programas y recursos de empleo que van incidir directamente en el desarrollo de sus territorios.

---

# Mercado de Trabajo



# EL PARO JUVENIL NO ES EL PRINCIPAL DESEQUILIBRIO DEL MERCADO LABORAL INFORME DE COYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (CUARTO TRIMESTRE DE 2011\*)

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

LAURA PÉREZ ORTIZ  
*Profesora Asociada de Economía Aplicada*  
Universidad Autónoma de Madrid

JULIMAR DA SILVA BICHARA  
*Profesor Contratado Doctor de Economía Aplicada*  
Universidad Autónoma de Madrid

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Actividad económica, mercado de trabajo, jóvenes

El artículo analiza la evolución de las principales variables laborales españolas y andaluzas en el cuarto trimestre de 2011. En primer lugar, se plantea el contexto de la evolución de la actividad económica en el ámbito internacional y nacional señalándose un cierto deterioro en el crecimiento económico especialmente en la segunda parte del año. A continuación se analiza con mayor detenimiento la evolución de las principales variables laborales relativas a la oferta y demanda de trabajo y desempleo. Esta misma estructura se sigue para el análisis del mercado de trabajo en Andalucía. Se presta especial atención a los trabajadores más jóvenes para indicar el impacto de la crisis económica sobre este grupo social.

## ABSTRACT

**Key words:** Economic development, labour market, younger workers

This paper analyses the evolution of the main labour market variables in Spain and in Andalusia in reference to the last quarter of 2011. Firstly, the article presents the main characteristic of the recent evolution of the economic development in Europe and Spain, where a declining economic activity can be found in the second part of the year. Secondly, the paper analyses the evolution of the main variables: labour supply and demand and unemployment disequilibrium. This structure is followed both for the Spanish and Andalusian perspective. Special attention is paid to younger workers in order to consider the impact of the economic crisis on this particular group of people.

\* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 31 de enero de 2012.

## ÍNDICE

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO
5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

### 1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Desde que en mayo de 2010 se produjera el brusco giro hacia políticas de austeridad, cuyo principal objetivo consiste en ajustar las cuentas públicas (a costa de reducir el gasto público, fundamentalmente), las economías europeas se han encaminado hacia la nueva recesión que ahora nos acecha.

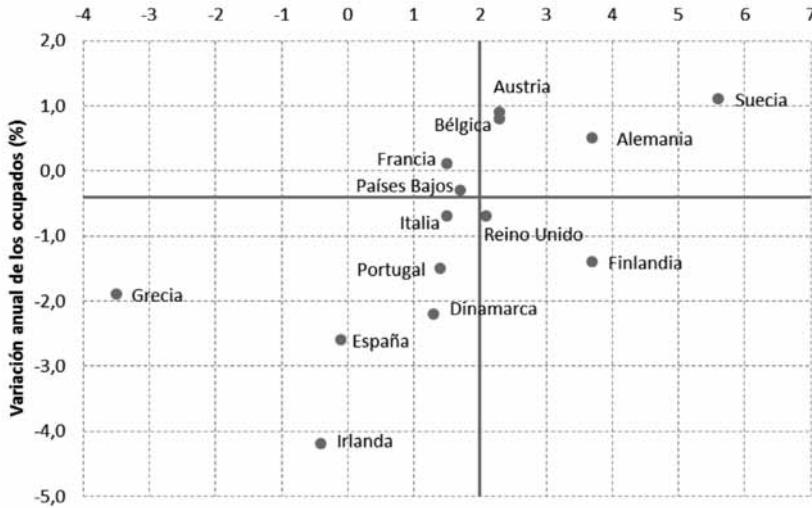
Al inicio de la crisis, allá por el tercer trimestre de 2008, los esfuerzos de las economías más desarrolladas se dirigieron a frenar las posibles situaciones de pánico que pudieran provocar las quiebras de grandes bancos, seguidas de continuos esfuerzos de coordinación en las políticas fiscales de estímulo a la economía (recordemos el *Plan E* en España, encuadrado en el llamado *PERE*, el *Plan Europeo de Recuperación Económica*, en el ámbito de la UE). Las reuniones del G-20 en Washington y Londres, lograron un consenso, al menos nominal, de las necesidades de recuperar regulaciones que controlaran los excesos del sector financiero y pusieran límites a las desviaciones de la economía real, luchando contra paraísos fiscales y otras formas de evasión fiscal.

Estas políticas quedaron olvidadas cuando en el año 2010 se recuperaron las grandes economías europeas y el objetivo se desplazó, y en lugar de afianzar la recuperación de actividad económica (sobre todo, que llegara a todos los países del continente), se centraron los esfuerzos en combatir los déficits públicos que se habían incrementado precisamente con el esfuerzo inicial (además de por la actuación de los estabilizadores automáticos). El objetivo, por tanto, no era ya la recuperación económica sino el reequilibrio de las cuentas fiscales.

El año 2010 fue de recuperación para algunas economías, por tanto, recuperación que favoreció la creación de empleo. El siguiente gráfico así lo muestra: mientras Suecia, Alemania, Austria o Bélgica tienen incrementos del PIB real superiores a la media de la Unión Europea de los 15, alcanzan a crear empleo a un ritmo cercano al uno por ciento (algo menor en Alemania, que, por el contrario, no lo había destruido en el año 2009). Incluso Finlandia, que creció al mismo ritmo que Alemania, siguió destruyendo empleo.

Países como Grecia, Irlanda o España, donde el crecimiento fue muy negativo o próximo a cero, el ritmo de destrucción de empleo continuó de forma elevada. Si se confirma que el año 2011 termina con el inicio de una nueva etapa recesiva que se prolongará durante todo 2012, la recuperación del empleo parece muy lejana en Europa.

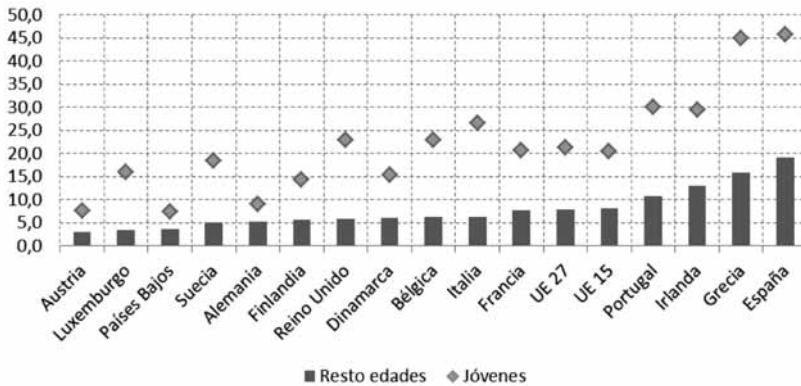
**Variación del PIB real y del número de ocupados en los países de la Unión Europea 15, en el año 2010 (porcentaje)**  
**Variación anual del PIB (%)**



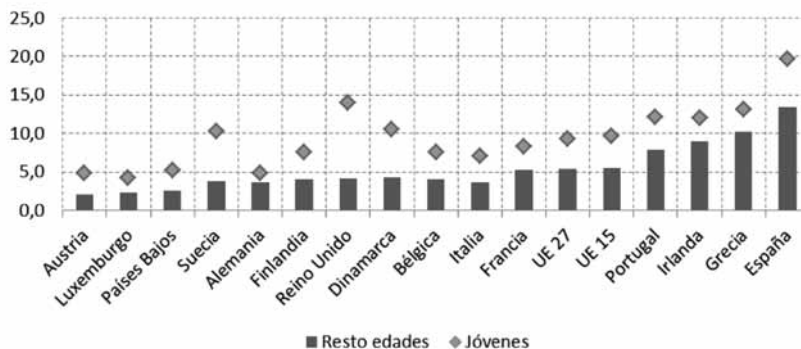
Fuente: Elaboración propia a partir de Eurostat.

Dentro del mercado de trabajo, uno de los principales problemas, está siendo el espectacular incremento que, en general en todos los países, ha sufrido el desempleo juvenil. Los jóvenes son los que han percibido la crisis en primer momento.

**Proporción de desempleados respecto a la población activa (tasa de paro) y a la población total, según edades, en los países de la UE 15, tercer trimestre de 2011**  
**Tasa de Paro**



### Proporción de desempleados respecto a la población total



Por tanto, uno de los principales problemas laborales a los que se enfrentan las economías europeas, al margen del propio volumen de desempleo global, es el del desempleo de los jóvenes, menores de 25 años. La destrucción de empleo inicial se concentró en este grupo de edad, en la mayoría de países, elevándose en todos ellos de forma considerable.

Sin embargo, si eliminamos el efecto de los estudios, al comparar los datos de desempleados jóvenes entre población activa con los desempleados jóvenes respecto a la población total, las distancias con las tasas de paro del resto de edades cambian considerablemente. Salvo en países como el Reino Unido o Suecia, donde la combinación de estudios con trabajos a tiempo parcial está muy extendida, en el resto de países, al eliminar estos efectos de población estudiante en exclusiva, las tasas se acercan.

Por el contrario, en países como Luxemburgo y Bélgica, donde las tasas de inactivos jóvenes por dedicación a estudios son más altas, la diferencia es mayor al calcularlo por la población total (porque en la tasa de paro tradicional se divide por una población muy pequeña, de forma que en cuanto se modifica ligeramente el numerador, se disparan las tasas). En el caso de Suecia, Finlandia o Reino Unido, la explicación es al revés: son los que tienen las tasas de inactividad juvenil por dedicación a estudios más bajas de toda la UE, por eso al comparar con la población total, no hay tanta diferencia (en ambos casos, la tasa de paro tradicional y la dividida por la población total, las diferencias en el denominador son menores, de forma que no se modifica tanto la “tasa” de paro en ambos casos).

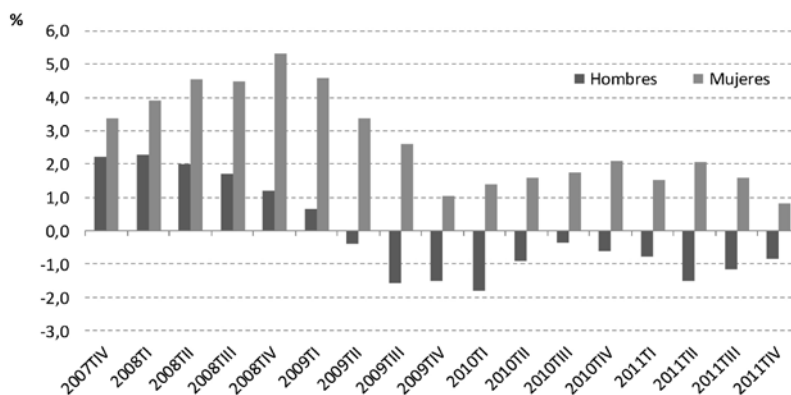
Luego el verdadero problema, está en las elevadas tasas de desempleo del conjunto de la población, aunque las de los jóvenes sean tan llamativas.

## 2. LA OFERTA DE TRABAJO

En este último trimestre de 2011, la población activa desciende en dos décimas respecto al trimestre anterior (53.400 personas), aunque en términos interanuales, el descenso es de nueve décimas (lo que supone 23.600 personas menos participando del mercado de trabajo). Con estos datos, la población activa en estos momentos es de 23.081.200 personas, 12.645.700 hombres y 10.435.500 mujeres. Unido a la evolución de la población total, la tasa de actividad se ha reducido, desde que comenzó la crisis en España, a finales de 2008, en dos décimas, situándose en el cuarto trimestre de 2011 en el 59,9 por ciento de la población.

La evolución por sexos, sin embargo, lleva caminos distintos. Así, sigue la tendencia que se refleja durante toda esta etapa de crisis económica incesante: se reduce el ritmo de incorporación femenina al mercado de trabajo, mientras entre los hombres el abandono es patente.

Tasa de variación anual de la población activa, por género



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa* (INE).

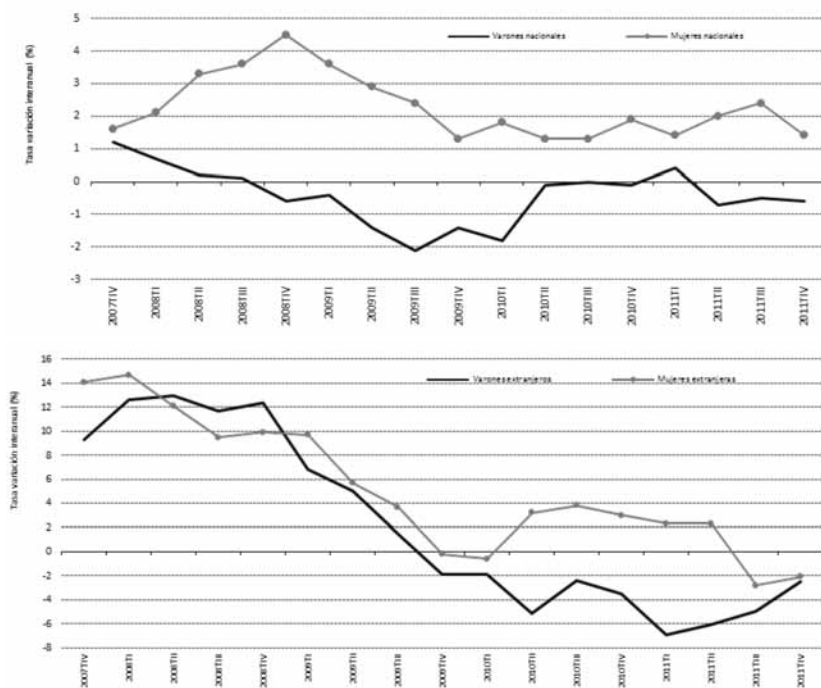
En términos globales, la población activa ha descendido dos décimas en este trimestre respecto al anterior. Pero la disminución es enteramente masculina. Son los hombres los que están abandonando el mercado de trabajo, frente a la incesante (aunque cada vez menor) incorporación femenina al mismo.

Comparando los datos con el trimestre anterior, hay 62.300 hombres en activo menos (una disminución del 0,5 por ciento), mientras hay 8.900 mujeres más ocupadas o buscando activamente un empleo (es decir, un 0,1 por ciento más). En la comparación interanual, las cifras se agrandan, pues la reducción de hombres activos es de nueve décimas, y el aumento de mujeres es de ocho décimas.

Atendiendo a la nacionalidad, la disminución de activos se concentra en mayor medida entre la población extranjera, pues desde el cuarto trimestre de 2008<sup>1</sup>, cae el número de activos extranjeros en un cuatro por ciento, frente al ligero aumento de la población activa nacional, de ocho décimas. De nuevo, atendiendo al género y la nacionalidad, las diferencias son considerables: es la población activa masculina de nacionalidad extranjera sobre la que más ha repercutido la crisis. En términos absolutos, la disminución de activos varones entre el cuarto trimestre de 2008 y el cuarto de 2011, es de 156.100, aunque en términos relativos supone una caída de 7,7 por ciento. En el caso de los varones nacionales, la reducción es del 2,1 por ciento, aunque el volumen es superior, de 227.700 hombres menos en activo.

Considerando a las mujeres, el aumento es muy superior, por el contrario, para las nacionales, del 4,6 por ciento (390.300 mujeres más) con respecto a las mujeres de nacionalidad extranjera, que aunque también se incrementa en 10.000, en términos relativos apenas supone un 0,6 por ciento.

**Tasa de variación anual de la población activa, según género y nacionalidad, en porcentaje**



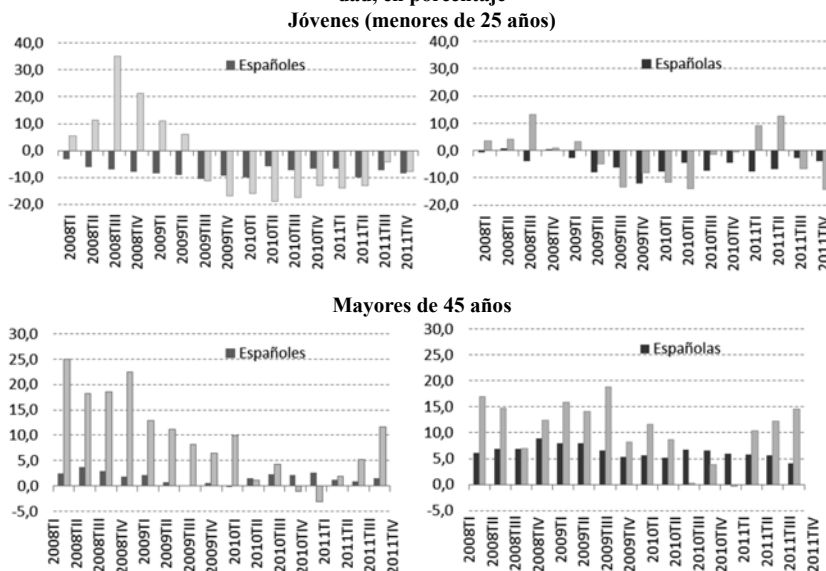
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

<sup>1</sup> La comparación se hace sobre el cuarto trimestre de 2008 y no sobre el tercero, que es cuando se inicia la repercusión directa sobre el mercado de trabajo, para evitar problemas de estacionalidad.

Discriminando según edades, el grupo que más activos ha perdido en esta larga etapa de crisis es el de los jóvenes: en los últimos tres años, el número de jóvenes (menores de 25 años) que participan en el mercado de trabajo se ha reducido en 528.200 (una disminución del 22,5 por ciento). En el resto de edades, la población activa ha aumentado, para ese mismo periodo, en un 2,6 por ciento (544.700 personas).

La diferencia por sexos lleva a una disminución de la población activa masculina, desde el cuarto trimestre de 2008, del 24,9 por ciento, frente a una caída de apenas medio punto en el resto de edades. En el caso de las mujeres, se observa claramente que son las mujeres de más edad las que se han incorporado en este periodo al mercado laboral, pues las jóvenes activas suponen un 19,6 por ciento menos en el cuarto trimestre de 2011 comparándolo con el cuarto trimestre de 2008, pero el resto de mujeres activas han aumentado en un 6,8 por ciento en ese mismo periodo.

**Tasa de variación anual de la población activa, según género, grupos de edad y nacionalidad, en porcentaje**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

Al distinguir según nacionalidad, de nuevo son los jóvenes varones los que han abandonado de forma más acusada el mercado laboral. En estos tres años, la disminución del número de varones jóvenes españoles que trabajan o buscan activamente un puesto de trabajo ha sido del 22,7 por ciento, mientras el resto de edades ha permanecido estable. Los jóvenes varones de nacionalidad

extranjera son un 33,2 por ciento menos que hace tres años, cuando en el resto de edades la disminución es del 3,9 por ciento.

Las mujeres jóvenes españolas también suponen un 19,1 por ciento menos en el periodo, pero para el resto de edades se incrementa la población activa en un 7,3 por ciento. Se reduce el número de mujeres jóvenes de otras nacionalidades en un 21,8 por ciento, aumentando en el resto de edades en un 4 por ciento.

En definitiva, la evolución de la población activa lo que muestra es claramente un abandono del mercado laboral de los jóvenes, especialmente varones, y una incorporación constante de mujeres de más edad. Como venimos señalando desde el comienzo de esta etapa de recesión, el efecto desánimo ha cundido más entre los hombres jóvenes mientras sigue teniendo un mayor peso el efecto de la mujer trabajadora adicional, lo que ha hecho que permanezca estable la población activa en términos globales (con apenas un incremento del 0,1 por ciento en estos tres años considerados).

**Población por grupos de edad, y relación con la actividad económica (4º trimestre de 2008 –4º trimestre de 2011)**

	Población		Activos		Inactivos		% estudiantes	
	Jóvenes	Resto edades	Jóvenes	Resto edades	Jóvenes	Resto edades	Jóvenes	Resto edades
2008TIV	4.560,9	40.967,6	2.348,9	20.715,8	2.212,0	13.079,8	57,1	7,9
2009TI	4.535,5	41.072,4	2.267,7	20.833,8	2.267,8	13.039,3	58,6	7,8
2009TII	4.506,8	41.151,6	2.241,7	20.840,7	2.265,0	13.084,6	58,9	8,2
2009TIII	4.474,4	41.216,9	2.293,9	20.699,6	2.180,5	13.268,5	51,8	5,1
2009TIV	4.438,5	41.286,7	2.089,4	20.883,1	2.349,2	13.121,5	60,8	8,1
2010TI	4.407,5	41.349,7	2.041,5	20.965,4	2.366,0	13.078,0	62,7	8,1
2010TII	4.379,6	41.419,0	2.071,0	21.051,3	2.308,7	13.036,7	62,3	8,3
2010TIII	4.352,6	41.488,5	2.113,7	21.007,8	2.238,9	13.125,0	55,0	5,3
2010TIV	4.326,6	41.557,7	1.964,2	21.140,6	2.362,4	13.045,2	63,2	8,5
2011TI	4.298,5	41.601,8	1.910,7	21.151,1	2.387,8	13.062,4	63,9	8,4
2011TII	4.267,0	41.614,6	1.922,4	21.214,3	2.344,5	13.000,0	63,7	8,2
2011TIII	4.243,1	41.663,9	2.002,3	21.132,3	2.240,8	13.112,4	57,4	5,2
2011TIV	4.223,7	41.719,8	1.820,6	21.260,6	2.403,1	13.023,9	65,4	8,3
% var. 2011TIV/ 2008 TIV	-7,4	1,8	-22,5	2,6	8,6	-0,4	8,3	0,3

Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

Esta disminución de activos jóvenes se entiende no sólo por la propia disminución de la población en esa edad (hay un 7,4 por ciento de jóvenes menos), sino por un aumento de los jóvenes que retoman o prosiguen con es-

tudios, ya sean de formación reglada o no. En estas edades (de 16 a 25 años) el 65 por ciento de los jóvenes participa en algún curso de formación, mientras en el resto de edades el porcentaje disminuye al 8,3 por ciento. Si se considera el aumento de la proporción de estudiantes jóvenes sobre la población en esa edad, el incremento en los últimos tres años es de 8,3 puntos porcentuales, por tan solo tres décimas en el resto de la población.

La evolución de la población activa juvenil es también una de las explicaciones de la elevada tasa de desempleo en este grupo de edad, como se ha visto y se verá más adelante.

### **3. LA DEMANDA DE TRABAJO**

La falta de actividad económica sigue siendo el principal y fundamental problema del mercado de trabajo, pues la ocupación depende del volumen de producción que requiere la economía. Los empresarios que necesiten contratar a nuevos trabajadores lo harán porque las ventas de sus productos o servicios sean crecientes. Si los productos se acumulan sin vender en los almacenes o no hay demanda de servicios, ningún empresario, por barato o fácil que sea contratar a un nuevo trabajador lo hará.

El número de ocupados sigue reduciéndose de forma vertiginosa. En el cuarto trimestre de 2011 hay 17.807.500 personas ocupadas, de las que el 55 por ciento son varones. La evolución de la ocupación sigue mostrando la paralización de la actividad económica, con una reducción del 1,9 por ciento respecto al tercer trimestre del año y del 3,3 por ciento respecto al año anterior. Esto significa una reducción 348.800 y 600.700 ocupados, respectivamente. Desde que se iniciara el proceso de destrucción de empleo, en el tercer trimestre de 2008, la pérdida de puestos de trabajo se eleva hasta los 2.538.800.

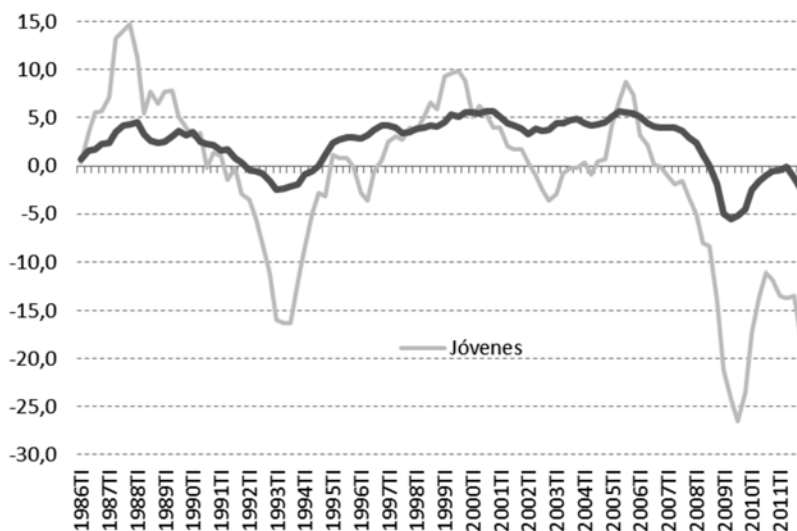
En términos absolutos, la pérdida de ocupados es prácticamente masculina, pues son casi dos millones de hombres ocupados menos en este periodo de crisis, por tan sólo una reducción de algo más de medio millón entre las mujeres.

Atendiendo a la nacionalidad, la pérdida relativa de ocupados extranjeros es muy superior a la de los nacionales: cae, desde el tercer trimestre de 2008, un 22 por ciento el número de ocupados extranjeros frente a una reducción del 10,8 por ciento en el caso de los nacionales. También en este punto se concentra en los hombres, mientras el grupo que presenta la menor pérdida es el de las mujeres de nacionalidad española, donde solo cae la ocupación en un 4,9 por ciento en este periodo.

Considerando las diferencias de edad, el número de ocupados entre los jóvenes es el que presenta mayores oscilaciones. En las diferentes etapas de

crisis que ha sufrido la economía española, se aprecia cómo es este colectivo el que desaparece del mercado de trabajo de forma más rápida que el resto de edades. Pero también es este mismo grupo de edad el que aumenta con más rapidez que los demás al retomarse sendas de recuperación económica. La pérdida de empleos ha sido, en esta reciente crisis, más acusada que en las anteriores, para todas las edades, pero especialmente para los jóvenes.

**Tasa de variación interanual del número de ocupados, jóvenes y resto de edades (en porcentaje)**



Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

La diferencia con otros grupos de edad es que esta pérdida de empleos empuja a los jóvenes a retomar los estudios, en muchos casos, de forma que no pasan a acelerar las cifras de desempleo, sino de inactivos.

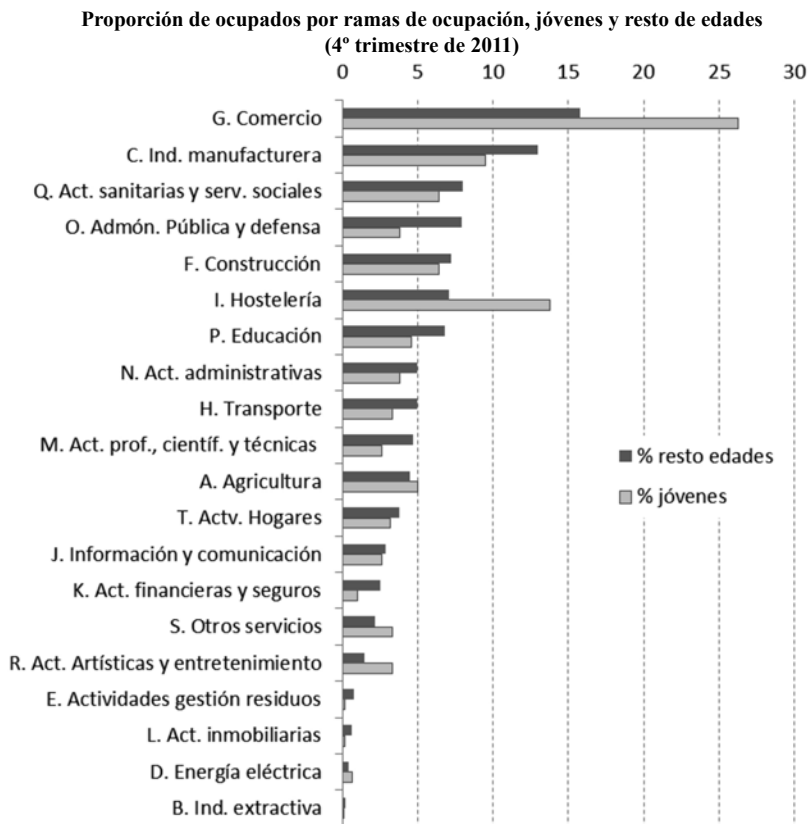
Siguiendo con la distinción por edades, son los jóvenes, menores de 25 años, los que se concentran fundamentalmente en los sectores de comercio y hostelería, destacando por encima del resto de edades. Precisamente son dos sectores que no se caracterizan por la calidad del empleo, antes al contrario, ya que tanto en el caso del comercio (con el 15,2 por ciento de los ocupados dedicando una jornada a tiempo parcial) como de la hostelería (con una proporción de empleos a tiempo parcial del 22,8 por ciento sobre el total de ocupados en el sector), la tasa de empleo a tiempo parcial es superior a la media en este trimestre (13,8 por ciento), de forma más destacada en el sector hostelero.

**Ocupados jóvenes y resto de edades, por ramas de ocupación (4º trimestre de 2011)**

	Jóvenes	Var. anual.	Resto edades	Var. anual.	% tiempo parcial	Tasa temporalidad
A. Agricultura	46,7	-21,8	761,8	2,3	9,3	59,8
B. Ind. extractiva	0,8	-50,0	38,6	-14,6	2,3	18,2
C. Ind. manufacturera	88,6	-27,1	2.189,4	-2,8	5,1	16,7
D. Energía eléctrica	6,4	68,4	70,2	-11,9	3,1	14,6
E. Actividades gestión residuos	2	-41,2	130,3	14,1	5,1	13,1
F. Construcción	59,8	-33,5	1.217,1	-17,9	5,4	38,5
G. Comercio	246,1	-3,6	2.671,8	-1,2	15,2	20,1
H. Transporte	31,1	6,1	837,6	-7,4	8,0	18,8
I. Hostelería	128,8	-9,2	1.202,7	1,8	22,8	34,1
J. Información y comunicación	24,2	-22,4	489,5	3,3	7,9	20,7
K. Act. financieras y seguros	9,5	-15,9	425,4	-2,3	5,4	6,9
L. Act. inmobiliarias	1,6	-40,7	98,2	24,3	13,7	12,9
M. Act. prof., científ. y técnicas	24,5	-17,5	800,6	-1,3	12,1	20,0
N. Act. administrativas	35,4	-31,3	836,0	-1,4	27,3	24,2
O. Admón. Pública y defensa	35,4	-35,0	1.336,9	-3,2	5,0	20,8
P. Educación	43,3	-5,5	1.141,5	0,5	18,4	25,0
Q. Act. sanitarias y serv. sociales	60	-14,7	1.357,6	3,0	13,5	28,7
R. Act. Artísticas y entretenimiento	30,9	-23,1	252,2	-11,1	29,8	39,9
S. Otros servicios	31,2	4,3	372,1	14,5	18,5	25,4
T. Actv. Hogares	29,8	-40,8	636,1	-6,6	47,9	33,2
U. Act. organiz. y org. extraterrit.	0	-	5,9	103,4	0,0	94,7
<b>TOTAL</b>	<b>936,5</b>	<b>-16,7</b>	<b>16.871,0</b>	<b>-2,4</b>	<b>13,8</b>	<b>25,0</b>

Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

En cuanto a otro de los rasgos que determinan la elevada inestabilidad (y por tanto, de menor calidad del empleo), la temporalidad, el sector hostelero destaca también por tener una tasa de temporalidad muy superior a la del conjunto de la economía, del 34,1 y el 25 por ciento, respectivamente.



Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

En el sentido inverso, los ocupados del resto de edades se concentran, aunque también en el comercio, en otros sectores de mayor estabilidad en el empleo, donde las aportaciones de conocimiento y tecnología son superiores a las del resto de ramas sectoriales, como es el caso de la industria manufacturera o la administración pública y defensa y la educación.

Por ello, plantear un giro a las políticas activas, concentrando todos los recursos en favorecer exclusivamente la contratación de jóvenes, puede implicar otro tipo de situaciones no deseadas. El efecto desplazamiento sobre las mujeres, que durante esta crisis económica han supuesto el único sustento del hogar en muchos casos, puede dar al traste con los logros en cuanto a incorporación femenina al mercado laboral y acercamiento por tanto de las tasas de actividad a la media europea.

**Variaciones de los ocupados jóvenes y mujeres del resto de edades, por ramas de ocupación  
(4º trimestre de 2008-4º trimestre de 2011)**

	Jóvenes		Mujeres del resto de edades	
	%Var. 4T2008-4T2011	Diferencia 4T2011-4T2008	%Var. 4T2008-4T2011	Diferencia 4T2011-4T2008
A. Agricultura	-12,9	-6,9	1,2	2,5
B. Ind. extractiva	-75,8	-2,5	55,6	2,0
C. Ind. manufacturera	-60,5	-135,6	-14,2	-90,0
D. Energía eléctrica	106,5	3,3	-3,6	-0,5
E. Actividades gestión residuos	-74,0	-5,7	15,5	2,6
F. Construcción	-70,3	-141,4	-40,5	-61,7
G. Comercio	-35,0	-132,6	-3,7	-49,9
H. Transporte	-47,4	-28,0	-14,7	-25,9
I. Hostelería	-28,7	-51,9	-4,6	-31,1
J. Información y comunicación	-53,3	-27,6	-9,4	-16,4
K. Act. financieras y seguros	-46,3	-8,2	-3,1	-6,3
L. Act. inmobiliarias	-40,7	-1,1	-7,6	-4,4
M. Act. prof., científ. y técnicas	-50,7	-25,2	0,2	0,8
N. Act. administrativas	-45,5	-29,5	-5,7	-28,7
O. Admón. Pública y defensa	-36,9	-20,7	11,7	60,9
P. Educación	-37,3	-25,8	5,5	39,5
Q. Act. sanitarias y serv. sociales	-25,8	-20,9	7,9	75,4
R. Act. Artísticas y entretenimiento	-44,4	-24,7	-8,1	-9,0
S. Otros servicios	-34,5	-16,4	-4,8	-11,8
T. Actv. Hogares	-47,1	-26,5	-9,9	-63,8
U. Act. organiz. y org. extraterrit.	--	0,0	190,9	2,1
<b>TOTAL</b>	<b>-43,7</b>	<b>-727,5</b>	<b>-2,8</b>	<b>-214,0</b>

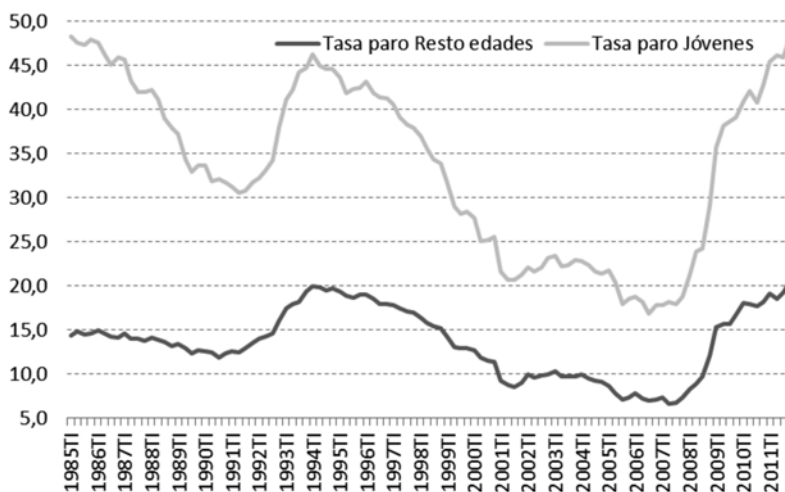
Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* (INE).

#### 4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

En cuanto a la dinámica del desempleo, en este trimestre se observa, de nuevo, un repunte de los desempleados, tanto hombres como mujeres, nacionales o extranjeros, jóvenes y de más edad.

La cifra de desempleados medidos a través de la Encuesta de Población Activa supera la barrera de los 5 millones (5.273.600 personas) por primera vez en nuestro país. Lo cual supone, con una población activa que se reduce ligeramente, una tasa de paro del 22,8 por ciento, como la del tercer trimestre de 1993, aunque en ese momento, con 3.653.300 desempleados.

Tasas de paro de los jóvenes y resto de edades, en porcentaje



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

Teniendo en cuenta la evolución del desempleo por edades, a pesar del espectacular incremento de las tasas de desempleo juvenil, resulta aún más preocupante la rapidez del aumento del desempleo de los trabajadores de más edad (mayores de 45 años).

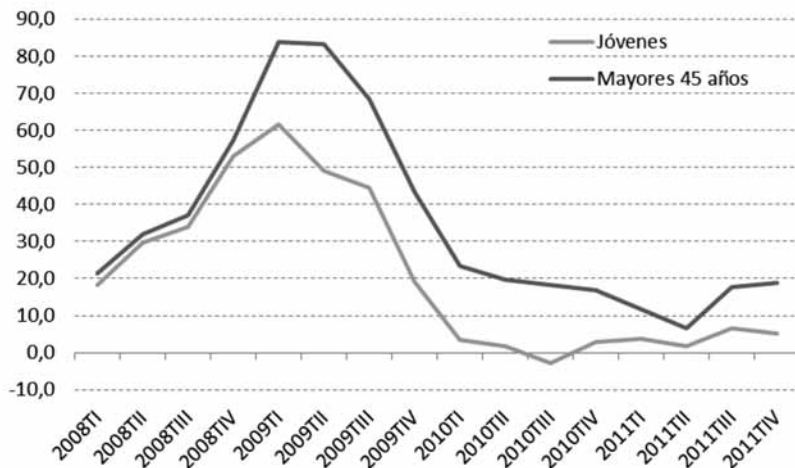
Por tanto, a pesar de ser necesarias las medidas de política laboral de carácter activo que favorezcan la incorporación de los jóvenes al mercado laboral, hay que tener en cuenta el posible desplazamiento que sobre las mujeres de más edad pudiera ocurrir. Hasta este momento, la pérdida de empleo juvenil (en la construcción se han perdido un 70,3 por ciento de empleos jóvenes) se ha cubierto parcialmente con la incorporación de mujeres no jóvenes en sectores también precarios (en cuanto a tasas de temporalidad y tiempo parcial no deseado).

Es otra forma de generalizar empleos de baja calidad, por menor remuneración y mayor inestabilidad, a la vez que sujetos a una flexibilidad horaria muy superior (en el comercio cada vez resulta más difícil compaginar turnos horarios con la vida personal: vamos hacia la precarización absoluta y si se abandonan las prácticas de negociación colectiva hasta ahora existentes, la indefensión de los trabajadores puede ser creciente).

En cuanto a la diferencia entre el la tasa de desempleo juvenil y la tasa de desempleo del resto de edades siempre se acrecienta en los periodos de crisis económica, debido al mayor uso del despido en la parte más débil (o los que se han incorporado en el último momento: el último que entra es el primero que sale, porque es más barato pero también porque tiene menos experiencia acumulada o cualificación en el propio puto de trabajo, con lo cual es más fácilmente sustituible). Es lo que ha ocurrido en esta crisis: los primeros en salir (despidos o finalización de contratos temporales) han sido los jóvenes, de manera que las tasas de desempleo se han disparado. Pero el ritmo de crecimiento del número de desempleados ha sido muy superior en el resto de edades, especialmente de los mayores de 45 años. Luego analizar los datos de desempleo exclusivamente a través de tasas de desempleo, es decir, número de desempleados respecto a la población en edad legal de trabajar y dispuesta a hacerlo inmediatamente, para lo cual pone todos los medios para buscar un empleo, puede distorsionar las conclusiones. En el caso del los jóvenes, la población activa es más variable: cuando una persona estudia a tiempo completo se considera que es inactiva, y el paso de los estudios a la búsqueda de empleo es inmediata y reversible, no tanto cuando las causas de la inactividad vienen dadas por la percepción del una pensión de jubilación, por ejemplo, o por la dedicación en exclusiva a las labores del hogar.

Como en el apartado de oferta de trabajo se ha señalado, la disminución del número de activos entre los más jóvenes supone, ya por sí sola, el aumento de la tasa de desempleo. Y esta disminución de actividad ha sido mucho más acusada entre los jóvenes que en el resto de edades. Porque, por el contrario, el incremento del número de desempleados ha sido mayor entre los de más edad (más de 45 años) que entre los jóvenes. Lo que sucedía anteriormente es que la proporción tradicional de estudiantes en las menores edades se había ido reduciendo: el fracaso escolar que hemos vivido ha sido más por abandono que por falta de educación. Durante la etapa expansiva la facilidad para encontrar empleos que no requirieran una calificación específica (por formación o por experiencia) permitió que una buena parte de los jóvenes abandonaran los estudios, la formación reglada, para optar por no invertir en su futuro y aprovechar la abundancia de empleo en ese contexto de crecimiento económico. Con la llegada de la crisis, la vuelta a la formación ha sido clara.

**Tasa de variación anual del número de desempleados jóvenes y mayores de 45 años, en porcentaje**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

Pero achacar los problemas del mercado de trabajo a la oferta (escasa formación de los trabajadores) es de nuevo desviar la atención de los verdaderos problemas: mientras no se modifique la estructura productiva, no habrá nada que hacer. Si, cuando llegue la recuperación económica, nuestra actividad fundamental se relaciona de nuevo con el sector de la construcción, por muy formados que estén los trabajadores, las necesidades de mano de obra del sector no van a cambiar: no van a contratar a científicos, ingenieros industriales o soldados bajo el agua si lo que se necesita es trabajadores que levanten paredes o alicaten una cocina. Lo que hace falta es dirigir la inversión hacia sectores de mayor crecimiento del valor añadido y mayor competitividad en calidad, que es lo que hará que se requiera mano de obra cualificada.

Por otra parte, si las políticas se centran en reducir costes (de despido, laborales o salariales...) estaremos señalando que el problema al que nos enfrentamos tiene un origen en una explosión de costes. Y en esta crisis no es así: claramente el problema lo encontramos en la demanda. ¿O es que la razón de no construir más casas es que ahora resulta relativamente mucho más costoso hacerlas? No, la razón de no construir más es que ahora no se venden, no hay una demanda creciente como unos años atrás. De acuerdo, habrá que reajustar los costes a la nueva situación, pero no es el principal problema. Luego las soluciones (medidas de política económica) no pueden basarse exclusivamente en un abaratamiento de costes.

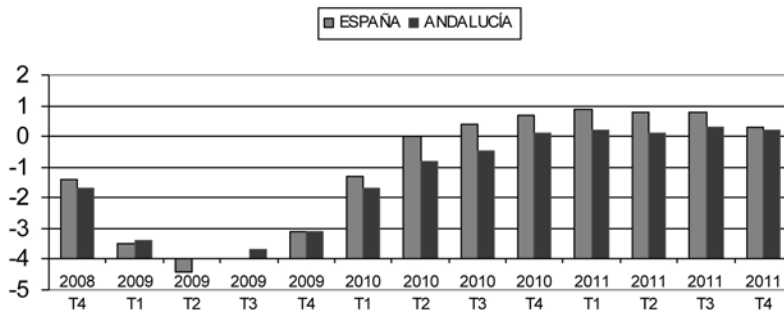
Necesitamos converger, para que los efectos de las políticas comunes (monetaria, y por lo que parece próximamente fiscal también) sean similares y no, como en esta crisis, completamente distintos debido a situaciones de partida diferentes (es decir, no haber alcanzado la convergencia real cuando se requería, haciendo hincapié únicamente en la convergencia nominal). Y para ello es necesario identificar adecuadamente los problemas del mercado laboral para poder corregir los desequilibrios con las medidas correspondientes. Evidentemente el desempleo juvenil supone un problema, pero no es ni el único ni el más importante. Es más preocupante la pérdida de empleos de las personas de más edad, porque sus posibilidades de reincorporación son, a medida que pasa el tiempo, cada vez menores.

## **5. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA**

La economía andaluza sigue una senda de crecimiento paralela al conjunto de la economía española y en el cuarto trimestre de 2011 el débil crecimiento del PIB se ha visto reducido respecto a los trimestres anteriores. La contabilidad regional publicada por la Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía de la Consejería de Economía de la Junta de Andalucía avanza que la tasa de variación interanual del PIB de la economía andaluza se situó en el cuarto trimestre de 2011 en un 0,2%, reduciendo una décima respecto a la estimación del tercer trimestre del año. El conjunto de la economía española presentó una tasa de variación interanual del 0,3% en el mismo periodo, bajando desde el 0,8% estimado para el tercer trimestre del año,

Estas cifras indican que tanto la economía española como la andaluza se encuentran en un proceso de desaceleración que previsiblemente conducirá a unas tasas negativas de variación interanual del PIB en el año 2012. Así lo han señalado las previsiones de varios institutos económicos nacionales e internacionales en referencia a la futura evolución de la economía española. La caída de la actividad económica nos enfrenta a una probable nueva recesión en el año 2012 lo que implicará una continuación del deterioro del mercado de trabajo tanto nacional como andaluz. Si las previsiones se cumplen, el deterioro del empleo y el aumento del desempleo pueden conducir a una situación más deteriorada el año 2012. Las políticas de reequilibrio presupuestario que las Administraciones Públicas van a adoptar con el objetivo de cumplir los compromisos de déficit público que España ha adquirido en el seno de la UEM europea, tendrán su reflejo en la reducción de la demanda doméstica y por tanto en el empleo, ya que, como señala la teoría económica, la demanda de trabajo es una demanda derivada de la demanda de producto.

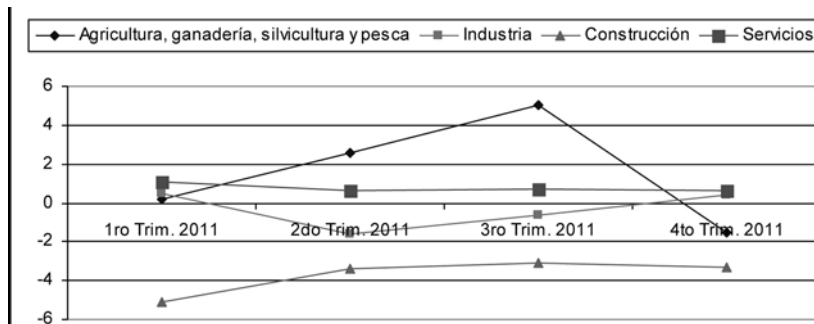
**PIB. TASA INTERANUAL. EVOLUCIÓN TRIMESTRAL. BASE 2008. Datos corregidos de estacionalidad**



Fuente: INE, Contabilidad Nacional Trimestral de España e IECA, Contabilidad Regional Trimestral de Andalucía

Una visión más detallada de la evolución de los distintos componentes del PIB, tanto desde el punto de vista de la demanda como de la oferta, puede aportar alguna información adicional para comprender el comportamiento del PIB regional en el año 2011. Atendiendo a los componentes de la demanda en el cuarto trimestre de 2011, el factor positivo ha corrido a cargo de las exportaciones que presentan una tasa de crecimiento interanual del 8,3%, lo que unido a la caída de las importaciones (-0,4%) coloca al sector exterior como el que contribuye de forma positiva al crecimiento del PIB. En la situación contraria se sitúan las rúbricas de consumo, tanto de los hogares como especialmente de las Administraciones Públicas (-3,8%). Esto indica el efecto de las políticas de ajuste del gasto público que se han realizado este año y auguran el efecto de las medidas que se tomarán en el próximo año. También se ha estimado para este trimestre una importante reducción de la formación bruta de capital (-6,2%). Todo ello implica que la demanda regional ha caído en el cuarto trimestre de 2011 en un -3,0% en términos de variación anual. Desde el punto de vista de la oferta, las tasas de variación interanual de los diversos sectores productivos muestran que los sectores de la industria y los servicios presentan unas tasas de crecimiento reducidas, pero positivos en el cuarto trimestre de 2012 (0,4% y 0,6% respectivamente). En el lado opuesto se encuentran el sector agrícola y sobre todo la construcción para los que se estiman unas tasas de variación interanual negativas relativamente elevadas (-1,5% y -3,3% respectivamente).

**SECTORES ECONÓMICOS. TASAS VARIACIÓN INTERANUAL. ANDALUCÍA 2011  
(Avance)**



Fuente: Contabilidad Regional Trimestral de Andalucía. Base 2008. IEyCA.

Los datos que aportan los primeros avances de la Contabilidad Regional Trimestral de Andalucía indican un crecimiento muy débil de la economía andaluza a lo largo de 2011. En este contexto, las variables laborales andaluzas muestran el deterioro del mercado de trabajo andaluz. Según los datos de al Encuesta de Población Activa referidos al cuarto trimestre de 2011 el número de personas ocupadas en Andalucía se situó en 2.749.600 los que implica una reducción de casi cien mil personas respecto al mismo trimestre de 2010. El número de desempleados alcanzó la cifra de 1.248.500, lo que representa un aumento de 121.100 personas respecto al mismo periodo de 2010. La tasa de actividad media de Andalucía fue del 58,9%, la tasa de empleo el 40,5% y la tasa de paro el 31,2%. La tasa de paro sigue alcanzando máximos en el periodo de crisis económica en la que está inmersa la economía andaluza.

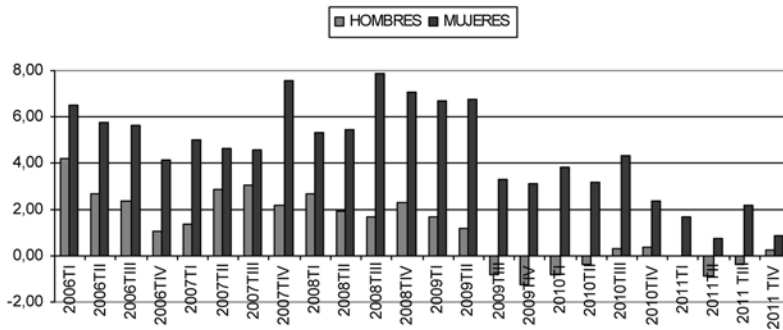
### **OFERTA DE TRABAJO**

En el último trimestre de 2011, el número de personas laboralmente activas en Andalucía alcanzó la cifra de 3.998.100, lo que significa un aumento de 12.400 personas respecto al trimestre anterior y un aumento de 21.600 respecto al mismo trimestre del año 2010 lo que representa un aumento del 0,54% en términos de tasa de variación interanual. El número de varones activos se situó en 2.250.900, mientras que el de mujeres laboralmente activas se estimó en 1.747.100. La población activa sigue creciendo fundamentalmente por la incorporación de mujeres al mercado laboral., pues mientras que la población activa femenina creció en el 0,91%, la población activa masculina sólo lo hizo en un 0,26%.

El comportamiento diferenciado entre hombres y mujeres en términos de incorporación al mercado de trabajo viene de largo y se puede interpretar en términos tendenciales, pero se ha acentuado en los años de la crisis económica.

En este sentido, se podrían distinguir dos periodos, El primero que iría entre 2007 y mitad de 2009, la población activa andaluza crece por incorporación de hombres y sobre todo mujeres. A partir de la mitad de 2009, las tasas de variación interanual siguen siendo positivas para las mujeres, pero a unos niveles menores que en los periodos anteriores, y son negativos para el grupo de los varones. Podríamos explicar este comportamiento como consecuencia de la suma de los efectos de trabajador añadido y trabajador desanimado. En época de recesión económica, la perspectiva de pérdida de empleo por parte de los miembros del hogar empleados, pueden desencadenar la búsqueda activa de empleo por parte de otros miembros de la unidad familiar que anteriormente eran laboralmente inactivos. El efecto del trabajador desanimado, por el contrario, tiene en consideración el efecto de la recesión sobre el número de desempleados aumentando la dificultad de encontrar empleo y generando una percepción muy negativa por parte de la posibilidad de encontrar empleo. En este caso se puede dejar de intentar encontrar empleo, y abandonar por tanto la población activa. Podríamos pensar que el efecto del trabajador añadido predomina en el grupo de las mujeres, si bien esta afirmación intuitiva exige un análisis más detallado del que podemos realizar en un trabajo del tipo del que aquí realizamos, ya que el estudio de los agregados laborales tipo variables stock con los que estamos trabajando, son el resultado de incorporaciones y abandonos, por lo que comparaciones entre periodos reflejan saldos netos de las variables flujos que se producen en un mercado de trabajo dinámico y vivo como ocurre en la realidad.

**TASA VARIACIÓN INTERANUAL POBLACIÓN ACTIVA (%).  
ANDALUCÍA 2007T1-2011TIV**

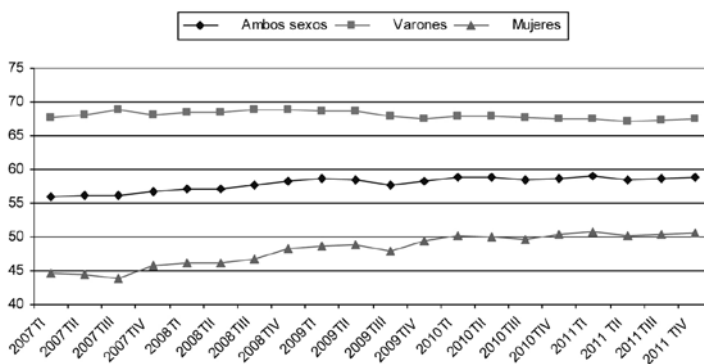


Fuente: EPA y elaboración propia

La tasa de actividad media de la población andaluza se situó en el cuarto trimestre de 2011 en el 58,86% (52,93% para el conjunto de la economía española), lo que significó un aumento de 0,14 puntos respecto al trimestre anterior y de 0,13 puntos respecto al mismo trimestre de 2010. La tasa de ac-

tividad de los varones se situó en el 67,49%, 19 décimas superior a la media de los varones en el conjunto de España, mientras que las mujeres presentan una tasa de actividad del 50,53%, 2,40 puntos inferior a la media del mercado de trabajo español para este grupo poblacional. En general, se observa que la tasa de actividad de las mujeres ha frenado su crecimiento a partir de 2010 y se ha estabilizado en torno al valor medio del 50%, y algo parecido ha ocurrido con la población masculina cuya tasa está estabilizada en torno al 67%. Parece inferirse un cierto estancamiento en la dinámica del mercado de trabajo en los últimos dos años, frente a la evolución de los trimestres anteriores a 2010.

TASA DE ACTIVIDAD. ANDALUCÍA 2007TI-2011TIV

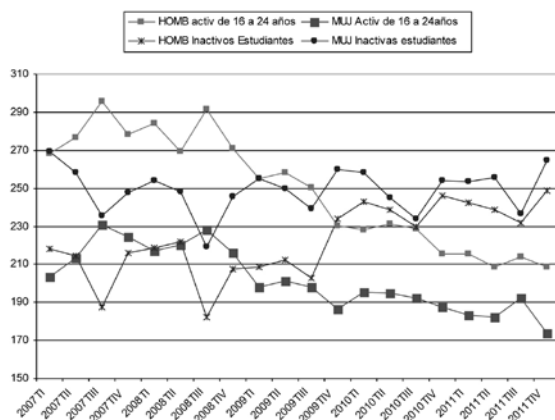


Fuente: EPA y elaboración propia

Una de las características significativas de la crisis actual es su especial incidencia en la población más joven. Observando la evolución de la población activa de los jóvenes de edad comprendida entre los 16 y los 24 años en Andalucía, se observa que su número cae de forma significativa a lo largo de los últimos trimestres, en especial a partir del comienzo de 2009. Por el contrario, el número de inactivos que declaran como principal causa de inactividad el estar realizando estudios se ha mantenido más o menos estable, en el mismo periodo (naturalmente sujeto a una fuerte estacionalidad causada por la dinámica propia de los cursos académicos). También hay que destacar que se ha producido una importante convergencia entre el número de personas inactivas que indican como principal causa de inactividad ser estudiantes. A partir del año 2009, la diferencia en el número de estudiantes entre mujeres y hombres significativamente a favor de las mujeres, se va reduciendo paulatinamente. El papel de la educación es básico en el desarrollo económico de cualquier sociedad. El aumento del número de estudiantes sobre todo varones y especialmente a partir de 2009 puede explicarse a partir de los postulados de la teoría económica del capital humano como una reducción de los costes de oportunidad de estudiar como consecuencia de

la pérdida de posibilidades de ocupación por parte de los trabajadores ya que la ocupación está cayendo. Este fenómeno es especialmente importante para los hombres ya que en tendencias, el número de mujeres inactivas que señalan como causa principal de inactividad los estudios ha oscilado en torno a una media de 250,000 personas en el periodo 2007-2011.

#### POBLACIÓN ACTIVA JÓVENES Y POBLACIÓN INACTIVA ESTUDIANTES ANDALUCÍA 2007T1-2011TIV. En miles



Fuente: EPA y elaboración propia

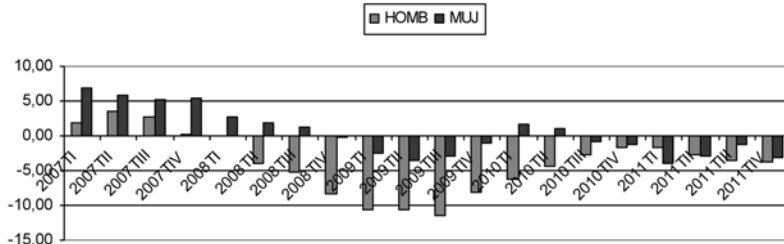
### DEMANDA DE TRABAJO

Como hemos señalado anteriormente, la demanda de trabajo está íntimamente relacionada con la evolución de la actividad económica. La caída de la producción como consecuencia de la crisis económica se traduce en un deterioro del empleo. La población ocupada en Andalucía en el cuarto trimestre de 2011 se ha situado en 2.749.600 personas, 3.200 menos que en el trimestre anterior y 99.500 menos que en el mismo trimestre del año 2010, lo cual significa una tasa de variación interanual del -3,49%. El empleo de los varones se situó en 1.580.100, lo que significa una reducción de 4.500 respecto al trimestre anterior y 62.900 menos respecto al mismo trimestre de 2010 (-3,83%). La ocupación de las mujeres alcanzó la cifra de 1.169.500, lo que implica un ligero aumento respecto al trimestre anterior (1.300 personas) pero un descenso de 36.600 efectivos respecto al mismo trimestre del año precedente (-3.03%).

La desaceleración de la economía andaluza, a la que hemos hecho referencia al comienzo de este apartado, está generando una pérdida paulatina de los niveles de empleo en nuestra Comunidad Autónoma. En este último trimestre de 2011 la ocupación ha alcanzado una cifra mínima en el periodo comprendido entre 2007 y 2011. En el cuarto trimestre de 2007 la ocupación en Andalucía alcanzó una cifra de 3.220.900 personas, por tanto la caída del empleo en

estos cuatro años se puede estimar en 471.300 ocupados o sea una pérdida de empleo del 14,63% a lo largo del periodo considerado.

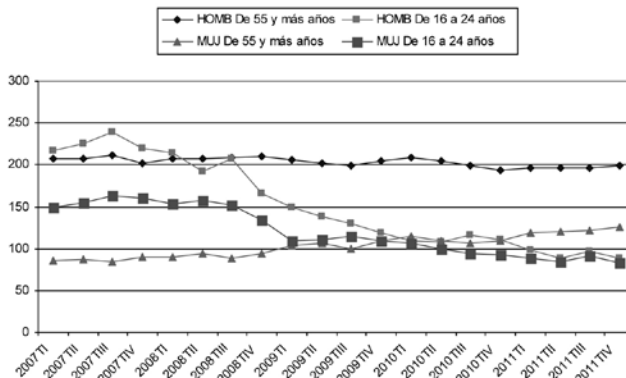
**TASA VARIACIÓN INTERANUAL DE LA OCUPACIÓN  
ANDALUCÍA 2007TI-2011TIV**



Fuente: EPA y elaboración propia

A lo largo de los años de la crisis, la caída de la ocupación ha afectado especialmente a los varones en Andalucía, grupo social que ha experimentado tasas de destrucción de empleo más fuertes y más continuadas que el grupo de las mujeres. Si se comparan los niveles de ocupados del cuarto trimestre de 2011 con los del mismo trimestre de 2007, la pérdida de empleo entre los hombres ha sido de 401.300 efectivos (un 20,25% del empleo de 2007), mientras que la pérdida de empleo entre las mujeres ha sido de 70.000 (una ha caído en términos interanuales un 5,65%). De acuerdo con los datos podríamos distinguir dos subperiodos en estos cuatro años. Unos primeros trimestres en los que la pérdida de empleo la sufrieron los varones de forma cada vez más acusada y una segunda fase en la que las tasas de variación interanuales toman valores negativos para los dos colectivos y además la diferencia entre ellas no es muy elevada.

**POBLACIÓN OCUPADA JÓVENES Y MAYORES  
ANDALUCÍA 2007TI-2011TIV. En miles**



Fuente: EPA y elaboración propia

Si consideramos, la evolución del empleo entre ambos sexos, y nos centramos en los grupos de edad más extremos, veremos que han sido los hombres jóvenes (de menos de 25 años) el grupo de empleados cuyo número ha descendido de forma más acusada entre 2007 y 2011. En concreto, en el periodo comprendido entre los últimos trimestres de esos dos años, el grupo de varones menores de 25 años perdió 132.300 efectivos, o sea un 60,0% del empleo al comienzo del periodo. La pérdida de empleo para las mujeres de ese mismo grupo de edad ha sido de 76.700 personas o sea un 47,88%. Es evidente el impacto de la crisis económica sobre los trabajadores más jóvenes andaluces, sin embargo, no ha sido así entre los mayores de 55 años. En el caso de los hombres, su nivel de empleo en términos absolutos se ha visto prácticamente inalterados en el periodo de tiempo que estamos considerando, se ha estabilizado en torno a 200.000 efectivos, No ocurre lo mismo con las mujeres de esa misma edad, cuyo número ha bajado de forma sustancial (76.700 personas entre los cuartos trimestres de 2007 y 2011) si bien hay que destacar que han sido los años 2008 y 2009 en los que la pérdida de empleo se ha agudizado especialmente.

Es evidente que esta evolución es el resultado de múltiples factores, si bien podemos destacar la estructura de la ocupación, como uno de los más importantes. Como ya se ha señalado en trabajos anteriores, la caída drástica del sector de la construcción puede explicar la pérdida de empleo especialmente relevante entre los varones y de relava baja cualificación. Entre el cuarto trimestre de 2008 y el mismo trimestre de 2011 el sector de la construcción ha perdido 153.400 ocupados varones lo que representa el 64,43% del total de la pérdida de empleo de este grupo. En el caso de las mujeres, la rama de actividad que más empleo femenino perdió en ese mismo periodo de tiempo ha sido el comercio al por mayor y menor en una cifra estimada de 34.600 personas, lo que representa el 51,87% del total del empleo perdido.

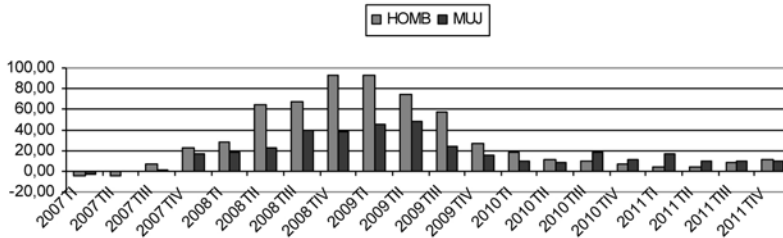
## DESEMPLEO

Como ya se ha señalado al comienzo de este epígrafe, la dinámica del desempleo sigue siendo muy negativa en Andalucía. El número de desempleados en el cuarto trimestre de 2011 se situó en 1.248.500 personas, aumentando en 15.600 respecto al trimestre anterior y en 121.100 personas respecto al mismo trimestre de 2010. Esta cifra significa un nuevo máximo del número de desempleados en Andalucía según la estimación de la EPA. En el cuarto trimestre de 2011, el número de varones desempleados se estima en 670.900 y el de mujeres desempleadas en 577.600. Si tenemos en cuenta el periodo comprendido entre los cuartos trimestres de 2007 y 2011, el número de desempleados aumentó en 724.400 personas de las que 439.700 son hombres y 284.700 mujeres.

Si tenemos en cuenta la evolución del desempleo tanto para los hombres como para las mujeres en el periodo de crisis se observa que el impacto ha sido mayor entre los varones y sobre todo en el primer periodo años hasta 2009, en el que el desempleo creció con gran virulencia. A partir de 2010, las tasas inte-

ranuales de variación del desempleo se atenúan y se equilibran entre hombres y mujeres. Observamos, de nuevo, dos subperiodos en la forma en la que la crisis económica se ha reflejado en el mercado laboral, una primera fase de mayor impacto en el grupo de los hombres y luego un impacto más parejo entre los dos colectivos. Debido a esta evolución, en términos absolutos, el número de desempleados varones es superior entre lo hombres en Andalucía desde 2008.

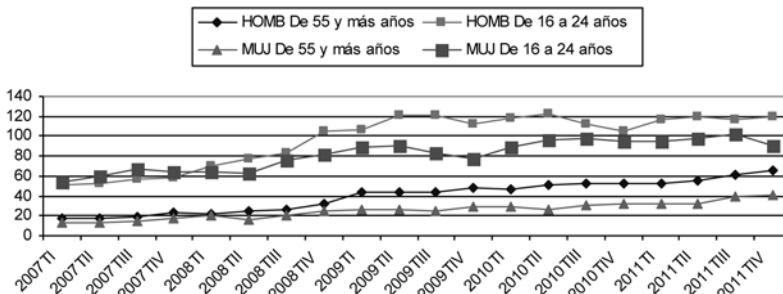
**TASA VARIACIÓN INTERANUAL POBLACIÓN DESEMPLEADA. ANDALUCÍA 2007TI-2011TIV**



Fuente: EPA y elaboración propia

Siguiendo la misma tónica que en los apartados anteriores podemos considerar ahora la evolución del desempleo en los grupos de edad más jóvenes (menores de 25 años) y de más edad (mayores de 55 años) para observar cómo les ha afectado la crisis económica en términos de número de desempleados. El aumento del paro ha sido la tónica dominante en ambos grupos de edad tanto hombres como mujeres. En términos absolutos, el aumento del número de desempleados más significativo ha correspondido a los jóvenes de menos de 25 años, especialmente a los hombres cuyo número aumentó en 62.300 personas entre el cuarto trimestre de 2007 y el mismo trimestre de 2011. También se significativo, aunque menor, el aumento del desempleo entre los varones de más edad cuyo número aumentó en 41.500 en este mismo periodo de tiempo.

**POBLACIÓN DESEMPLEADA. ANDALUCÍA 2007TI-2011TIV. En miles**

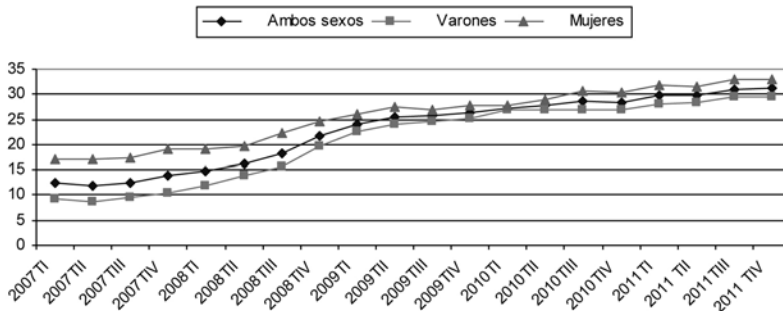


Fuente: EPA y elaboración propia

La tasa de paro media en Andalucía alcanzó el 31,23%, aumentando en 0,29 puntos respecto al trimestre anterior y en 2,88 puntos respecto al mismo trimestre de 2010. La tasa de paro media de los hombres en este periodo en nuestra región fue del 29,80% y del 33,06% para las mujeres. La población de nacionalidad española presentó una tasa de paro media del 30,46% y la de nacionalidad extranjera del 37,38%. Si bien en términos absolutos, el desempleo afecta más a hombres que a mujeres, en términos de tasas de paro ocurre lo contrario, si bien se pone de manifiesto que la crisis económica ha provocado un proceso de convergencia entre ambas tasas que al comienzo de la crisis diferían de forma significativa.

A modo de reflexión final y de conjunto de lo que hemos expuesto hasta ahora, el impacto de la crisis, que se prolonga ya por cuatro años, está afectando de forma diferenciada a los diversos grupos sociales. Entre los más afectados está el de los jóvenes menores de 25 años y especialmente los varones. Este es el grupo social que ha experimentado un impacto más fuerte de la crisis en términos de pérdida de empleo, aumento del número de desempleados. La caída de la actividad económica ha tenido un fuerte impacto en el empleo y las previsiones de reducción del PIB para el conjunto de la economía española el año 2012 presentan un panorama de mayor deterioro en esta variable laboral.

#### TASA DE PARO. ANDALUCÍA 2007TI-2011TIV



Fuente: EPA y elaboración propia

## INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Cuarto trimestre de 2011

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA(*)	VB(*)	Dato	VA(*)	VB(*)
<b>I. MERCADO DE TRABAJO</b>								
Población activa	Miles	4º Trim. 11	23.081,20	-0,2	-0,1	3.998,10	1,0	0,5
Tasa de actividad	Porcentaje	4º Trim. 11	59,94	-0,2	-0,1	58,86	0,1	0,1
Hombres	..	..	67,30	-0,3	-0,4	67,49	0,2	0,0
Mujeres	..	..	52,93	0,0	0,3	50,53	0,1	0,2
16-19 años	..	..	17,12	-5,0	-2,0	21	-2,1	0,9
20-24 años	..	..	61,64	-3,4	-2,2	61,16	-2,8	-2,9
25-54 años	..	..	86,28	0,5	0,5	82,78	0,7	0,0
Más de 55 años	..	..	22,17	0,2	0,6	20,68	0,4	1,6
Ocupados	Miles	4º Trim. 11	17.807,50	-1,9	-3,3	2.749,60	-0,1	-3,5
Agricultura	..	..	808,50	14,2	0,5	242,90	44,2	-1,8
Industria	..	..	2.526,30	-1,9	-3,7	248,00	-3,2	-5,7
Construcción	..	..	1.276,90	-6,8	-18,8	191,50	-7,5	-18,6
Servicios	..	..	13.195,90	-2,3	-1,6	2.067,20	-2,5	-1,7
Asalariados del sector público	..	4º Trim. 11	3.136,10	-2,6	-1,0	556,80	-3,2	-2,4
Asalariados temporales	..	4º Trim. 11	3.704,40	-6,2	-2,5	780,50	-0,7	-4,4
Parados encuestados	..	4º Trim. 11	5.273,60	5,9	12,3	1.248,50	1,3	10,7
Hombres	..	..	2.840,10	6,2	11,6	670,90	1,9	11,4
Mujeres	..	..	2.433,60	5,6	13,1	577,60	0,6	10,0
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	4º Trim. 11	22,85	1,3	2,5	31,23	0,3	2,9
Hombres	..	..	22,46	1,4	2,5	29,80	0,4	3,0
Mujeres	..	..	23,32	1,2	2,5	33,06	0,1	2,7
16-19 años	..	..	69,35	8,9	5,5	73,93	4,6	6,2
20-24 años	..	..	44,45	2,2	6,1	50,41	0,8	5,0
25-54 años	..	..	21,44	1,5	2,5	29,26	0,4	2,8
Más de 55 años	..	..	15,55	1,3	1,7	24,64	0,4	2,6
Parados de larga duración	..	..	50,02	1,8	4,1	50,59	2,6	5,9
Parados registrados	Miles	4º Trim. 11	4.401,20	6,2	7,4	975,30	5,6	6,9
<b>II. CONDICIONES DE TRABAJO</b>								
Salario mínimo	€/mes	4º Trim. 11	641,4	0,0	1,3	“	“	“
Coste laboral por trabajador	€/mes	3º Trim. 11	2.456,91	-5,5	1,5	2.272,99	0,0	1,3
Industria	..	..	2.796,76	-3,9	2,2	2.605,23	-6,9	1,6
Construcción	..	..	2.517,27	-7,5	1,8	2.456,07	0,0	-0,8
Servicios	..	..	2.381,58	-5,6	1,4	2.204,17	-6,6	2,3
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	3º Trim. 11	132,50	-10,7	-2,6	136,60	-8,0	2,1
<b>III. REGULACIÓN DE EMPLEO</b>								
Expedientes	Total	Nov. 11	3.845,00	-8,9	-24,2	320,00	-27,6	-30,0
	Trabajadores	..	61.163,00	-13,5	-37,2	3.034,00	-60,1	-60,1
	Extinción de empleo	..	12.120,00	-24,8	-11,8	669,00	-67,9	-44,6
	Suspensión de empleo	..	42.248,00	-6,0	-31,3	1.851,00	-61,5	-66,6
	Reducción de jornada	..	6.795,00	-29,6	-69,4	494,00	-31,7	-51,7
<b>IV. CONFLICTOS LABORALES</b>								
Huelgas	Total	Octub. 11	98,00	-53,8	-68,8	..	..	..
Participantes	Miles	..	18,80	-44,2	-51,1	0,90	28,6	800,0
Jornadas no trabajadas	..	..	42,05	-38,9	-53,1	1,90	-5,0	-64,8
<b>V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS</b>								
Crecimiento económico	Porcentaje	3º Trim. 11	0,80	0,1	0,6	“	“	“
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	Oct. 11	-3,64	-0,4	-0,7	“	“	“
Inflación	Porcentaje	4º Trim. 11	2,40	-0,7	-0,6	“	“	“
Tipo de interés (Euribor 12) meses)	Porcentaje	4º Trim. 11	2,05	0,0	0,0	“	“	“

(\*) 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 EN 2011

FRANCISCO PINA PÉREZ

*Jefe de Servio de Negociación Colectiva*  
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL)

La negociación colectiva durante el ejercicio 2011 ha sido un reflejo de la complicada situación económico y social en la que se han desarrollado los procesos negociales. El proceso negocial se enfrentaba en el año 2011 a la negociación de trescientos convenios colectivos que terminaron su vigencia a finales del año 2010 o lo hacía a lo largo de este ejercicio, de los cuales setenta y uno eran convenios colectivos de sector. A ellos debía acumularse la pendencia de negociaciones de años anteriores, en torno a unos cuatrocientos setenta. Se trataba por tanto de un elevado número de convenios, de los cuales ciento cuarenta y tres eran de ámbito sectorial.

Al finalizar el año 2011, de los convenios colectivos que debían haberse negociado durante el año aún restaban algo más de doscientos cuarenta convenios colectivos por negociar, de los cuales cincuenta y siete eran de sector, a los que habría de sumar otros treinta y seis convenios de sector más que continuaron su pendencia arrastrada de ejercicios anteriores.

Un cúmulo de circunstancias tanto intrínsecas como extrínsecas a los procesos negociales se encuentran en el porqué de esta ralentización en las negociaciones:

Por una parte la coyuntura económica, marcada por las consecuencias de la crisis internacional financiera, y que durante este año ha tenido una derivada sobre la deuda soberana de los estados, así como las elevadas tasas de desempleo y la continuación de la contracción de la actividad empresarial y la consecuente caída de la producción.

Por otra parte, la incertidumbre legislativa que ha acompañado todo el ejercicio 2011, y que se reflejó durante el primer semestre en una “espera” de las mesas de negociación a la anunciada reforma de la negociación colectiva. Reforma que finalmente llegaría mediante Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 junio, pero sin el consenso previo de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, que pese a negociar durante todo ese tiempo no fueron capaces de alcanzar un acuerdo en los tiempos requeridos por el Gobierno. La incertidumbre legislativa continuó en el segundo semestre, con el consecuente reflejo en las mesas de negociación, pues la mencionada norma había de tramitarse como Ley en el Parlamento, siendo previsible que en el iter parlamentario

se alterase lo regulado. A esta incertidumbre se unió el anuncio de anticipo de elecciones legislativas a noviembre y el más que probable cambio de signo en el Gobierno que vaticinaban las encuestas, y que provocó que finalmente no llegase a tramitarse como ley la mencionada reforma de la negociación colectiva. Tras las elecciones, el nuevo Gobierno, anunció su intención de volver a reformar la legislación en esta materia, pidiendo a las organizaciones que continuaran negociando en aras de conseguir un acuerdo que, en su caso, pudiera llegar a reflejarse en la nueva norma. Así, el año terminaba con la misma incertidumbre sobre la reforma legislativa en materia de negociación colectiva con la que había comenzado.

Asimismo, el Acuerdo para la Mejora del Empleo y la Negociación Colectiva, el AENC 2010-2012, que estaba, en principio, llamado a propiciar permitir y el desbloqueo la negociación colectiva en el año 2011, pronto comprobó su escasa repercusión en esta tarea. Admitiendo por otra parte, los propios firmantes, la necesidad de renegociar dicho Acuerdo antes de terminar la vigencia del mismo, tanto para adecuarlo a los nuevos marcos legislativos, como al contexto económico previsto, que lejos de atisbar una mejoría, había continuado durante el año 2011 la misma línea.

Así, como regla general, durante el año 2011 se mantuvieron judicializados los conflictos derivados de las revisiones salariales que comenzaran en 2009, siendo escasos los casos en los que se consiguió desbloquear estos conflictos extrajudicialmente.

Estas razones podrían explicar que el número de convenios colectivos vigentes en el territorio de la Comunidad Autónoma Andaluza al finalizar el ejercicio 2011 haya sido el más bajo de los últimos quince años, alcanzado la cifra de 614 convenios colectivos, debiéndonos remontar a finales de los años 90 para encontrar cifras similares de convenios colectivos vigentes en nuestra comunidad. En este aspecto nuestra comunidad no ha sido ajena al conjunto del estado, que igualmente ha registrado un descenso muy acusado en el número de convenios registrados pasando de una cifra cercana a los cuatro mil convenios colectivos en el 2010 a algo más de dos mil quinientos en 2011.

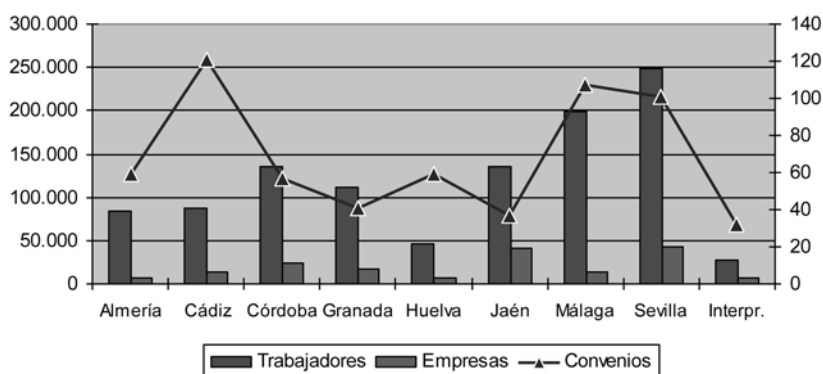
De los 614 convenios colectivos vigentes en Andalucía, la gran mayoría corresponden a un ámbito funcional negociador de nivel de empresa o inferior, alcanzando a 502 de los convenios vigentes, lo que supone el 81,76% del total; por el contrario, los convenios de sector suponen 112 del total, es decir, un 18,24% de los mismos. De la totalidad de esos convenios, 183 son "originarios" --esto es, han sido recepcionados a lo largo de este año por el CARL--, mientras que el resto de los convenios, 431 son "revisados" --esto es, firmados durante años anteriores que continúan vigentes en 2011--.

La extensión territorial de su eficacia o ámbito geográfico, permite afirmar respecto a la distribución provincial de estos convenios, que el mayor índice

de actividad negociadora se localiza en la circunscripción de Cádiz, provincia a la que corresponde un número de 121 del total de convenios vigentes en Andalucía.

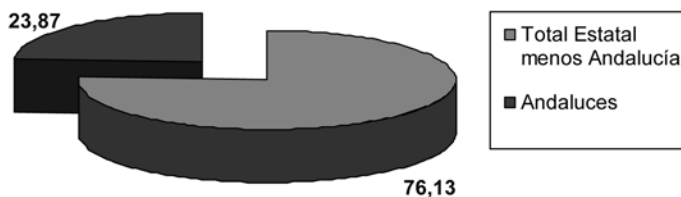
Respecto a la distribución provincial de los convenios, por trabajadores y empresas, puede observarse que las provincias que tienen mayor número de trabajadores, como ocurriera en años precedentes, continúan siendo Sevilla, Málaga y Jaén, sin embargo, no son aquellas en las que se negocia el mayor número de convenios colectivos, sino que esta actividad es más intensa en la provincia de Cádiz. De esto se deduce la existencia de mayor uniformidad en la negociación colectiva en las provincias de Málaga y Sevilla, donde existe o bien menor atomización empresarial que en Cádiz, dado que un menor número de convenio acoge casi al doble de los trabajadores -por lo que la tendencia es la existencia de grandes empresas con alto número de trabajadores-; o bien mayor cultura por negociar convenios colectivos de ámbito provincial y/o de sector, frente a los convenios de ámbito de empresa.

**Distribución provincial de convenios (eje de la derecha), trabajadores y empresas**



La trascendencia de estos datos se aprecia mejor comparándolos con la negociación colectiva del conjunto del Estado o de otras Comunidades. Para ello se utilizará como fuente las Estadísticas de Convenios Colectivos de Trabajo del MTAS a fecha de 31 de diciembre de 2011. Desde esta perspectiva, los convenios colectivos registrados a diciembre de 2011 constituyen un total de 2.572, lo que supone que los convenios andaluces representarían el 23,87% del total de convenios computables.

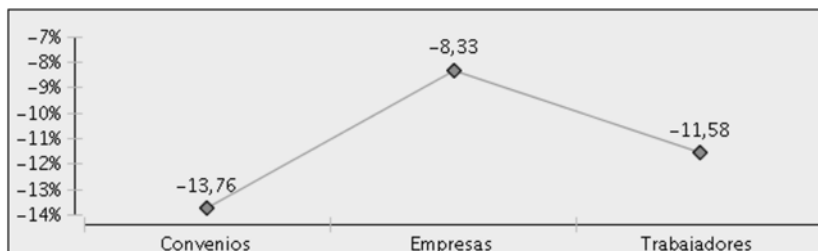
### Proporción de convenios andaluces sobre el total del conjunto del Estado



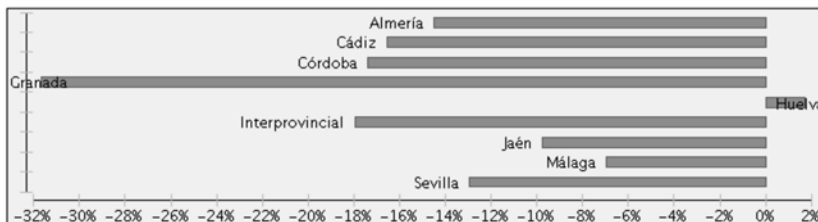
Fuente: CARL y estadística de Convenios Colectivos de Trabajo del MTAS, en relación con los convenios registrados en el mes de diciembre 2011 con datos obtenidos hasta el 31 de enero de 2012.

Examinando las cifras derivadas de la negociación colectiva vigente en el mismo periodo de tiempo del año anterior, se observa que los datos de 2011 suponen una alteración en todas las magnitudes: Número de convenios vigentes, número de empresas afectadas y número de trabajadores incluidos. En el año 2011 se encuentran vigentes un 13,76 % menos de convenios, en el ámbito de afectación tenemos un 8,33% menos de empresas y un 11,58% menos de trabajadores.

### Variación porcentual respecto a año anterior. Convenios, empresas y trabajadores



### Comparativa interanual número de convenios colectivos vigentes por provincias

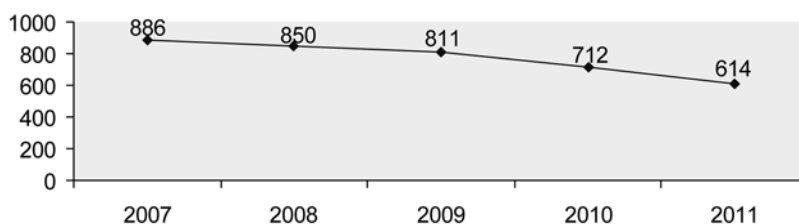


Si provincializamos se aprecia la disminución global de convenios si lo comparamos con datos similares de fechas anteriores, observamos que sólo se incrementa en los convenios de Huelva.

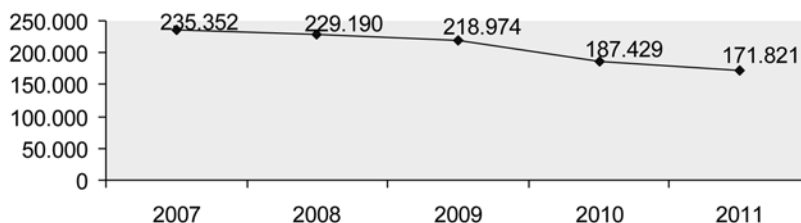
A su vez, y si se realiza un análisis comparativo de la evolución de la negociación colectiva desde el año 2006 hasta la fecha, se aprecia un aumento de convenios hasta el año 2007 y un descenso del número de convenios en los años siguientes.

Por lo que respecta al ámbito de afectación de estos convenios, observamos la disminución de trabajadores acogidos a la negociación, rompiendo la constante mantenida desde el año 2008, como indican los gráficos siguientes, así como una caída en el número de empresas acogidas a estos convenios.

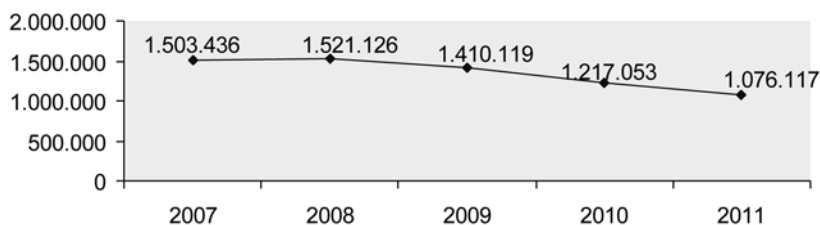
**Número de convenios colectivos vigentes. Evolución**



**Gráfico 1. Empresas acogidas a convenios colectivos vigentes. Evolución**



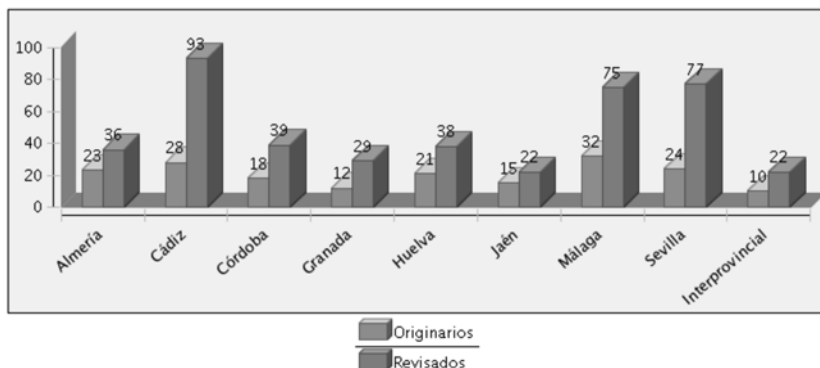
**Gráfico 2. Trabajadores acogidos a convenios colectivos vigentes. Evolución**



De los 614 convenios vigentes en Andalucía, los textos que pueden considerarse como originarios del año 2011, un total de 183, suponen el 29,80% del total. Es decir, un porcentaje manifiestamente inferior al de los convenios revisados,

(431) que alcanza al 70,20%. Esta proporción se mantiene -aunque con algunas alteraciones- a nivel provincial, como puede observarse en el cuadro siguiente

**Tipología de convenios. Distribución Provincial**

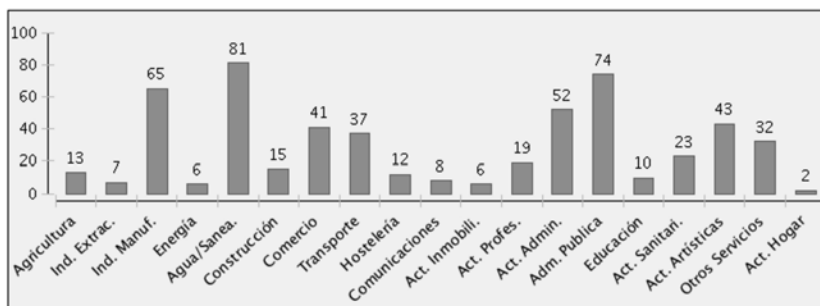


#### Convenios revisados

Los 431 convenios revisados suponen el 70,20% del total de los vigentes, afectando al 81,18% del total de los trabajadores afectados por la negociación colectiva andaluza, y al 83,31% de empresas incluidas en convenios andaluces vigentes.

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 “Agua/Saneamiento” 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 segunda de las actividades mencionadas, se produce una numerosa subdivisión en subsectores económicos.

**Convenios revisados clasificados por CNAE**



Base de datos: 431 convenios revisados (69 de sector, 362 de empresa)

### Convenios originarios y primeros convenios

Los 183 convenios originarios suponen el 29,80% del total de los vigentes, afectando al 18,82% de los trabajadores afectados por la negociación colectiva andaluza, y al 16,69% de empresas incluidas en convenios andaluces vigentes. Territorialmente, el mayor número de los recepcionados se registra en la provincia de Cádiz y Málaga, siendo los menores los del ámbito interprovincial y la provincia de Granada.

Si dentro de los convenios originarios, circunscribimos el análisis a los primeros convenios, vemos como se han recepcionado un total de 31 (5,05% del total de vigentes), siendo Cádiz la provincia más destacada en este aspecto.

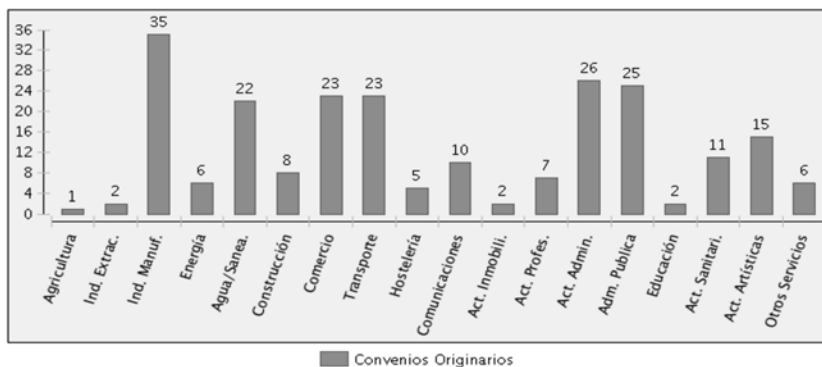
#### Convenios originarios/ Primeros Convenios

Ámbito geogr.	Convenios Originarios			Primeros Convenios		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	23	5.285	61.345	3	3	78
Cádiz	28	2.423	18.139	7	56	698
Córdoba	18	555	7.322	0	0	0
Granada	12	12	1.003	3	3	328
Huelva	21	6.298	34.896	5	5	114
Jaén	15	3.563	22.365	1	1	40
Málaga	32	426	8.162	5	5	403
Sevilla	24	2.736	37.291	4	11	453
Interpr.	10	7.385	12.049	3	381	3.490
Totales	183	28.683	202.572	31	465	5.604

Base de datos: 183 convenios originarios año 2011, de los cuales 31 son primeros convenios.

Por lo que se refiere a la distribución de los convenios originarios por actividades económicas, se da la misma particularidad que entre los convenios revisados, es decir, el predominio de los convenios negociados dentro del CNAE correspondientes a “Industrias Manufactureras”, con la particularidad del alto número de los convenios originarios pactados en un sector tradicionalmente muy acogido por la negociación colectiva: la Administración pública. Así se observa en el gráfico que sigue.

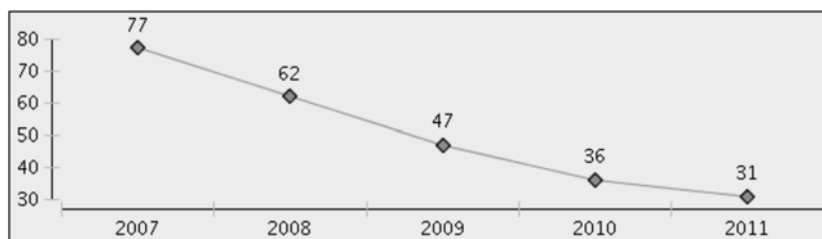
### Convenios originarios clasificados por CNAE



Base de datos: 183 convenios originarios año 2011

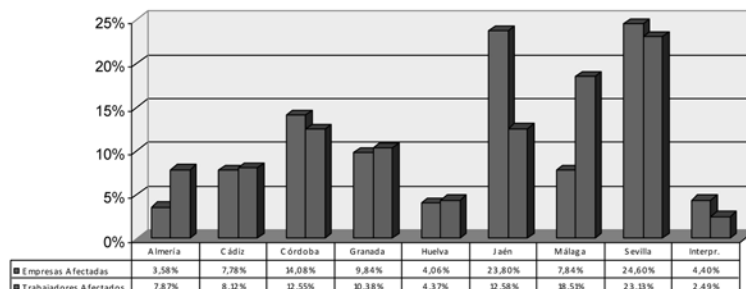
En cuanto a la evolución de los primeros convenios, cabe destacar el importante porcentaje en relación a los convenios originarios (16,94%), con 31 textos negociales. Se traduce en la consolidación de la confianza entre los agentes sociales y económicos por establecer de manera directa las condiciones laborales dentro del margen de acción que les permite el Estatuto de los Trabajadores.

### Evolución del número de primeros convenios



Los 614 convenios vigentes afectan a 1.076.117 trabajadores y 171.821 empresas. Por provincias, 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 (171.821), en primer lugar se sitúan los de Sevilla, seguidos a poca distancia por los de Jaén.

**Convenios colectivos vigentes: Distribución provincial de Empresas y Trabajadores****Convenios vigentes: sector/empresa**

Ámbito geogr.	Convenios de Sector			Convenios de Empresa		
	Nº	Empr.	Trab.	Nº	Empr.	Trab.
Almería	14	6.112	81.315	45	45	3.391
Cádiz	21	13.261	77.332	100	100	10.018
Córdoba	11	24.152	130.004	46	46	4.999
Granada	12	16.886	109.069	29	29	2.680
Huelva	9	6.928	42.480	50	50	4.572
Jaén	9	40.873	132.016	28	28	3.379
Málaga	15	13.387	186.824	92	92	12.349
Sevilla	15	42.190	234.629	86	86	14.247
Interpr.	6	7.530	13.000	26	26	13.813
Totales	112	171.319	1.006.669	502	502	69.448

Base de datos: 614 convenios vigentes (112 de sector, 502 de empresa)

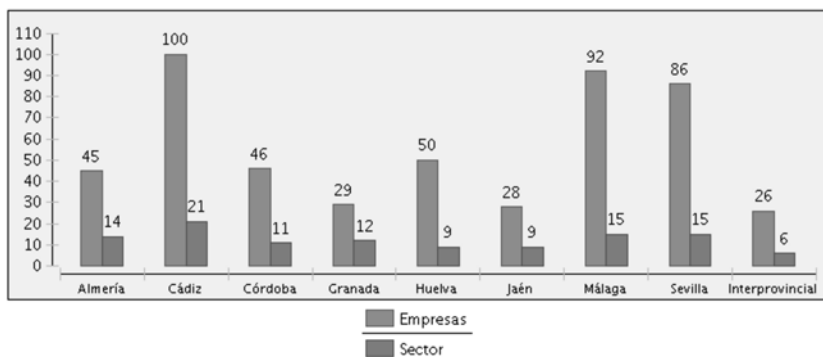
Cuando se pasa a analizar el ámbito funcional de los convenios vigentes, al examinar la distribución de la actividad negociadora entre convenios de empresas y de sector, se observa que, de forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. De esta forma, de los 614 convenios vigentes, 502 son convenios de empresa o de ámbito inferior, lo que significa un 81,76 % del total. Sólo 112 de los vigentes son convenios de sector, lo que supone el 18,24 % 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.

Las razones de esta distribución se encuentran, básicamente, en el mayor acercamiento de los convenios de empresa a las condiciones específicas de los trabajadores y los empresarios en la empresa concreta, respecto de los convenios de sector, o de ámbito funcional mayor; y sobre todo, en la menor conflictividad en la negociación colectiva cuando se pactan los acuerdos en ámbitos más reducidos.

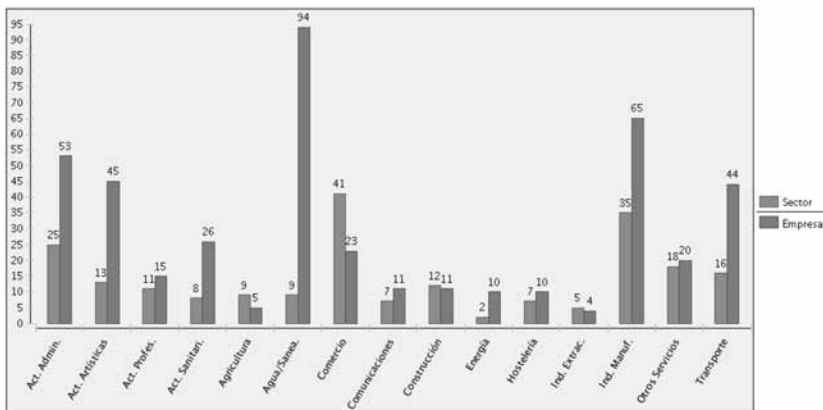
#### Ámbito funcional por provincias. Convenios vigentes



Base de datos: 614 convenios vigentes (112 de sector, 502 de empresa)

Cuando el análisis funcional se sitúa sobre los sectores de la Actividad Económica, se observan escasas variaciones con respecto a los años anteriores.

#### Convenios Colectivos vigentes: sectores de la Actividad Económica



**Convenios Sectoriales**

Este ámbito negocial, y sobre un total de 112 convenios vigentes, hace que resulten afectados por este tipo de convenios: 1.006.669 trabajadores y 171.319 empresas. La distribución del número de empresas y trabajadores que afectan en cada provincia, es la que se que se relaciona en la tabla siguiente:

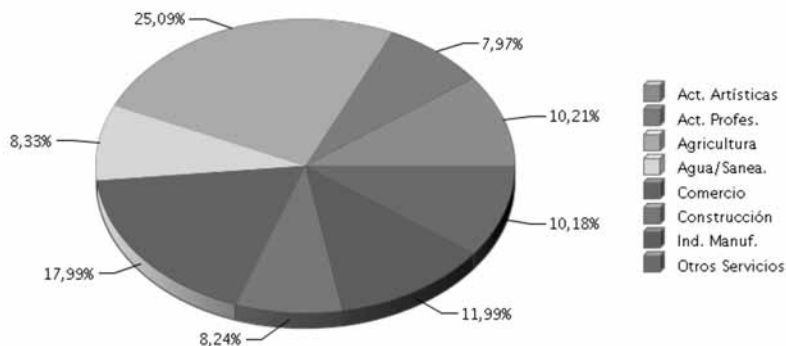
**Convenios sectoriales vigentes: Empresas y trabajadores afectados**

Ámbito geogr.	CONVENIOS SECTOR			
	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	14	6.112	81.315	2.01%
Cádiz	21	13.261	77.332	2.09%
Córdoba	11	24.152	130.004	2.09%
Granada	12	16.886	109.069	2.28%
Huelva	9	6.928	42.480	2.04%
Jaén	9	40.873	132.016	3.26%
Málaga	15	13.387	186.824	1.57%
Sevilla	15	42.190	234.629	2.64%
Interpr.	6	7.530	13.000	2.79%
Totales	112	171.319	1.006.669	2.29%

Base de Datos: 112 Convenios Colectivos Sector Vigentes.

Adscritos según el tipo de actividad económica y el número de trabajadores que acogen, los convenios más significativos de la Comunidad Autónoma andaluza son: los “Agropecuarios”, con el 21,14% del total de los trabajadores, seguido por los convenios propios del sector de la “Comercio”, con el 14,67% del total de los trabajadores afectados, tal como se observa en el gráfico siguiente:

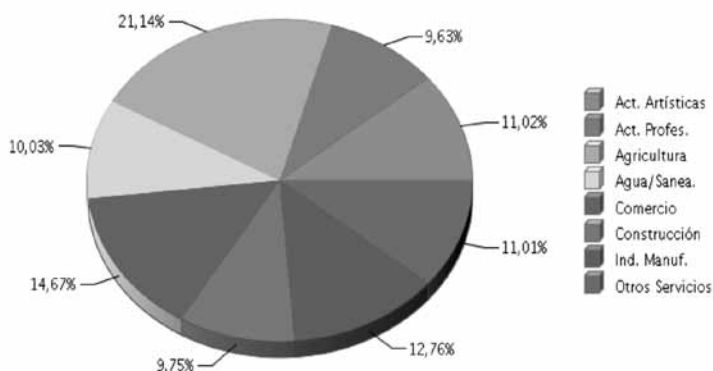
**Convenios de sectores más significativos (nº de trabajadores)**



Base de datos: 1.140.616 trabajadores afectados por los 132 convenios de sector vigentes

Cuando se realiza el mismo análisis con base en el número de empresas, los porcentajes varían significativamente, como puede observarse, ya que si bien el sector “Agropecuario” continúa ocupando el primer lugar, el segundo puesto corresponde al sector del “Comercio”.

**Convenios de sectores más significativos (nº de empresas)**



Base de datos: 1.006.669 trabajadores afectados por los 112 convenios de sector vigentes

#### Convenios Empresariales

Los convenios vigentes de empresa ascienden a 502, siendo 69.448 los trabajadores que regulan sus relaciones laborales a través de este tipo de convenios (6,45% 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 0,29 % del total

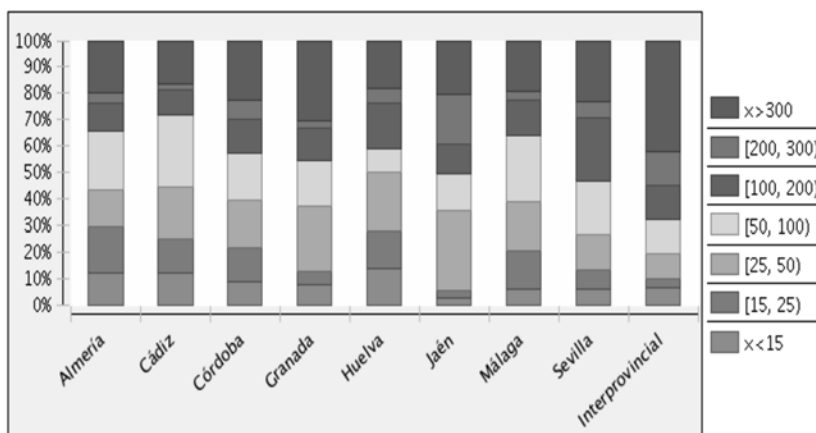
**Convenios de empresa: Distribución**

Ámbito geogr.	CONVENIOS EMPRESA			
	Nº Conv.	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	45	45	3.391	0.9%
Cádiz	100	100	10.018	1.77%
Córdoba	46	46	4.999	1.58%
Granada	29	29	2.680	1.08%
Huelva	50	50	4.572	1.13%
Jaén	28	28	3.379	1.16%
Málaga	92	92	12.349	1.61%
Sevilla	86	86	14.247	0.84%
Interpr.	26	26	13.813	0.68%
Totales	502	502	69.448	1.18%

Base de Datos: 614 Convenios Colectivos Vigentes

Tal y como se observa en la 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.

**Porcentajes por provincias de convenios colectivos vigentes según el tamaño de las empresas**

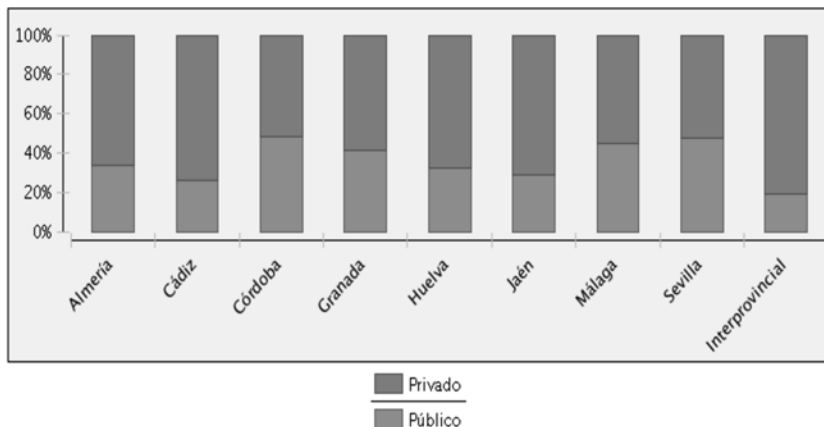


Base de datos: 502 convenios vigentes de empresa

Como se observa en el gráfico siguiente, en el global de los 502 convenios empresariales vigentes, son numéricamente superiores los de índole privado (316, es decir, el 62,95% del total de empresas), superioridad que se reitera en cada una de las provincias, especialmente en los de ámbito interprovincial.

Los convenios vigentes de empresa pública en Andalucía ascienden a 186 (37,05% del total de convenios de empresa vigentes). Los 34.807 trabajadores encuadrados en los mismos suponen el 50,19 % del total de los afectados por convenios vigentes de empresa.

### Convenios vigentes de empresa. Porcentajes provinciales según ámbito público/privado

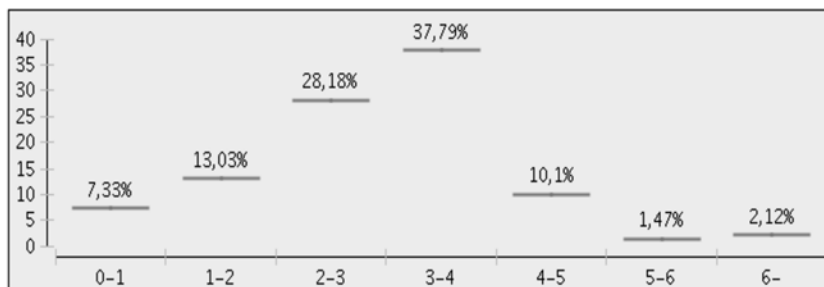


Base de datos: 502 convenios vigentes de empresa

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 4 años de vigencia, suponiendo el 37,79% del total de los convenios vigentes en Andalucía. Les siguen los convenios por periodo de hasta 3 años (28,18%) y aquellos que llegan a los 2 años (13,03%). El resto de los convenios supraanuales son muy minoritarios.

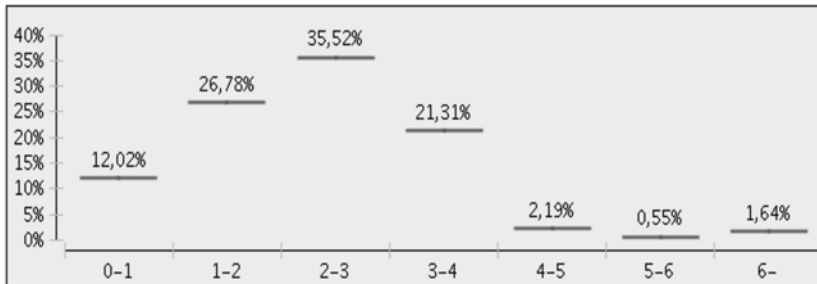
### Convenios colectivos vigentes. Ámbito temporal



Base de datos: 614 convenios vigentes

El análisis de las vigencias de los convenios originarios del año 2011 da como resultado una mayor presencia de los pactados por 3 año (35,52%), seguidos por los convenios que fijan un período de hasta 2 años de vigencia (26,78%). Les siguen los convenios por período de hasta 4 años (21,31%) y de un año (12,02%).

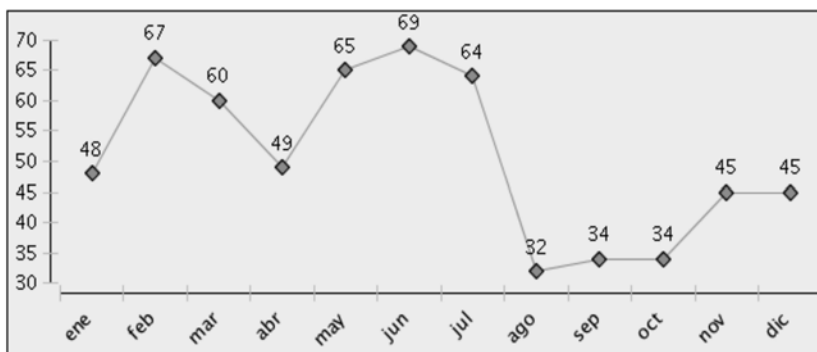
**Convenios colectivos originarios año 2011. Ámbito temporal**



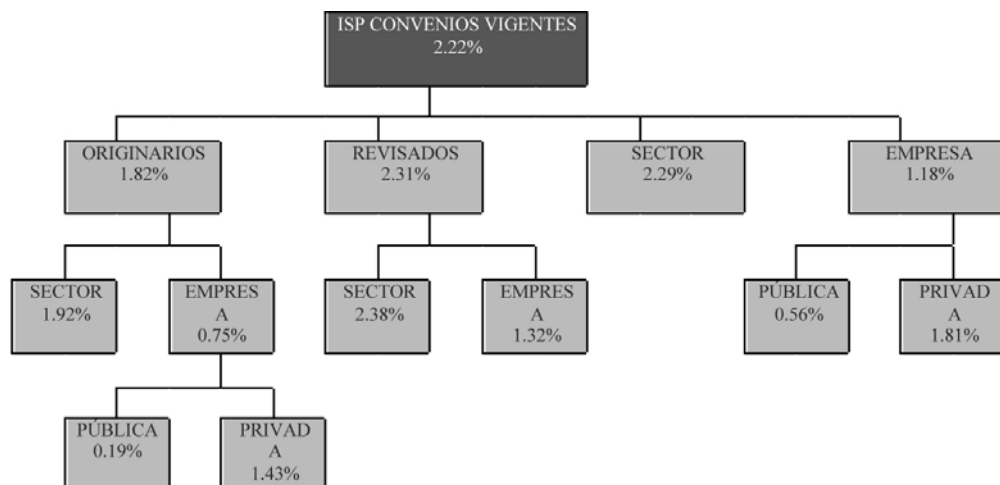
Base de datos: 614 convenios vigentes

Respecto a la fecha de la firma de los convenios vigentes, la tendencia es que pacten coincidiendo con los periodos en los que las partes negociadoras tienen en sus manos los datos sobre la evolución económica (real o aproximada) producida en el año anterior, de ahí que la negociación aumente bruscamente en el mes de febrero y julio, y se reduzca en los periodos en que la actividad laboral es mínima –mes de septiembre-.

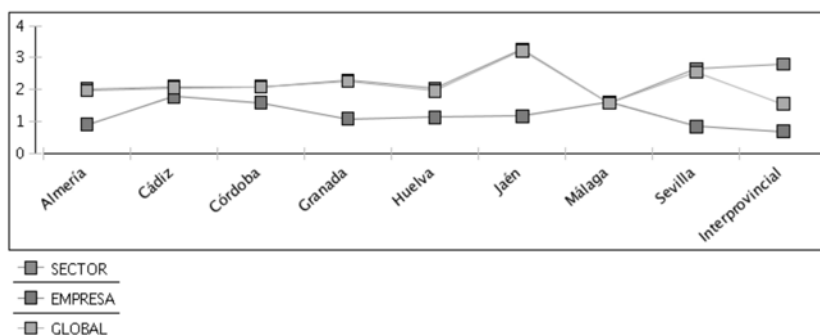
**Fecha firma convenios vigentes**



El incremento salarial ponderado (I.S.P.) en cómputo total, durante el año 2011, se situó en 2,22%, siendo más alto en los convenios de sector (2,29%) que en los de empresa (1,18%).



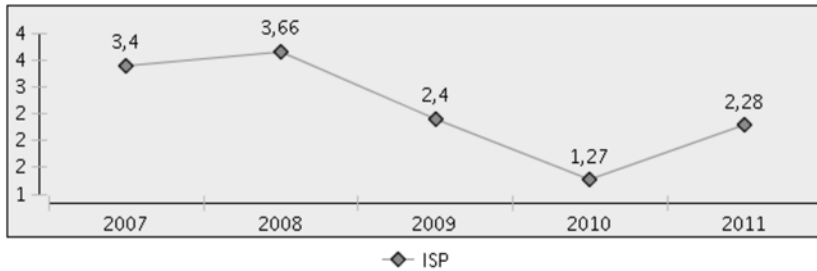
ISP en convenios vigentes (según sector-empresa) a nivel provincial



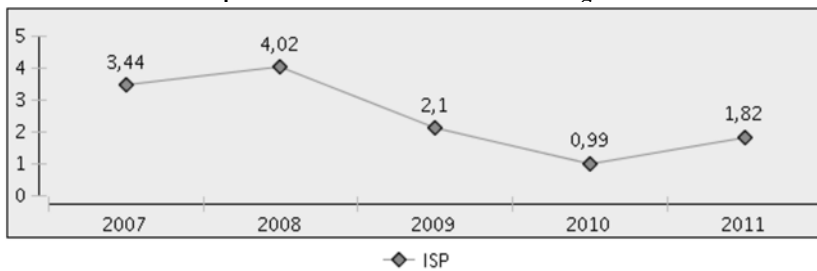
Base de datos: 614 convenios vigentes (112 de sector, 502 de empresa)

Si realizamos la comparación de porcentaje desde el año 2007 en lo que se refiere a los convenios colectivos vigentes, observamos que durante el año 2011 se produjo un notable descenso del ISP. Estos datos confirman la fase de fuerte crecimiento económico vivida en los últimos años que ha propiciado incrementos salariales superiores a los de otros años y que ha quedado rota con la crisis económica que estamos viviendo, impresión confirmada con los convenios colectivos originarios.

**Comparativa interanual I.S.P. convenios vigentes**

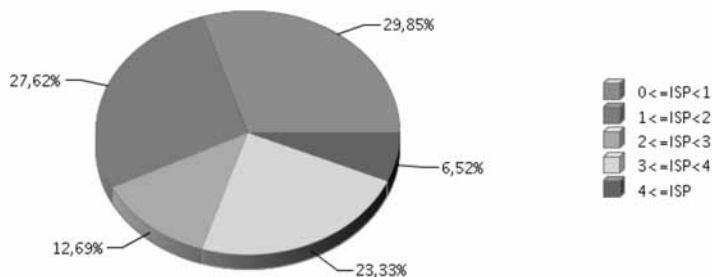


**Comparativa Interanual I.S.P. convenios originarios**

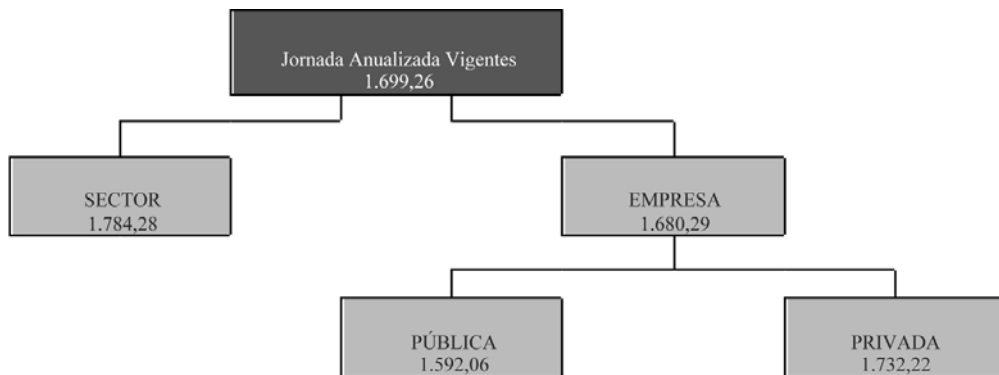


Cuando pasamos al análisis de los convenios colectivos vigentes agrupados por tramos de I.S.P. observamos la incidencia mayoritaria de aquellos que se sitúan en un tramo de incremento comprendido entre el 0% y 1%, con el 29% del total de los convenios, seguidos por aquellos cuyo incremento se sitúa entre el 1% y el 2% (27% del total), ocupando la tercera posición los convenios que regulan un incremento entre el 3% y el 4%, que suponen un 23% del total. Si el objeto de interés se centra en el número de trabajadores incluidos en cada uno de estos tramos, se aprecia que benefician a mayor número de trabajadores los incrementos entre el 1% y el 2% (35%), seguidos por los incrementos del I.S.P. situados entre el 3% y 4% (32%) y un 25% para los incrementos que se sitúan situados entre un 2% y un 3%.

**Convenios colectivos vigentes agrupados por tramos de I.S.P.**



Por lo que respecta a la determinación de la jornada debemos indicar que, una vez anualizada, es decir, haciendo coincidir el módulo de cómputo de la misma sobre una base uniforme, realizando para ello la correspondiente transformación en los textos que fijan dicha jornada en cómputo semanal. La media aritmética de la jornada de trabajo sobre el total de convenios queda fijada en 1699,26 horas.



#### Jornada promedio convenios colectivos vigentes

Ámbito geográfico	Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
Almería	1.720,04	37,78	1.730,29
Cádiz	1.696,19	37,20	1.711,78
Córdoba	1.677,91	37,50	1.622,85
Granada	1.728,16	38,28	1.720,28
Huelva	1.700,93	37,04	1.730,76
Jaén	1.693,23	37,20	1.693,38
Málaga	1.698,17	37,50	1.710,90
Sevilla	1.689,76	36,98	1.702,30
Interprovincial	1.711,02	37,88	1.704,88
Total	1.699,26	37,41	1.702,84

#### Jornada promedio convenios colectivos originarios año actual

Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
1.708,41	37,60	1.707,80

---

# Comentarios de Jurisprudencia



## **SUPRESIÓN DEL COMITÉ DE EMPRESA POR SIMULACIÓN DE TRANSMISIÓN DE EMPRESA**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 6 de octubre de 2011*

MARÍA DEL JUNCO CACHERO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** los miembros del comité de empresa pertenecientes a una empresa de venta de bisutería, demandan ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por tutela de derechos fundamentales a la misma donde desempeñan su prestación laboral. La empresa crea una filial para dedicarla a la franquicia de la marca y es a ésta a la que transmite, bajo simulación subrogatoria, varios centros de trabajo, en los cuales justamente trabajan todos y cada uno de los componentes del comité de empresa. Los demandantes solicitan al Tribunal que se declare la existencia de lesión de derechos fundamentales del art. 28.1 de la Constitución en relación con el 24 y 14, de la misma norma y que declare el derecho de los miembros del comité de empresa a ser miembros del grupo empresarial; o que se declare el poder quedarse en la empresa cedente; o el derecho del comité a mantener esta condición en la nueva empresa, ya que en ella no existe representación. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima la demanda, aunque aclara que no procede la vulneración de derechos fundamentales y declara el derecho de las demandantes componentes del comité de empresa a permanecer con esa calidad en la empresa demandada<sup>1</sup>. La empresa recurre en casación ante el Tribunal Supremo sobre tutela de derechos fundamentales y es desestimado dicho recurso.

**RESUMEN:** la Sentencia que comentamos, junto con la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, reflejan en sus Fundamentos el claro fraude de ley, al utilizar el art. 44 del E.T.<sup>2</sup> para llevar a cabo una subrogación de centros de trabajo a una empresa, perteneciente al primer empresario, con el fin de establecer franquicias de la marca, con el único propósito de “eliminar” la representación unitaria en la empresa y de no reconocer a la misma como legítimos representantes de todos los trabajadores que para ella prestan sus servicios.

\* T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 27 de abril de 2010.

<sup>2</sup> Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante E.T.

## ÍNDICE

1. TRANSMISIÓN DE EMPRESA: SIMULACIÓN

2. LA SITUACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA

### 1. TRANSMISIÓN DE EMPRESA: SIMULACIÓN

Es el art. 44 del E.T el que regula la transmisión o sucesión de empresa. La regulación del art. 44 del E.T se encuentra notablemente afianzada<sup>3</sup> por medio de una regulación de la Unión Europea que por vía de la correspondiente Directiva ha procurado establecer las correspondientes reglas de armonización de las legislaciones laborales de los diferentes Estados miembros, de modo que la actual regulación en nuestro ordenamiento se encuentra íntimamente condicionada por los imperativos de la normativa de la Unión<sup>4</sup>.

El art. 1.b) de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, dispone que “se considerará traspaso el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuera esencial o accesoria”.

El art. 44.2 del E.T. ha reproducido literalmente esa definición<sup>5</sup>.

En el caso que nos ocupa nos encontramos con una entidad empresarial que consta de veintiséis tiendas en la provincia de Barcelona, con un total de ciento cincuenta y un trabajadores y que ha llevado a cabo la suscripción de un contrato de cesión de seis de esas tiendas, a favor de otra empresa que la primera crea con el fin de iniciar una actividad de franquicia. De ahí el planteamiento del Tribunal para delimitar si estamos o no ante una subrogación empresarial –en este caso no sería de una empresa en su totalidad, sino de una parte de la misma, concretamente de centros de trabajo- a otra empresa que no tiene la condición de un nuevo titular, sino que es otra actividad que está vinculada a la misma, cual es la franquicia.

Así pues, se concentraría la cuestión en establecer si es una cesión o transmisión de parte de la empresa realizada con arreglo a la disposición legal –art. 44 E.T.- o es cumplimiento de disposiciones convencionales reguladoras de la sucesión de empresa –convenio colectivo de sector- o realmente es una cesión de parte de la empresa principal acordada de forma unilateral por ésta o bien

<sup>3</sup> Cruz Villalon, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid 2011. Pág. 343.

<sup>4</sup> Directiva 2001/23, de 12 de marzo (DOCE de 22 de marzo), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de las empresas, centro de trabajo o de parte del centro de trabajo.

<sup>5</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales”. *Relaciones Laborales Tomo I/2002*. Pág. 665.

mediante acuerdo, convenio o contrato de transmisión formalizado con otra empresa.

Para empezar, ni siquiera estamos en presencia de otra empresa, como se ha señalado, y como bien se establece en la Sentencia, ni tampoco de una pertenencia a un grupo de empresa “al no haberse acreditado el grupo empresarial no pueden ser reconocidos los demandantes como miembros del grupo empresarial compuesto por la empresa “X” y la empresa “Y”, al ser un solo ámbito empresarial y una sola empresa real, al menos en términos laborales”<sup>6</sup>.

Es evidente que se puede operar la subrogación<sup>7</sup> sin el consentimiento de los trabajadores afectados y, simplemente, con el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 44.6 del E.T. que únicamente impone la información a los representantes de los trabajadores afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos: fecha prevista de la transmisión, motivos de la transmisión, consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores de la transmisión y medidas previstas para los trabajadores. En el supuesto que nos ocupa, se da por supuesto que no se pide consentimiento a los trabajadores afectados, pero es que ni siquiera se informa a los mismos, ni a sus representantes al respecto:

- “En fecha 22 de diciembre de 2008 se celebraron en la empresa elecciones a representantes unitarios siendo elegida la única lista presentada y compuesta por las demandantes.
- En los días anteriores a la celebración de las elecciones, la empresa, cuya dirección se halla en Alemania, requirió a la encargada de Tarrasa para que se retirase de la lista electoral.
- La empresa se reunió con las trabajadoras componentes de la única lista electoral, seis días antes de la celebración de los comicios, donde se les propuso desistir de las elecciones o que se “atuvieran a las consecuencias”.
- La empresa ha ignorado al comité de empresa negándose a recibirlo ni atender ninguna de sus peticiones”<sup>8</sup>.

Es doctrina mantenida<sup>9</sup> como unificada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo<sup>10</sup> la de distinguir entre los efectos de una sucesión empresarial

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 27 de abril de 2010.

<sup>7</sup> Luque Parra, M. y Ginés i Fabrellas, A.: Últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de contratas y subcontratas de obra o servicio, cesión ilegal de trabajadores y sucesión de empresa. *Ius Labor* 2/2006. [www.upf.edu/iuslabor/0220006/Dossierannex.pdf](http://www.upf.edu/iuslabor/0220006/Dossierannex.pdf)

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2011.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2011.

<sup>10</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social: de 29 de febrero de 2000; de 11 de abril de 2000; de 23 de octubre de 2001; de 19 de febrero de 2003; de 8 de abril de 2003; de 26 de octubre de 2004.....

producida de conformidad con las exigencias de la normativa vigente sobre el particular –art- 44 del E.T y convenios colectivos de aplicación-, y los efectos de una cesión de contratos entre empresas, aun cuando la cesión haya sido aceptada por los representantes de los trabajadores –que no es el caso- para llegar a la conclusión de que mientras la sucesión normativa tiene carácter imperativo para empresario y trabajador, la cesión contractual requiere para su validez el consentimiento del trabajador, como exige el art. 1205 del Código Civil y disposiciones concordantes.

En el presente caso<sup>11</sup>, constando la negativa expresa de las trabajadoras afectadas demandantes, resulta nula la cesión a la empresa adjudicataria de la franquicia. Además, dada la condición de representantes de los trabajadores habrá que estar a la protección específica frente a maniobras y ataques de la empresa prohibidos por el E.T. y el Convenio 135 de la OIT<sup>12</sup>, igualmente de aplicación.

Se trata de una transmisión realizada en fraude de ley del art. 6.4 del Código Civil cuando proscribire los actos realizados al amparo del texto o de una norma –aquí el art. 44 del E.T., el 1205 del Código Civil, el 67 68 del E.T. y el art. 1 del Convenio 135 de la OIT- que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico.

Todo ello se ha llevado a cabo con la única finalidad de anular, por la vía de hecho, las elecciones a representantes unitarios impidiendo la existencia de un comité de empresa, y procediendo a crear una empresa *ad hoc*, con el único efecto de deshacerse de la totalidad del comité por cesión de las tiendas donde sus miembros trabajan, y sólo de las tiendas donde aquéllas prestaban sus servicios, ni una más ni una menos.

## 2. LA SITUACIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA

La Directiva 2001/23, establece determinadas garantías “cuyo tratamiento jurídico transparente con enorme fidelidad los principios que mejor definen la normativa comunitaria en materia de sucesión de empresa: armonización parcial, renuncia a criterios uniformes o preferencia por fórmulas de derecho flexible, etc.”<sup>13</sup>. Una de estas garantías es la que cabe calificar como conser-

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2011.

<sup>12</sup> Art. 1 del Convenio 135 OIT: “Los representantes de la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido, por razón de su condición de representantes de los trabajadores de la empresa.....”

<sup>13</sup> Valdés Dal-Ré, F.: “Las garantías colectivas en la transmisión de empresa”. Relaciones Laborales Tomo I/2002. Pág. 686.

vación de las instituciones de representación, reconocida a favor del conjunto de trabajadores afectados por la transmisión de empresa. Se articula a su vez, mediante técnicas distintas en atención a las consecuencias de la transmisión misma sobre la entidad económica transmitida, o sea, es el resultado de que la empresa, el centro de actividad o una parte de estas una vez consumada la transmisión, haya o no conservado su autonomía.

“En el supuesto de que la entidad económica transferida conserve su autonomía, la norma comunitaria utiliza la técnica más protectora: el mantenimiento del mandato representativo”<sup>14</sup>. Por consiguiente, los trabajadores que ostentaban función representativa en la empresa cedente mantienen esa misma función en las mismas condiciones en la empresa cesionaria (párrafo 1º, art. 6.1)<sup>15</sup>

En consecuencia, nuestro Ordenamiento se hizo eco de tal pretensión comunitaria en el art. 44.5 del E.T. que establece que “cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad”. De este modo, la continuidad de la representación queda garantizada sólo en los supuestos en los que la entidad económica transferida coincide con la unidad electoral desde el punto de vista representativo<sup>16</sup>.

En la Sentencia que comentamos esta circunstancia nunca se hubiera podido dar, pues para ello tendrían que haberse transmitido las veintiséis tiendas establecidas en la provincia de Barcelona, ya que entre todas ellas lo que se eligió fue un comité de empresa, entendemos que conjunto, pues ninguno de los centros de trabajo tenía un censo suficiente para elegir a un delegado de personal.

Al transmitirse tan sólo seis, de las veintiséis tiendas, independientemente de que ello conllevara la inclusión de los trabajadores que justamente son representantes, no debería haber tenido consecuencia para la representación. Ésta debería haber seguido existiendo para las veinte tiendas restantes.

El problema es que la transmisión de las seis tiendas conlleva que todos los miembros componentes del comité de empresa, se vean afectados a cambiar de empresa por estar formando parte de la plantilla de dichas tiendas transmitidas.

Tanto el art. 44 del E.T. que trata de la sucesión de empresa por cesión o transmisión de parte de ella o de una unidad productiva, como el art. 68.b) del mismo texto legal, no recogen el supuesto de preferencia de los representantes

<sup>14</sup> Valdés Dal-Ré, F.: “Las garantías colectivas.....”op.cit. Pág. 686.

<sup>15</sup> Directiva 2001/23, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de las empresas, centro de trabajo o de parte del centro de trabajo.

<sup>16</sup> Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del...* op. cit. Pág. 348.

de los trabajadores de permanecer en la transmitente en estos casos de transmisión de una unidad productiva o parte de la empresa.

En los preceptos citados<sup>17</sup> únicamente se regulan los supuestos de permanencia en su condición de representantes unitarios de la unidad transmitida si ésta mantiene o conserva su autonomía, o el supuesto en que la unidad transmitida con sus representantes unitarios pierde esa autonomía y pasa a integrarse en la nueva empresa adquirente que ya cuenta con representación legal propia.

En el presente caso nos encontramos con el problema surgido en la parte de la empresa cedente que continúa su existencia después de la cesión de seis tiendas, y en la que todos los componentes de su comité han pasado a la empresa receptora como trabajadores de la unidad transmitida. En este supuesto, la empresa principal quedaría sin representación legal y por tanto como sigue teniendo censo electoral más que suficiente, a pesar de la transmisión, debería convocar nuevas elecciones.

Pero lógicamente, visto el comportamiento de la empresa, esto último parece algo poco seguro que pudiera ocurrir. La actuación de la empresa, manifestada de forma continúa y pertinaz, ha ido encaminada a obstaculizar por todos los medios la celebración de elecciones a representantes; al no haberlo podido evitar, y al margen de represalias tomadas, formaliza un contrato de franquicia con otra empresa, de creación especial para ese fin, le transfiere las únicas tiendas donde trabajan la totalidad del comité elegido, quedando en la situación deseada de mantener una plantilla sin representación unitaria.

Creemos que hay un párrafo en la Sentencia<sup>18</sup> que describe a la perfección lo acontecido en este supuesto: “La sucesión de empresa acaecida, se ha realizado en claro fraude de ley al utilizar el art. 44 del E.T. con la única finalidad de anular, por la vía de hecho, las elecciones a representantes unitarios impidiendo la existencia de un comité de empresa, y lo ha realizado de una forma burda y sin disimulo”.

Asistimos a una novedosa manera de “quitarse de encima” a la representación legal de los trabajadores.

En definitiva, la situación de las trabajadoras demandantes quedó clara a todos los efectos: “declaramos el derecho de las demandantes componentes del comité de empresa a permanecer con esa calidad en la empresa demandada, y en consecuencia, condenamos a ésta a la inmediata readmisión de las demandantes en sus puestos de trabajo (quiere decir volver a la empresa cedente) y su condición de miembros del comité de empresa, con efectos desde la fecha de la subrogación”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 27 de abril de 2010.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2011.

<sup>19</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 6 de octubre de 2011, confirma el fallo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 27 de abril de 2010.

**TRANSMISIÓN DE EMPRESAS, SUCESIÓN DE  
CONTRATAS Y SECTOR PÚBLICO**

*Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10*

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** En la primera cuestión prejudicial se plantea, en esencia, si debe o no considerarse incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, una situación en la que un ayuntamiento decide asumir con su propio personal la prestación de la actividad de limpieza de sus diversas dependencias, que anteriormente tenía contratada con una empresa de limpieza, con la que rescinde la contrata existente. El ayuntamiento en cuestión –Cobisa– contrató nuevo personal para realizar esta actividad, siendo inaplicable, por la naturaleza y actividad del ente público, el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales, que sí regula la obligación de subrogación en tales supuestos.

En la segunda cuestión prejudicial se analiza la situación de la Sra. Scattolon, empleada como bedel del municipio de Scorzé desde mayo de 1980. A partir del 1 de enero de 2000 fue transferida a la plantilla del personal ATA del Estado en aplicación del artículo 8 de la Ley nº 124/99. Junto a otras cuestiones, la sentencia aborda la aplicación o no de la Directiva a un supuesto de transferencia del personal encargado de los servicios auxiliares de limpieza y mantenimiento de los edificios escolares, desde las entidades públicas locales al Estado, cuando la transferencia ha supuesto la subrogación no sólo en las actividades y en las relaciones con todo el personal empleado, sino también en los contratos celebrados con empresas privadas para prestar tales servicios.

**RESUMEN:** En relación con el primer caso, el Tribunal concluye su argumentación señalando que “el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE... debe interpretarse en el sentido de que esta no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal”.

\* Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En relación con el segundo, el Tribunal declara que “la subrogación por una autoridad pública de un Estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra autoridad pública y encargado de la prestación a escuelas de servicios auxiliares que comprenden en especial tareas de mantenimiento y de asistencia administrativa constituye una transmisión de empresa incluida en el ámbito de la Directiva 77/187/CEE... cuando ese personal está constituido por un conjunto estructurado de empleados que están protegidos como trabajadores por el Derecho interno”.

## INDICE

### 1 INTRODUCCIÓN

### 2 SUCESIÓN DE CONTRATAS Y TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

- 2.1 La sucesión de contratas y concesiones en la jurisprudencia española y comunitaria: hitos de una larga evolución
  - 2.1.1 La posición tradicional de los tribunales sociales españoles
  - 2.1.2 La doctrina del Tribunal de Justicia y su evolución
  - 2.1.3 El impacto de la doctrina del Tribunal de Justicia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo
  - 2.1.4 La Sentencia CLECE; un paso más en la lenta evolución del Tribunal de Justicia

### 3 TRANSMISIÓN DE EMPRESAS Y REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: ALGUNAS NOTAS

## 1. INTRODUCCIÓN

La delimitación del ámbito de aplicación de la normativa española y de la Unión Europea sobre transmisión o traspaso de empresas, centros de actividad o de partes de aquellas ha sido, sin duda, uno de los campos en los que ha existido y existe —junto con la conocida problemática del solapamiento entre vacaciones y ciertas causas de suspensión del contrato<sup>1</sup>— una mayor relación e influencia entre la doctrina del Tribunal de Justicia y los órganos de nuestra jurisdicción social. De hecho, basta analizar la doctrina más reciente del Tribunal Supremo en esta materia para detectar cómo en pocos años las referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se han ido multiplicando progresivamente, alterando, además, de forma sustancial la perspectiva básicamente patrimonialista con la que durante bastantes años analizó esta cuestión nuestro más alto Tribunal<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Véase, por todas, el reciente Auto del TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 26 enero 2011 (RJ 2011\3410) por el que se plantea a Tribunal de Justicia cuestión prejudicial sobre si la normativa comunitaria se opone o no “a una interpretación de la normativa nacional que no permita interrumpir el periodo vacacional para el disfrute en un momento posterior, del periodo completo -o que reste-, si la incidencia de un proceso de incapacidad temporal aconteciera de forma sobrevenida durante el periodo de su disfrute”.

<sup>2</sup> Por mencionar sólo un ejemplo, véase la STS de 23 de octubre de 2009 (RJ 5734).

Las dos sentencias objeto de análisis son, sin duda, buena muestra de esta estrecha relación. En ellas se abordan dos cuestiones intrínsecamente relacionadas, no ya tanto con la causa de la transmisión –cuestión ésta no especialmente conflictiva, sobre todo a nivel comunitario, dada la amplitud con la que desde un primer momento abordó la cuestión el Tribunal de Justicia<sup>3</sup>-, sino, más bien, con el aspecto que progresivamente se ha ido convirtiendo en el elemento nuclear de todo este debate: el objeto de la transmisión. En el primer caso, retomando la ya añeja cuestión de la aplicación de esta normativa a la sucesión o rescate de contratas, y en el segundo, analizando otro tema confuso, pero de notable actualidad en nuestro país y comunidad, como es la aplicación o no de estas reglas a supuestos de reordenación del sector público. Pero vamos por partes.

## 2. SUCESIÓN DE CONTRATAS Y TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

### 2.1. La sucesión de contratas y concesiones en la jurisprudencia española y comunitaria: hitos de una larga evolución

Como se ha señalado ya en varias ocasiones, la cuestión de la aplicación o no de la normativa sobre transmisión de empresas a los supuestos de sucesión de contratas, de concesiones, o de rescates de aquellas por la empresa principal, no ha sido un tema tradicionalmente pacífico en la doctrina de los tribunales españoles del orden social.

#### 2.1.1. La posición tradicional de los tribunales sociales españoles

Intentando sintetizar toda esta compleja evolución, podríamos decir que, en un primer momento, básicamente hasta el comienzo de la década de los

<sup>3</sup> Una recopilación de esta doctrina en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1992, Stichting, Asunto C-29/91 apartados 10-13. En relación con los supuestos aquí analizados, baste remitirnos a la recopilación de doctrina recogida en las Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de enero de 2002, Temco, Asunto C-51/00, apartado 31 y siguientes, y de 20 de noviembre de 2003, Abler, asunto C-340/01, apartado 39. Obsérvese, no obstante, que como más tarde recordaremos, en la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de marzo de 1997, Sützen, Asunto C-13/95, si bien se vuelve a insistir en el hecho de que la inexistencia de vínculo contractual entre cedente y cesionario –como ocurre en estos casos-- “no puede revestir una importancia decisiva a este respecto”, sí resalta (apartado 11), a nuestro juicio novedosamente, que “puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva”. Pero sobre ello, y sobre el impacto de esta afirmación en la doctrina posterior del Tribunal, se volverá de forma más amplia en la nota n. 26. En la doctrina, por todos, C. Ortiz de Solórzano Arusa, “Títulos de la transmisión de la empresa y relaciones laborales: las etapas de un proceso de socialización”, en *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, 2003, n. 10-11, p.

noventa, la doctrina mayoritaria, si bien no uniforme, tanto del Tribunal Supremo<sup>4</sup> como, sobre todo, del ya extinto Tribunal Central de Trabajo<sup>5</sup>, pareció inclinarse, con diversos argumentos, por aplicar la normativa subrogatoria a estos supuestos de sucesión de concesionarios o contratistas de una misma actividad<sup>6</sup>. Básicamente se partía de la consideración de la contrata como industria a los efectos del antiguo art. 79 de la Ley de Contrato de Trabajo<sup>7</sup> --especialmente cuando se producía la continuidad con los mismos trabajadores y con las mismas condiciones del anterior contratista<sup>8</sup>--, señalando la necesidad de tutelar la estabilidad en el empleo o aludiendo indiscriminadamente a la aplicación tanto del art. 44 ET como del convenio u ordenanza que imponía esta subrogación<sup>9</sup>. Y ello porque en ocasiones se utilizaron elementos más cercanos a la regulación convencional de la subrogación que al régimen legal de la transmisión, como era, por ejemplo, el dato de que el actor estuviera destinado de forma exclusiva al centro que se consideraba objeto del traspaso<sup>10</sup>.

El punto de inflexión en esta primea posición se sitúa claramente en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de mayo de 1987 que, analizando una evidente disparidad de fallos del extinto Tribunal Central de Trabajo<sup>11</sup>, reconoció la existencia de un cambio de doctrina general, concretado en la expresión de la STCT recurrida, y en virtud de la cual en estos casos no se trataba

<sup>4</sup> Especialmente STS de 27 de octubre de 1983 (RJ 5161) en un supuesto de cambio de titularidad de empresas encargadas del comedor. Otras referencias jurisprudenciales en A. Desdentado Bonete, "La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 38, p. 249, n. 30 a las que por brevedad nos remitimos.

<sup>5</sup> Por ejemplo, SSTCT de 12 enero de 1989 (RTCT 1989\550); de 20 abril de 1988 (RTCT 1988\2998) --por cierto de subrogación de una empresa de limpieza por una Administración pública--.

<sup>6</sup> En la doctrina, véase, de forma crítica con esta posición, E. González Biedma, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, MTSS, 1989, p. 114 y ss. En cambio, a favor de la aplicación en estos casos del art. 44 ET, J.L. Monereo Pérez, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, MTSS, 1987, p. 401 y ss.

<sup>7</sup> Por mencionar sólo dos ejemplos, SSTCT de 9 de febrero de 1977 (RTCT 699) --aludiendo igualmente al art. 18 de la Ley de Relaciones Laborales-- y 27 de abril de 1977 (RTCT 2285) que cita igualmente la STS de 2 de noviembre de 1973 (RJ 4384) en un caso, parece, de sucesión de concesiones con el Ayuntamiento de Badalona.

<sup>8</sup> SSTCT de 11 de mayo de 1977 (RTCT 2648); de 28 de junio de 1984 (RTCT 5768); 7 de marzo de 1985 (RTCT 1676).

<sup>9</sup> STCT 6 de diciembre de 1983 (RTCT 10565).

<sup>10</sup> STCT de 9 de febrero de 1977 (RTCT 699).

<sup>11</sup> Así mientras la STCT de 26 de febrero de 1980 al examinar la sustitución de «Segresa» por «Marriot, Sociedad Anónima» estimó que se ha producido la subrogación que regulan los arts. 18.2 de la L. R. L. de 1976 y el art. 79 de la Ley de Contratos de Trabajo de 26 de enero de 1944; en cambio, la posterior STCT de 15 de octubre de 1985, al examinar la sucesión en el arrendamiento de «Marriot», «Comefa», «Comlab» y «Mediterránea de Restaurantes» declaró inaplicable a la misma el art. 44 ET.

de una “sucesión o cambio de titularidad de empresas al ser cada una de las demandadas independientes entre sí, con personalidad jurídica propia y no han sido absorbidas ni sustituidas unas por otras”. De este modo se potenció una evolución doctrinal que tendía a excluir este supuesto del ámbito subrogatorio impuesto, ya en ese momento, por el art. 44 ET.

El siguiente paso se produce en la doctrina del propio Tribunal Supremo. Este, dejando nuevamente a un lado los supuestos en los que la subrogación se produciría por mandato convencional o por exigencias del propio pliego de contratación –básicamente en el ámbito de la Administración Pública--, vino a establecer una frontera en virtud de la cual el criterio básico para la aplicación o no del art. 44 ET sería --desde una visión esencialmente patrimonialista-- la transmisión, no sólo de la posición contractual, sino, y sobre todo, de una organización y, señaladamente de un conjunto de bienes organizados para una actividad productiva. Sin duda en este punto la pieza central fue la STS de 5 abril 1993<sup>12</sup>, que, siguiendo la línea ya iniciada por las SSTS de 22 enero y 13 marzo 1990<sup>13</sup>, se apartó de manera expresa de las posiciones jurisprudenciales sostenidas con anterioridad –aunque siempre bajo la premisa de la ausencia de una posición previa clara y diáfana en nuestra jurisprudencia--, señalando, en esencia, que “ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET”, salvo “entrega al concesionario o al contratista de la «infraestructura u organización empresarial básica para la explotación». Y fue esta doctrina, en definitiva, la que vino a sostener la Sala de manera constante, y con el claro apoyo de un destacado sector de la doctrina, a lo largo de toda la década de los noventa<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> (RJ 1993\2906).

<sup>13</sup> (RJ 1990\180 y 2069).

<sup>14</sup> Por todas, la STS 12 abril 2000 (RJ 2000\3951) de acuerdo con la cual “a tenor de reiterada doctrina de esta Sala –reflejada en sus sentencias de 5 de abril de 1993 (RJ 1993, 2906) , 23 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1227), 12 de marzo de 1996 y 27 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9639) , entre otras, se señala que «constituye requisito esencial en la sucesión de empresas regulada en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, la transmisión de la titularidad, entendiéndose por tal concepto traslativo no sólo el cambio de la titularidad nominativa de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, sino también la transmisión al cesionario... de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura y organización empresarial básica de la explotación». En estas misma línea suelen citarse las SSTS de 23 febrero 1994 (RJ 1994\1227), 14 diciembre 1994; (RJ 1994, 10093) , 9 de febrero de 1995 (RJ 1995, 789) , 6 de febrero de 1997 (RJ 1997, 999) , 22 de abril de 1997 (RJ 1997, 3581) , 17 de junio de 1997 (RJ 1997, 458), 9 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1644), 31 de marzo de 1998 (RJ 1998, 4575), 29 de abril de 1998 (RJ 1998, 3879), 8 de junio de 1998 (RJ 1998, 6639), 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7804), 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 9100), 22 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4624) y STS 10 de julio de 2000 (RJ 8295) –si bien esta última incorpora la referencia de la Sentencia Súzen sobre la subrogación por asunción de plantilla, concluye “no consta que se haya producido la transmisión de activos patrimoniales”–y se declara continuador de la doctrina de las STS de 5 abril y 13 marzo 1990 --.

### 2.1.2. La doctrina del Tribunal de Justicia y su evolución

El problema es que, al mismo tiempo que se producía esta evolución en la doctrina jurisprudencial española, aparecían ya los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre esta cuestión; unos pronunciamientos cuyo elemento nuclear se centró rápidamente en lo que se consideró el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión --esto es la conservación por la entidad transmitida de su identidad<sup>15</sup>--, con unas decisiones que, evidentemente, influyeron de forma decisiva en la cuestión.

En este sentido, lo primero que debe destacarse es que el Tribunal huyó, ya desde un principio, de un concepto focalizado sólo en un criterio, para acudir a varios elementos parciales, que debían evaluarse de forma conjunta y no aislada. La inmensa mayoría de ellos ya aparecían en la Sentencia Spijkers<sup>16</sup>, en la que ciertamente se destacaba la continuación efectiva --o reanudación<sup>17</sup>-- de la explotación como elemento básico a estos efectos<sup>18</sup>; pero se hacía en un marco más amplio y general en el que se reclamaba --y esto es lo importante-- la necesidad de considerar todas las circunstancias de hecho que caracterizaban la operación, destacando, eso sí, y sin aparente ánimo de exhaustividad el tipo de empresa o centro de actividad del que se tratase; que hubiera habido o no transmisión de bienes materiales como los edificios o bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión<sup>19</sup>; que el nuevo empresario se hiciera cargo o no de la mayoría de los trabajadores; que se hubiera transmitido o no la clientela; la analogía o disparidad de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de la eventual suspensión de actividades.

Lejos, por tanto, de centrarse en un único aspecto, como era la transmisión de determinados bienes organizados, el Tribunal parecía postular un acerca-

<sup>15</sup> Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de marzo de 1986, Spijkers, Asunto C-24/85 apartados 11 y 12; Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting. Asunto C-29/91, apartado 23.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de marzo de 1986, Spijkers, Asunto C-24/85.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de enero de 2001, Liikenne, asunto C-172/99, apartado 27.

<sup>18</sup> Igualmente, y por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting. Asunto C-29/91, apartado 23.

<sup>19</sup> Aunque la referencia a estos elementos materiales no aparece en la versión castellana de esta sentencia, sí se encuentra en otras versiones como la inglesa o italiana. En cualquier caso véase la subsanación de este error de transcripción en la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting. Asunto C-29/91, apartado 24. Véase igualmente, por seguir un cierto hilo temporal, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de noviembre de 1992, Rask, Asunto C-209/91, apartado 20. Para la constante referencia posterior a estos mismos criterios tras la Sentencia Schmidt, véase infra las Sentencias reflejadas en la nota n. 25.

miento por parte de los tribunales nacionales a esta idea de conservación de entidad bajo una metodología tipológica (de aproximación a un tipo ideal) ciertamente amplia, expresamente abierta y no exhaustiva y de intensidad variable, en una matriz aparentemente compleja de indicios que debía ser resuelta caso por caso por el órgano jurisdiccional nacional. Y ello, porque en palabras de la Sentencia Spjkers –posteriormente convertida en una cláusula de estilo por el propio Tribunal-- nos encontrábamos únicamente ante “aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse” y que “no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente”<sup>20</sup>.

El Tribunal no entró en aquel primer momento a ponderar o valorar contextualmente la importancia o peso relativo de cada criterio, ni tampoco a articular un proceso lógico de aplicación, sin que, por tanto, destacase si el orden de cada uno de estos elementos en su enumeración suponía una priorización de los mismos o un determinado proceso lógico en su posible valoración. Todo lo más, lo que sí aclarará, en una resolución posterior, es que el hecho de que la actividad transmitida sólo constituya para la empresa cedente una actividad accesorias, sin relación necesaria con su objeto social, no da lugar a la exclusión de dicha operación del ámbito de aplicación de la Directiva<sup>21</sup>.

En cualquier caso, lo que nos interesa destacar ahora es que, poco después, el mismo Tribunal pareció dar un giro inesperado a esta posición en la conocida Sentencia Schmidt<sup>22</sup>. Este giro no provenía, obviamente, de la declaración del Tribunal de acuerdo con la cual el escaso número de trabajadores afectados no podía producir el efecto de excluir dicha operación del ámbito de aplicación de la Directiva. Si se nos apura, esta novedad tampoco radicaba en el hecho de que el Tribunal llevara al extremo sus primeras afirmaciones y sostuviera, ya con meridiana claridad, y sin mayores especificaciones, que la ausencia de toda transmisión de elementos del activo no tenía porqué provocar la inaplicación de la normativa subrogatoria –a pesar, obviamente, del impacto que esta afirmación habría de tener sobre la jurisprudencia española ya mencionada--. De hecho, y como veremos, esta afirmación será mantenida posteriormente por el mismo Tribunal, aunque de forma bastante más matizada y limitada funcionalmente.

En realidad, lo realmente novedoso, al menos a nuestro juicio, era que en este caso parecía suficiente que el nuevo empresario continuase efectivamente

<sup>20</sup> Por todas, véanse –nuevamente por limitarnos de acuerdo con el proceso cronológico propio de esta exposición, a las dictadas hasta el siguiente hito de esta evolución-- Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting. Asunto C-29/91, apartado 24; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de noviembre de 1992, Rask, Asunto C-209/91, apartado 20.

<sup>21</sup> Véase Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de noviembre de 1992, Rask, Asunto C-209/91, apartado 17.

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de abril de 1994, Christel Schmidt, Asunto C-392/92.

--o retomase-- las mismas actividades o análogas actividades económicas que el anterior empleador para aplicar la normativa comunitaria. Y ello, obviamente, parecía abrir la posibilidad de que la mera sucesión de contratas se considerase una transmisión de empresa a estos efectos, aunque no hubiera, por tanto, transmisión de activos materiales. De este modo, y como se ha resaltado autorizadamente, la Sentencia, y sobre todo su parte dispositiva, parecía acoger una concepción funcional de la transmisión de empresa<sup>23</sup>, en la que bastaría nuevamente la continuación de la actividad --nuevamente, en este caso, en el tan traído sector de la limpieza-- para aplicar la protección subrogatoria.

Seguramente uno de los problemas del método tipológico --que como hemos dicho, asumió desde un principio el Tribunal de Justicia en este ámbito--, es que en muchas ocasiones la doctrina del Tribunal, sintetizada en su parte dispositiva, no contemplaba plenamente --sobre todo en este caso-- todos los elementos e indicios analizados a lo largo de su fundamentación, dando lugar a una posible confusión por parte del intérprete. En este sentido, es indudable que la sentencia Schmidt no incluye expresamente el conjunto de indicios que sí aparecían claramente recogidos --por ejemplo-- en los asuntos Spijkers y Stichting. Pero no lo es menos que en este caso sí existía una transmisión de una parte significativa de la plantilla --aunque sólo fuera la única trabajadora afectada-- a la que la nueva empresa sí realizó una oferta de contratación, de clientela y de actividad y que nos encontrábamos ante un sector en el que los medios materiales presentaban y aún presentan una escasa importancia. De ahí que, al menos a nuestro juicio, en este caso, no sólo hubiera una sucesión de simple actividad, sino que también se cumplirían de facto varios de los indicios que anteriormente el mismo Tribunal había aportado. Por tanto, lo arriesgado en estos supuestos sería extrapolar dicha doctrina acriticamente a otros casos aparentemente similares en los que, no obstante, no estuvieran presentes algunos de los elementos fácticos/indicios que sí estaban en el caso Schmidt, aunque seguramente estos no fueran lo suficientemente destacados y agrupados por parte del Tribunal, sobre todo en su fallo.

Por todo ello, y teniendo en cuenta el “revuelo” causado<sup>24</sup>, no es extraño que el mismo Tribunal posteriormente reiterara --para la mayoría retomara--, de forma ya constante, la necesidad de una aproximación tipológica al supuesto, reiterando y convirtiendo en un “clásico” dentro de su doctrina la mención a los indicios de la Sentencia Spijkers y llegando a conclusiones que, al menos en apariencia, parecían suponer una vuelta atrás en relación con la posición adoptada en Schmidt, aunque quizás esta aparente discrepancia no sería tan

<sup>23</sup> Por todos, el interesante estudio de F. Valdés Dal-Ré, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, MTAS, 2011, p. 37.

<sup>24</sup> Por todos, F. Valdés Dal-Ré, *La transmisión de empresa...*, cit., p. 38.

clara si se analizasen las diferencias casuísticas entre aquel caso y los posteriores enjuiciados por el Tribunal.

En cualquier caso, e intentando sistematizar brevemente toda esta evolución posterior, podríamos decir que la vuelta a la mención expresa de los indicios ya establecidos en *Spijkers y Stichting* aparece ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys*,<sup>25</sup>, en la que, además, se insiste nuevamente –recogiendo la postura ya expresamente señalada en *Schmidt*-- en el hecho de que la transmisión de elementos del activo no es un criterio exclusivo ni determinante para que la entidad de que se trate conserve su identidad económica, si bien en este caso, matizándolo por la “naturaleza de la actividad ejercida”. Y esta escueta referencia es importante –al menos a nuestro juicio-- en la medida en la que, en primer lugar, limita funcionalmente las declaraciones anteriores del Tribunal, que no condicionaba ni limitaba la ausencia de efecto enervante de esta ausencia de transmisión de bienes materiales sobre la conservación de la identidad de la entidad. Y, en segundo lugar, porque empieza a mostrar ya la existencia de ciertas reglas y procedimientos en la valoración del conjunto o matriz de indicios tantas veces mencionado.

En cualquier caso, mucho más importante es, sin duda, la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, asunto C-13/95. Y ello porque en este caso, el Tribunal no sólo declara –a mi juicio novedosamente-- que la ausencia de relación entre empresarios “puede constituir un indicio” –otro elemento más– “de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva”<sup>26</sup>, sino que, corrigiendo posibles interpretaciones funcionalistas, señala ya expresamente que una entidad no puede reducirse a la actividad de la que se ocupa, por lo que la *simple* pérdida de una contrata... no puede, *por sí sola*, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva” (las cursivas son nuestras). En *Süzen*, por tanto, y a diferencia de lo

<sup>25</sup> Asuntos acumulados C-171/94 y C-172/94. En esta misma línea véase igualmente, y de forma cronológica, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 1995, *Rygaard*, asunto C-48/94. Por todas las posteriores, véanse Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, *Sánchez Hidalgo*, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96 apartado 29; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de diciembre de 1999, *Allen*, asunto C-234/98, apartado 26; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de noviembre de 2003, *Abler*, asunto C-340/01, apartado 33 y 34; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de diciembre de 2005, *Güney-Görres* (C-232/04) y *Demir* (C-233/04), asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04, apartado 33 y 34 y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de julio de 2010, (*UGT-FSP*), asunto C-151/09, apartado 27.

<sup>26</sup> En este mismo sentido, posteriormente, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, *Sánchez Hidalgo*, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96 (apartado 22); Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 26 de septiembre de 2000, *Didier Mayeur*, asunto C-175/99, apartado 45; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de enero de 2001, *Liikenne*, asunto C-172/99, apartado 28.

que ocurría en Schmidt, no hubo una transmisión de personal, ni una propuesta de mantenimiento de la actividad para tales empleados. De ahí y desde la matriz tipológica básica en la doctrina del Tribunal, que se llegue a la conclusión de que la simple sucesión de contratistas en una posición contractual materialmente similar no permite aplicar la protección subrogatoria, sobre todo si esta sucesión no va acompañada de otros elementos como la transmisión del “personal que la integra” o, en su caso, de “su marco de actuación, de la organización de su trabajo, de sus métodos, o, en su caso, de sus medios explotación” --nuevos elementos o indicios, por tanto, que se integran de facto y al menos en estos casos en la interpretación tipológica--.

En cualquier caso, y al menos a mi juicio, el matiz más importante de la Sentencia Sützen no es esta ampliación de elementos de la matriz de indicios, posteriormente recogida y reiterada en otras muchas resoluciones<sup>27</sup>. Lo realmente importante es que, desarrollando ya el aviso a navegantes de la Sentencia Merckx, el Tribunal va a dar, en primer lugar, reglas sobre la forma de actuar frente a la clásica matriz tipológica de indicios; y, en segundo lugar, y como lógica consecuencia, va a priorizar igualmente estos criterios/indicios, dando un papel a mi juicio relevante al orden en el que los mismos fueron enumerados y ordenados desde el ya lejano caso Spijkers.

En este sentido, el Tribunal en Sützen destaca cómo al analizar estos criterios, el órgano jurisdiccional nacional debe “tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate”, esto es, el primer indicio que se mencionaba. Y ello porque “la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados” --que se convertiría así en una disyuntiva previa en la valoración del resto de indicios--<sup>28</sup>.

En particular --continuaba el Tribunal-- “en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos

<sup>27</sup> Aspectos estos reiterados, por ejemplo, por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal, asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97. apartado 30-- si bien añadiendo otro elemento de valoración de este “transmisión de entidad por plantilla” como el de “sus directivos”-- En esta misma línea Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, apartado 30; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de diciembre de 1999, Allen, asunto C-234/98, apartado 27; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de enero de 2001, Liikenne, asunto C-172/99, apartado. 34.

<sup>28</sup> Esta misma idea late en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de diciembre de 1999, Allen, asunto C-234/98, apartado 28; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de enero de 2001, Liikenne, asunto C-172/99, apartados 32 y 35; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de noviembre de 2003, Abler, asunto C-340/01, apartado 35; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de diciembre de 2005, Güney-Görres (C-232/04) y Demir (C-233/04), asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04, apartado 35.

significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos<sup>29</sup>. Y de ahí que en tales sectores “dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea<sup>30</sup>”.

En definitiva, el Tribunal parecería establecer una primera variable como es el tipo de actividad, o incluso los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, para luego valorar, en función de los mismos, la importancia respectiva que debía atribuirse a los criterios o indicios ya mencionados. Y dentro de ellos, además, delimitando ahora –eso sí, siempre como parte de una percepción conjunta<sup>31</sup>-- como elementos centrales, para un tipo de actividades, la transmisión o no de elementos patrimoniales y clientela<sup>32</sup> --pertencieran o no a su antecesor o hayan sido puestos a disposición de los contratistas por la principal<sup>33</sup>--; mientras que para otras, lo especialmente relevante sería la continuación de una parte significativa en número y competencias de la plantilla. De hecho, ambos elementos, medios materiales y personal, se elevan hasta incorporarlos en el propio concepto de entidad económica, entendida ahora como conjunto organizado de *personas y elementos* que per-

<sup>29</sup> Reiterando esta idea, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, apartado 31; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de diciembre de 1999, Allen, asunto C-234/98, apartado 29.

<sup>30</sup> En similar sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, apartado 26 que, no obstante, parece avanzar aún más al señalar que un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común *puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción*” (la cursiva es nuestra).

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de diciembre de 2005, Güney-Görres (C-232/04) y Demir (C-233/04), asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04, apartado 44 “debe recordarse que la transmisión de los elementos de explotación no es más que un aspecto parcial de la evaluación de conjunto que debe efectuar el juez nacional al examinar la existencia de una transmisión de empresa o de centro de actividad”.

<sup>32</sup> Véase paradigmáticamente la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de noviembre de 2003, Abler, asunto C-340/01, apartado 37 en el que la ausencia de toda transmisión de plantillas no excluye la transmisión cuando la actividad se “basa esencialmente en los equipos”. En una línea similar en relación con el transporte público regular por autobús se había movido la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de enero de 2001, Liikenne, asunto C-172/99, apartado 42.

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de diciembre de 2005, Güney-Görres (C-232/04) y Demir (C-233/04), asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04, apartados 38 y siguientes, en los que se rechaza, además, que resulte “necesario que dichos elementos se hayan transferido con el fin de una gestión económica propia”.

mite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio<sup>34</sup> estable y no circunscrito a la ejecución de una obra determinada<sup>35</sup>.

Por ello, cuando posteriormente esta sucesión de contratatas se produce en un sector como el de la limpieza, vigilancia, mantenimiento o conserjería en el que los aspectos materiales presentan escasa o incluso nula importancia, la continuación de una parte significativa de la plantilla en personas o competencias<sup>36</sup>, específicamente destinados de forma duradera a una actividad común, sí produciría –o podría producir en la nueva y más cauta redacción del Tribunal-- su identificación con el tipo ideal de transmisión<sup>37</sup>, con independencia del criterio que produjo dicha transmisión –por ejemplo, la imposición por convenio colectivo--<sup>38</sup>. Es cierto que en estos casos deberían valorarse el número y competencias de la plantilla transmitida, así como otros elementos como la

<sup>34</sup> Sentencia de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95, apartado 13; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de enero de 2002, Temco, Asunto C-51/00, apartado 23; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, apartado 25; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de enero de 2001, Liikenne, asunto C-172/99, apartado 31; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de noviembre de 2003, Abler, asunto C-340/01, apartado 30; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de diciembre de 2005, Güney-Görres (C-232/04) y Demir (C-233/04), asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04, apartado 32; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de julio de 2010, UGT-FSP, asunto C-151/09 apartado 26 al que se remite para una más amplia referencia de esta idea en la jurisprudencia del Tribunal.

<sup>35</sup> Esta referencia a la estabilidad y no conexión con una obra determina surge en la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 1995, Rygaard, C-48/94, apartado 20. Véanse, no obstante, las matizaciones en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de diciembre de 1999, Allen, asunto C-234/98, apartado 37.

<sup>36</sup> Esta misma idea es reiterada en Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, apartado 32; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de julio de 2010, (UGT-FSP), asunto C-151/09, apartado 29.

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal y otros, asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, apartado 27; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de enero de 2002, Temco, Asunto C-51/00, apartado 25 y siguientes. Y de hecho, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de julio de 2010, (UGT-FSP), asunto C-151/09, el apartado 29 señala que “*en la medida en que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica*” (la cursiva es nuestra).

<sup>38</sup> Una interesante crítica a esta doctrina S. Del Rey Guanter, D. Martínez Fons, R. Serrano Olivares “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 58, p. 234

organización y los métodos de trabajo<sup>39</sup> e incluso, y en su caso, los medios de explotación. Pero lo que sí era evidente es que en este tipo de sectores o actividades la ausencia de transmisión de estos medios materiales no supone necesariamente la inexistencia de una transmisión.

En cambio, en los sectores donde la actividad se basaba y se basa esencialmente en los equipos, el criterio necesario --y ello, obviamente, aunque no se produzca transmisión de la propiedad de los mismos, o incluso cuando lo que se transmita sea la utilización de medios materiales cuya titularidad última corresponda a la principal -- sería la transmisión de los elementos patrimoniales. Es cierto que en un primer momento, se insiste en que dicho elemento no es único, en la medida en la que se sigue haciendo referencia a clientela y elementos inmateriales<sup>40</sup>. Pero no debe olvidarse cómo, poco más tarde, en *Liikenne*, el Tribunal considerará expresamente que en sectores en los que “los elementos materiales contribuyen de forma importante al ejercicio de la actividad”, la ausencia de transmisión “de una medida significativa de dichos elementos, que son indispensables para el buen funcionamiento de la entidad, debe conducir a considerar que esta no conserva su identidad” a pesar de que en aquel mismo caso sí se había producido una recepción de buena parte de la plantilla del antiguo al nuevo contratista.

La clave, por tanto, pasaría a ser ahora cuándo nos encontramos o no en estos sectores en los que los elementos materiales contribuyen de forma importante al ejercicio de actividad; una cuestión ésta en la que no podemos profundizar pero sobre la que, al menos a nuestro juicio, si quisiéramos señalar que la doctrina del Tribunal parece conducir a una ampliación de tales sectores, limitando la escasa valoración de estos medios materiales a actividades complementarias como la limpieza, vigilancia o mantenimiento<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Posteriormente la Sentencia del Tribunal de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10 señalará que para analizar si un colectivo es suficientemente autónomo, hay que recordar que... el concepto de autonomía se refiere a las facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectado, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro del referido grupo, y más concretamente de dar órdenes e instrucciones y distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes al grupo en cuestión, ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario (véase en ese sentido la sentencia *UGT-FSP*, antes citada, apartados 42 y 43). Si bien es cierto que la existencia de una entidad suficientemente autónoma no resulta afectada por la circunstancia de que el empresario imponga obligaciones precisas al referido grupo de trabajadores y ejerza así una influencia amplia en las actividades de éste, es preciso no obstante que dicho grupo conserve cierta libertad para organizar y prestar sus servicios (véase en ese sentido la sentencia *Hidalgo* y otros, antes citada, apartado 27).

<sup>40</sup> Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de noviembre de 2003, *Abler*, asunto C-340/01, apartado

<sup>41</sup> Los casos *Abler* --minas-- y *Liikenne* --transporte por autobús--, previamente citados, serían buena muestra de ello.

### *2.1.3. El impacto de la doctrina del Tribunal de Justicia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*

Pues bien, aunque, como hemos visto, la doctrina del Tribunal de Justicia prácticamente se consolida con la Sentencia Súzen en 1997, la doctrina del Tribunal Supremo va a mantenerse anclada en los elementos patrimoniales prácticamente hasta la Sentencia de 20 de octubre de 2004 (RJ 7162).

Hasta esa fecha se había mantenido básicamente –y como ya hemos señalado-- la postura sustancialmente patrimonialista que analizamos previamente, y que, como se recordará, centraba su perspectiva esencial y casi exclusivamente en los aspectos materiales y organizativos, olvidando los elementos personales y abordando, además, la cuestión sin prestar especial atención al tipo de actividad o sector afectado. Sólo a partir de esta sentencia de octubre de 2004 –y sin referencias, por cierto, a la reforma legislativa de 2001 que le hubiera ofreciendo un apoyo singular para su cambio de doctrina--, es cuando claramente, nuestro Tribunal Supremo comience a admitir la sucesión de empresas por “plantilla” en sectores como el mantenimiento de instalaciones<sup>42</sup>. Y ello, no sin críticas a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y a sus “cambios de doctrina”; unas críticas centradas, básicamente, en “transformar el efecto en la causa” -- desde una perspectiva dogmática--, mientras que desde el plano de las consecuencias se resaltaban los perniciosos efectos que esta doctrina podría tener tanto sobre la estabilidad en el empleo --al desincentivar la contratación por el nuevo empresario de trabajadores de la anterior--, o sobre la imposición a los trabajadores de descentralizaciones estratégicas de actividad por parte de la empresa principal<sup>43</sup>.

La única matización, ligada a este último temor de imponer una descentralización estratégica de la empresa principal hacia empresas contratistas, se centró en que esta transmisión de plantillas fuera –en la terminología de la STS de 20 de octubre de 2004<sup>44</sup>-- “pacífica, efectiva y real”, lo que impediría la transmisión –y, por tanto, la transmisión necesaria de la posición contractual de empleador-- en aquellos casos en los que la decisión de una empresa de transferir parte de su plantilla a otra es impugnada por un amplio número de empleados<sup>45</sup> sin que exista, además, trasvase patrimonial<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> STS de 27 de octubre de 2004 (RJ 7202). Admitiendo esta posibilidad, pero denegándolas por las circunstancias concretas del caso SSTS de 27 junio 2008 (RJ 2008\4557); de 11 julio 2011 (RJ 2011\5667).

<sup>43</sup> Véase en este sentido, por ejemplo, la STS de 27 de octubre de 2004 (RJ 7202). Sobre estas críticas véase más detenidamente A. Desdentado Bonete, “La sucesión de empresa...”, cit., p. 253 y ss.

<sup>44</sup> (RJ 7162). Véase igualmente y en este mismo sentido la STS 21 octubre 2004 (RJ 2004\7341)

<sup>45</sup> Más recientemente STS de 29 de mayo de 2008 (RJ 4224).

<sup>46</sup> STS de 26 noviembre 2004 (RJ 2005\238)

En cualquier caso, y aunque en principio la doctrina del Tribunal Supremo no parecía distinguir claramente en relación con el tipo de actividad y la importancia en la misma de los elementos materiales<sup>47</sup>, poco más tarde sí se destacará que esta continuación de plantilla no será la determinante cuando nos encontremos ante sectores o actividades que exijan material e instalaciones importantes<sup>48</sup>, asumiendo así, plenamente, la doctrina del Tribunal de Justicia que previamente habíamos sintetizado. De ahí que, como ya señalábamos en un momento anterior, la cuestión central sin duda se trasladase –y sin duda se trasladará– a la mayor o menor importancia de los elementos materiales en la actividad o producción; un tema éste, nuevamente de grados, y que amenaza ya con ser nuevamente polémico si nos acercamos, si tan siquiera con cautela, a las no muy coincidentes opiniones de suplicación<sup>49</sup>.

#### *2.1.4. La Sentencia CLECE; un paso más en la lenta evolución del Tribunal de Justicia*

Llegados a este punto, resulta obvio que la Sentencia que es objeto de comentario puede considerarse, en gran parte, como la definitiva consolidación de la doctrina del Tribunal de Justicia que analizamos anteriormente.

Lo es, por ejemplo, en la forma flexible en la que vuelve a analizar el concepto de cesión contractual<sup>50</sup>, o en la forma en la que aborda otro de los aspectos sobre la que volveremos inmediatamente al hilo del asunto Scattolon: la irrelevancia a estos efectos de que la empresa adquirente sea, también en este supuesto, una entidad pública y, más concretamente, un Ayuntamiento.

<sup>47</sup> Véase, por ejemplo, la STS de 17 junio 2008 (RJ 2008\4229). Tampoco hace distinciones la posterior STS de 12 julio 2010 (RJ 2010\6798) pero en este caso no debe olvidarse que se trataba de la sucesión de contratistas de limpieza.

<sup>48</sup> Matización en la documentada STS 23 de octubre de 2009 (RJ 5734). No obstante en el caso se producía la transmisión no sólo de la plantilla, sino también de los medios materiales. En una línea similar destacando que en el caso enjuiciado –cesión de la gestión del servicio de grúa– lo importante no era la asunción de plantilla, sino la transmisión de una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada STS 30 de mayo de 2011 (RJ 5818)

<sup>49</sup> Así por ejemplo, la TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 361/2011 de 20 enero (AS 2011\928) que en relación con el servicio de atención telefónica considera, al menos en principio, que, “aún admitiendo la relevancia del elemento personal” la misma “descansa, fundamentalmente en la tecnología. Y resulta acreditado que se transmitió una unidad productiva autónoma, resultando evidente que la atribución de la gestión del servicio de atención telefónica de emergencias incluía la asunción por la adjudicataria de los medios materiales necesarios”. En general, sobre todos estos temas véase el interesante trabajo de M.S. Herrainz Martín, “La sucesión de empresa en contratistas y la sucesión convencional a la luz de la nueva jurisprudencia”, en *Aranzadi Social*, 2011, n. 6 (BIB 2011\1350, a quien se reenvía para un análisis de la casuística sobre esta cuestión en los Tribunales Superiores de Justicia

<sup>50</sup> La inclusión del rescate de concesiones, expresamente de limpieza, ya había sido admitido sin mayores problemas y de forma expresa por la Sentencia de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal y otros, C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Rec. p. I-8179, apartado 25.

Pero en cualquier caso, lo seguramente más importante de esta resolución es que la misma viene a cimentar, aparentemente de forma ya definitiva, toda la anterior doctrina en relación con la inclusión o no en el ámbito de aplicación de la normativa de la Unión, de estos supuestos de rescate o sucesión de contratas o concesiones, en especial en el sector de la limpieza.

Así, tras asumir, nuevamente de forma expresa, la lógica tipológica iniciada en *Spijkers* –esto es la necesidad de utilizar una serie de indicios y una valoración conjunta de los mismos–, y la imposibilidad de considerar la mera sucesión de actividad como un supuesto de transmisión –continuando lo establecido en *Süzen*– el Tribunal asumirá en tercer lugar, la ya comentada necesidad de distinguir, en primer lugar, en función del sector de actividad y métodos de trabajo. Y para sectores como éste, en los que “no existen elementos significativos de activo material o inmaterial”, no sólo recordará que el mantenimiento de la identidad de la entidad no puede hacerse depender de la transmisión de estos bienes, sino que también reiterará que un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad “puede” –y, obsérvese, en esta ocasión ya sólo puede– constituir una entidad económica. Y ello claro está, con independencia de la causa de esta subrogación sea voluntaria o la imposición de una norma convencional que, como se recordará en este caso no era aplicable en función de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de diciembre de 2008<sup>51</sup>.

En este contexto, seguramente lo más novedoso de esta sentencia es que, nuevamente para este tipo de sectores de actividad, la transmisión de la mayor parte de la plantilla aparece no sólo como un indicio positivo, sino –y esto sería, al menos a mi juicio, un signo más de la evolución restrictiva en este punto de la doctrina del Tribunal desde la ya lejana Sentencia *Schmidt*– como una condición necesaria para admitir la aplicación de la normativa europea. De forma literal –y de manera simétrica aunque opuesta a lo que ocurriera en *Abler* para sectores en los que la actividad se basaba esencialmente en los equi-

<sup>51</sup> No es posible entrar aquí, con detenimiento, en el tema complejo y discutido, de los límites en la aplicación de los convenios colectivos sectoriales que incorporan cláusulas subrogatorias a empresas “principales” cuya actividad no es, evidentemente, la limpieza o vigilancia y que cuentan con convenios colectivos propios. Baste señalar por tanto, como en general la doctrina del Tribunal Supremo parece rechazarla –Sentencias de 28-10-1996 (RJ 1996, 7797); 15-12-1997 (RJ 1998, 1136); 14-3-2005 (RJ 2005, 3191), resolviendo también un supuesto referido igualmente al sector de la limpieza; de 26-4-2006 (RJ 2006, 4771) y 10-12-2008 (RJ 2008, 7678)--. Véase recientemente una recapitulación de toda esta doctrina en la STS de 11 julio 2011 (RJ 2011\5667) igualmente relativa al sector de la limpieza. La cuestión, en cambio, se tornaría más compleja cuando la empresa principal/corporación local no tenga convenio colectivo propio. Véanse, aunque en relación con la regulación de otras materias, las SSTs 7-10-2004 (RJ 2005, 2167), de Pleno, y de 1-6-2005 (RJ 2005, 9663). En relación con el candente problema de los centros especiales de empleo véase la reciente STS de 21 octubre 2010 (RJ 2010\7821).

pos<sup>52</sup>-- el Tribunal señalará que en entidades que “descansan esencialmente en la mano de obra” no existiría conservación de la identidad cuando “el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla”. En cambio, lo que no se señala expresamente es que sea una condición suficiente, ya que al menos teóricamente, también en estos casos se vuelve a un amplio elenco de indicios, iniciados en Súzen y que obligarían a analizar, ciertamente, el personal que la integra, pero también sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone; unos medios materiales cuyo carácter esencial, como hemos dicho, se rechaza, pero que vuelve a aparecer si tan siquiera como mero indicio en esta nueva valoración topológica.

### 3. TRANSMISIÓN DE EMPRESAS Y REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: ALGUNAS NOTAS

Por otra parte, esta misma sentencia Clece conecta con otra más reciente, la Scattolon, a la hora de abordar otra cuestión de notable actualidad en nuestra Comunidad como es la aplicación o no de la Directiva comunitaria al ámbito del Sector público. Y ello no sólo porque la actual redacción del art. 1.1.c Directiva 2001/23/CE excluye de su ámbito de aplicación “la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas”, sino también por el tenor literal de alguna reciente Sentencia del Tribunal Supremo –coincidente, por cierto, con las mismas dudas planteadas anteriormente por alguno de sus más destacados magistrados<sup>53</sup>-, y de acuerdo con la cual “la subrogación probablemente no se compaginaría bien con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y con las normas que regulan el acceso al empleo público y la selección del personal laboral en ese ámbito”<sup>54</sup>.

Es cierto que, al menos en apariencia, la cuestión podría parecer menor, dado el hecho de que la Directiva comunitaria es una norma de mínimos, que, en su caso, podría ser mejorada por la legislación nacional –en nuestro caso, el art. 44 ET<sup>55</sup>-. Pero no debe olvidarse que la inclusión de estas situaciones en la

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de noviembre de 2003, Abler, asunto C-340/01, apartado 37.

<sup>53</sup> Véase A. Desdentado Bonete, “La sucesión de empresa...”, cit., p. 244.

<sup>54</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 11 julio 2011.

<sup>55</sup> Aunque sea adelantar acontecimientos, quizás no esté de más recordar que desde el año 2001, el art. 44.2 ET se remite a los efectos de considerar la existencia de una transmisión la presencia de una entidad económica. De ahí que si la exclusión de la directiva no fuera constitutiva sino declarativa, al considerarse que la reordenación de funciones públicas no constituiría entidad económica, la exclusión de la Directiva también podría considerarse excluida del ámbito del art. 44 ET.

protección de la normativa de la Unión supondría necesariamente su inclusión y necesaria protección por parte del ordenamiento jurídico español. Y ello, no sólo por la necesidad de una interpretación conforme a la norma comunitaria del Derecho nacional, sino porque, además, y en este caso concreto, el carácter público de la entidad y las características técnicas de la propia norma –carácter preciso e incondicional- permitirían sostener el efecto directo de tales disposiciones, desde la primacía propia del Derecho Comunitario<sup>56</sup>; una primacía que, por ende, y como se recordará, alcanza no sólo al derecho originario, sino también al derivado, proclamándose frente a cualquier norma nacional, tenga el origen que tenga, incluidas las normas constitucionales<sup>57</sup>. De ahí que como hace ya tiempo señalara el Tribunal de Justicia “la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de

<sup>56</sup> Véase, por todas, la muy reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 2012, Domínguez, asunto C-282/10, de acuerdo con la cual “Es cierto que, conforme a una jurisprudencia bien asentada, una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada, como tal, contra dicha persona (véanse, entre otras, las sentencias de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 20; de 7 de marzo de 1996, El Corte Inglés, C-192/94, Rec. p. I-1281, apartado 15; Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 108, y Küçükdeveci, antes citada, apartado 46). No obstante, cabe recordar que, cuando los justiciables pueden ampararse en una directiva frente al Estado, no frente a un particular, pueden hacerlo independientemente de cuál sea la condición en que actúa el Estado, empleador o autoridad pública. En efecto, en uno y otro caso hay que evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del Derecho de la Unión (véanse, en particular, las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, Rec. p. 723, apartado 49; de 12 de julio de 1990, Foster y otras, C-188/89, Rec. p. I-3313, apartado 17, y de 14 de septiembre de 2000, Collino y Chiappero, C-343/98, Rec. p. I-6659, apartado 22). De este modo, entre las entidades a las que se pueden oponer las disposiciones de una directiva que puedan tener efectos directos figura un organismo al que, cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el control de esta última, de un servicio de interés público y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares (véanse, en particular, las sentencias Foster y otras, antes citada, apartado 20; Collino y Chiappero, antes citada, apartado 23, y de 19 de abril de 2007, Farrell, C-356/05, Rec. p. I-3067, apartado 40).

<sup>57</sup> Dicho principio, como se sabe, es fruto de la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a partir de la Sentencia de 15 de julio de 1964 (Costa c. ENEL) y desarrollado en pronunciamientos posteriores, así las SSTJCE de 14 de diciembre de 1971 (Politi), 13 de julio de 1972 (Comisión c. Italia), 9 de marzo de 1978 (Simenthal), entre otras muchas, y significa que cualquier norma del Derecho comunitario, no sólo del primario, sino también del derivado, prevalece sobre las de Derecho interno, cualquiera que sea el rango de éstas, incluido el constitucional. Más recientemente sobre la primacía del Derecho Comunitario sobre las propias decisiones de un Tribunal Constitucional de un estado miembro, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de noviembre de 2009, Filipiak, asunto C-314/08. Sobre la compatibilidad de esta primacía con la supremacía de la norma constitucional española véase la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, requerimiento 6603-2004, formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado<sup>58</sup>.

Pues bien, una vez sentado todo lo anterior, baste señalar -intentando sintetizar en pocas palabras el tratamiento de este problema-, que el origen del mencionado precepto de la Directiva se encuentra, sin duda, en la propia doctrina previamente establecida por el Tribunal de Justicia en esta materia. Y en ella, obviamente, no se excluía ni a la Administración Pública, ni obviamente al sector público. Muy al contrario, el Tribunal casi desde un principio resaltó la aplicación de la entonces Directiva 77/187/CEE a cualquier entidad que conservara su identidad, independientemente del estatuto jurídico de la misma y de su sistema de financiación<sup>59</sup>. De ahí su aplicación tanto a las empresas privadas como públicas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro -como de hecho señala hoy el art. 1.1.c Directiva 2001/23/CE-. En otras palabras, el mero hecho de que el personal transferido y sus actividades estuviesen integrados o se integrasen en la administración pública, no podía excluir por sí solo a dicha entidad de la aplicación de la Directiva 77/187<sup>60</sup>.

Es cierto que el Tribunal de Justicia excluyó del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187 la «reorganización de estructuras de la administración pública» y la «transferencia de competencias entre administraciones públicas», estableciendo una excepción recogida con posterioridad -como ya hemos señalado- en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23. Pero ello en la medida en la que tenían por objeto actividades propias del poder público y en la medida en la que las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público quedarían excluidas por principio de la calificación de actividad económica<sup>61</sup>.

Por ello, y llamativamente, las dudas no venían del supuesto de transmisión del sector privado al público, planamente admitido por el Tribunal de Justicia,

<sup>58</sup> Sentencia de 17 diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft C--11/70

<sup>59</sup> Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2000, Mayeur, asunto C-175/99,

<sup>60</sup> Para un caso del sector público al privado, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de septiembre de 2000, Collino, asunto C-343/98 --si bien recuérdese que la Directiva no es aplicable a las personas que no estén protegidas, como trabajadores, con arreglo a la legislación nacional en materia de Derecho del trabajo, con independencia de cuál sea la naturaleza de las funciones que ejerzan dichas personas--. Para la hipótesis contraria, esto es del sector privado al público véase, por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2000, Mayeur, asunto C-175/99

<sup>61</sup> Sentencia de 15 de octubre de 1996, Henke, C-298/94, , apartado 17)

y por cierto, por nuestra propia jurisprudencia<sup>62</sup> y doctrina de suplicación<sup>63</sup> —a pesar, obviamente, de las dudas obiter dicta de la sentencia antes mencionada—. Para el Tribunal de Justicia el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público o una Administración no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva siempre, volvemos a repetir, que no se traten de tareas propias del ejercicio del poder público<sup>64</sup>. Del mismo modo que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva<sup>65</sup>.

Muy al contrario, las dudas podrían provenir del supuesto de transmisiones entre entidades de Derecho Público. Y es aquí donde —con independencia de que el Tribunal Supremo en alguna ocasión ya haya reconocido la aplicación del art. 44 ET en tales casos<sup>66</sup>— la Sentencia Scattolon resulta clarificadora. Y es que en ella continuando la interpretación restrictiva que el tribunal viene

<sup>62</sup> Véase, por mencionar alguna la STS de 3 abril 1996 (RJ 1996\2981 ) y la reciente STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 30 mayo 2011. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2192/2010 RJ 2011\5818. Esta ha abordado la aplicación del art. 44 ET en un supuesto de asunción por parte de una Administración de un servicio prestado anteriormente por una empresa privada. De hecho, esta misma Sentencia ha recordado expresamente como “el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró, mientras estaba en vigor la Directiva 77/1987 [modificada por la Directiva 98/50 ], que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva ( STJCE 212/2000 (sic), de 26de Septiembre , Asunto Mayeur , apartado 33; y que la misma conclusión se impone en el caso de la vigente Directiva 2001/23 [codificación de aquéllas], puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva”. Es cierto que la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 23 septiembre 1997 RJ 1997\6582 consideró inaplicable el art 44 ET a los trabajadores de la Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana en su proceso de integración en la Administración General, Pero este rechazo no se baso en su teórica incompatibilidad, sino, simplemente, por no conservar --al menos con la doctrina del Tribunal Supremo en aquel momento-- la entidad económica transmitida su identidad. De ahí que dada la clara existencia de esta en el caso que nos ocupa, dicha sentencia no sea relevante a los efectos que nos ocupan

<sup>63</sup> Para un estudio más detenido, J.L. Gil y Gil “Aplicabilidad de la transmisión de empresa a las administraciones públicas”, en *Capital Humano*, 2009. n. 236, p. 116 y siguientes.

<sup>64</sup> Junto a la Sentencia Mayeur, antes citada, véase, por ejemplo, dos casos que afectaban a entidades españolas: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96 y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de julio de 2010, (UGT-FSP), asunto C-151/09

<sup>65</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, apartado 26; de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, C-29/91, apartados 15 a 17, y de 14 de septiembre de 2000, Collino y Chiappero, C-343/98, apartado 34

<sup>66</sup> Véanse, por ejemplo las Sentencias de la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 29 junio 1994 (RJ 1994\5502) que aplicó el art. 44 ET a los supuestos de transferencia o traspaso de bienes y servicios del Estado a las Comunidades Autónomas, para el desempeño de competencias atribuidas a estas últimas, sobre la base de que las actividades administrativas desarrolladas continuaban prestándose por parte de las Comunidades Autónomas.

haciendo de las excepciones a la Directiva 2001/23, se señala que “nada justificaría ampliar esa jurisprudencia en el sentido de que los empleados públicos, protegidos como trabajadores en virtud del Derecho nacional y afectados por una transferencia a un nuevo empleador dentro de la administración pública, no pudieran disfrutar de la protección que ofrece la Directiva 77/187 por el único motivo de que esa transferencia forme parte de una reorganización de dicha administración”. Es importante considerar al respecto que, como recordaba el propio Tribunal “si se acogiera tal interpretación cualquier transferencia impuesta a tales trabajadores podría sustraerse por la autoridad pública interesada del ámbito de aplicación de la referida Directiva, invocando el mero hecho de que la transferencia forma parte de una reorganización de personal. De esa forma, importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podrían quedar privadas de la protección prevista por esa Directiva”.

Por ello, el núcleo de la cuestión no sería la naturaleza pública de una o de las dos partes de la transmisión, sino, y sobre todo, si en el caso de reorganizaciones del sector público, nos encontramos o no ante actividades económicas en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ya que de ser calificables como actividades económicas sería aplicable la protección subrogatoria<sup>67</sup>.

Y es aquí donde la Scattolon asume un concepto de «actividad económica» ciertamente amplio –seguramente importado del elaborado en el seno del Derecho de la competencia<sup>68</sup>-- que comprendería, para el propio Tribunal, “cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado”<sup>69</sup>, incluyendo, de este modo, como actividades económicas servicios que, sin corresponder al ejercicio de prerrogativas del poder público, se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo<sup>70</sup>. Desde esta perspectiva actividades como la gestión de instalaciones públicas de telecomunicaciones y su puesta a disposición de los usuarios, la limpieza o el mantenimiento, o, por mencionar un último ejemplo, la gestión de actividades ligadas a la intermedia-

<sup>67</sup> En un sentido similar, creemos, S. Del Rey Guanter, D. Martínez Fons, R. Serrano Olivares, “El régimen jurídico de la transmisión...”, cit., p. 224.

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de septiembre de 2000, Collino asunto C-343/98, apartado 33.

<sup>69</sup> Con cita de las Sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glöckner*, asunto C-475/99, apartado 19; de 24 de octubre de 2002, *Aéroports de Paris/Comisión*, asunto C-82/01, apartado 79, y de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze* y otros, asunto C-222/04, apartado 108.

<sup>70</sup> Véase al respecto las Sentencias de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, C-41/90, apartado 22; *Aéroports de Paris/Comisión*, antes citada, apartado 82, y *Cassa di Risparmio di Firenze* y otros, antes citada, apartados 122 y 123.

ción y al mercado de trabajo<sup>71</sup> quedarían incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, quedando sólo excluidas, desde una interpretación restrictiva, la reorganización de estructuras de la Administración pública o la cesión de competencias administrativas entre Administraciones públicas cuando afecte a actividades propias del ejercicio del poder público<sup>72</sup>.

<sup>71</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 23 de abril de 1991. Klaus Höfner y Fritz Elser contra Macrotron GMBH, asunto C-41/90; y de 11 de diciembre de 1997. Job Centre, asunto C-55/96).

<sup>72</sup> Sentencia de 15 de octubre de 1996, Henke, asunto C-298/94, apartados 14 y 17.

## EXCEDENCIA VOLUNTARIA Y SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO. INAPLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL PARÉNTESIS

*Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2011*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS  
M<sup>a</sup> JOSÉ GUIX GONZÁLEZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La trabajadora, perteneciente al sector de grandes superficies, solicitó excedencia voluntaria durante tres años, excedencia que fue prorrogada por dos años más. Al finalizar dicho período, solicitó su reincorporación en unas determinadas condiciones, distintas de las que venía disfrutando antes de la excedencia. La empresa manifestó a dicha solicitud de reingreso que no tenía una vacante en tales condiciones.

A cargo de la trabajadora se encontraba una menor discapacitada que en el momento de solicitar la excedencia voluntaria tenía 5 años de edad. Denegada la reincorporación, solicitó prestación por desempleo. La actora presentó demanda contra el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), por la decisión de no concederle la prestación por desempleo, dicha decisión fue confirmada por el Juez de lo Social, pero revocada por la sala de lo Social del TSJ de Madrid, tras recurso de suplicación, la que declaró el derecho de la actora a la prestación por desempleo, en base a la aplicación de la doctrina del paréntesis.

**RESUMEN:** El SPEE interpuso recurso de casación por unificación de doctrina alegando como sentencia de contraste otra del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha de 14 de febrero de 2004. El recurso será estimado por el Tribunal Supremo aduciendo la no aplicación de la “doctrina del paréntesis”, debido a la inexistencia de voluntariedad en la permanencia en el mercado de trabajo de la actora. En otras palabras, el Alto Tribunal considera la no retrotracción del nacimiento de la prestación por desempleo a los seis años anteriores al inicio de la situación de excedencia voluntaria, de tal forma que en el caso concreto, la actora no alcanza el período de carencia mínimo de 360 días para dicha prestación, por lo que no tiene derecho a ella.

\* Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Colaboradora Honoraria, respectivamente.

**ÍNDICE:**

1. INTRODUCCIÓN
2. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA
3. LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES DE LA EXCEDENTE
4. REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO: LA INVOLUNTARIEDAD
5. SOBRE EL PERIODO DE CARENCIA Y DOCTRINA DEL PARÉNTESIS EN LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

**1. INTRODUCCIÓN**

Se entremezclan en la sentencia que se comenta varias cuestiones interesantes: de un lado, una trabajadora en situación de excedencia voluntaria, de otro lado, una serie de responsabilidades familiares de dicha trabajadora excedente, con una menor discapacitada a su cargo y otra menor acogida; y, finalmente, la inaplicación de la teoría del paréntesis para el acceso a las prestaciones por desempleo.

En nuestra opinión, y como más adelante se abundará, el Tribunal Supremo ha tenido que entrar en el análisis de la cuestión del paréntesis debido a la necesidad de corregir una situación creada por la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recogida en la sentencia que casa, pero de forma hábil llevando la cuestión, más que al terreno del requisito del período de carencia, al terreno del concepto de la contingencia protegida y de la involuntariedad en la situación de desempleo; aprovechando, al mismo tiempo, para el análisis de la determinación de los períodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial.

Cuestiones que quizás, a mi juicio, ni siquiera hubiesen hecho falta aplicar de haberse observado los requisitos para el acceso a las prestaciones por desempleo de forma correcta, ya que, como posteriormente se dirá, a la trabajadora excedente se le tenía que haber denegado el derecho a la prestación inicialmente por no encontrarse en situación legal de desempleo.

**2. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA**

Como se recuerda, la excedencia es una institución jurídica transplantada desde el Derecho Administrativo, de hecho, no es hasta la Ley de Relaciones Laborales de 1976 cuando se regulan los primeros supuestos de excedencia nominados como tales.

En el momento actual, el art. 46.2. ET establece que todo trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho sólo podrá ser

ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia. El Estatuto de los Trabajadores reconoce esta excedencia *ad nutum*, sin necesidad de concurrencia de causa específica de tal forma que se respeta la intimidad del trabajador ignorando cuál es el interés o la causa que motiva su solicitud<sup>1</sup>. Y este es el tipo de excedencia que solicita la trabajadora que da origen a la controversia jurídica objeto de la sentencia que se comenta.

Esta excedencia tiene la especial particularidad, *ex art.* 46.5 ET, de que “el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”, y en base a ello, y como se ha indicado, “el trabajador no se beneficia de la norma que entiende como tiempo de servicio a la empresa el transcurrido en esta situación”<sup>2</sup>. Ello significa que solo tiene un derecho “abstracto” y preferente a reincorporarse en el caso de que haya una vacante de igual o similar categoría.

Esta situación ha sido analizada por la doctrina estableciéndose diferentes criterios sobre su concepción y naturaleza. Siguiendo a Gorelli Hernández, por su sistemática y claridad, una parte de la doctrina ha entendido que la excedencia voluntaria es un “supuesto de extinción del contrato de trabajo, si bien, en caso de vacante y reingreso posterior, se origina una nueva relación laboral”, tesis muy criticada por insatisfactoria y que compartimos plenamente<sup>3</sup>. El sector doctrinal predominante estima que se trata de un supuesto de suspensión especial “pues se caracteriza por tener unos efectos parcialmente diferentes,

<sup>1</sup> Como indica Cruz Villalón, J. en su *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2009, pág. 144. Vid STS de 25 de octubre de 2000 o, en palabras del TSJ de Madrid en sentencia de 22 de abril de 2003, “cualquier interés personal o profesional del trabajador puede justificar esta modalidad de excedencia”.

<sup>2</sup> Así, Martín Valverde, A. et al. en *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 385.

<sup>3</sup> “En primer lugar, sería contradictorio con la afirmación previa de que estamos ante uno de los mecanismos jurídicos a través de los cuales se genera estabilidad en el empleo. De otro lado, parece que la excedencia voluntaria no encaja con ninguno de los supuestos de extinción regulados en el art. 49 ET, ni siquiera con la dimisión ya que los regímenes jurídicos de ambas figuras son totalmente diferentes. Lo dispuesto en el art. 46.5 ET, respecto a que el trabajador “sólo” conserva un derecho preferente al reingreso, no debe ser interpretado en el sentido de que desaparezcan el resto de derechos o deberes secundarios del trabajador... La prueba de ello es que los trabajadores que están en esta situación pueden verse afectados por una causa de extinción de las reguladas en el art. 49 ET, esto significa que hay determinados derechos y obligaciones que permanecen, y por lo tanto que la relación laboral no se ha extinguido. De hecho veremos como hay una importante línea jurisprudencial que ha venido interpretando que en determinadas circunstancias (cuando existe vacante), la no admisión del trabajador equivale a un despido. Por último, el hecho de que al no solicitarse el reingreso en tiempo no sea necesario la declaración de la extinción del contrato es equivalente al resto de los supuestos de abandono del trabajador, en los que nunca ha sido exigible que el empresario exprese formalmente que considera extinguido el contrato...” Gorelli Hernández, J. : *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1998, págs. 26 y 27

básicamente referidos al reingreso o reincorporación al puesto de trabajo, o al hecho de que no se compute este período a efectos de antigüedad”<sup>4</sup>.

El que entre las causas de suspensión no se recoja la excedencia voluntaria y, que estemos ante una figura jurídica que pretende la “vigencia de la relación laboral”, aunque sin reserva de puesto de trabajo, ha hecho que algunos autores, entre otros Pérez Alonso, consideren a la excedencia voluntaria como “un tercer género, con sustantividad propia dentro del contrato de trabajo”<sup>5</sup>, pudiendo entenderse esta situación como una “figura intermedia entre la suspensión y la extinción del contrato de trabajo” ya que no es mencionada expresamente ni en el art. 45 ni en el art. 49 del ET<sup>6</sup>.

Es precisamente el entender que el derecho a la excedencia se configura “como un auténtico derecho subjetivo del trabajador”, si se cumple el requisito de antigüedad exigible, por lo que no queda a la discrecionalidad del empresario el reconocerla, o no, sino que está obligado a ello, es lo que lleva a entender la voluntad del trabajador de cesar en el trabajo, conociendo perfectamente que en el momento en que se extinga el plazo concedido de excedencia no tiene asegurado su puesto de trabajo, solo “un derecho preferente” si hubiera puestos vacantes en la empresa.

Aquí creemos radica el problema con la prestación por desempleo. Ya que el trabajador excedente ha querido voluntariamente cesar en su puesto de trabajo, de forma temporal inicialmente, pero conociendo perfectamente, y asumiendo al solicitarla, que no tenía garantía alguna de recuperar el futuro dicho puesto.

<sup>4</sup> Op. cit., págs. 29 y 30 29 “El punto de partida es afirmar que en la situación de excedencia el contrato de trabajo está vigente, al igual que en la suspensión... cuando se acude a la excedencia voluntaria, ni al trabajador ni empresario, pretenden dar por extinguido el contrato de trabajo. Que el contrato no está extinguido... lo demuestra el hecho que la negativa injustificada a la reincorporación del trabajador tiene la consideración de despido, o que la no solicitud de reincorporación en tiempo y forma supone la extinción del contrato. De otro lado, se produce una persistencia en determinadas obligaciones recíprocas entre empresario y trabajador, de manera que durante la situación de excedencia el contrato produce efectos, tal como ocurren cuando hay una suspensión”. Y además está en el ET, dentro de la sección de “suspensión del contrato”...

<sup>5</sup> Pérez Alonso, M.A. *La excedencia laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 17.

<sup>6</sup> Nuevamente, Gorelli Hernández, J., op. cit., pág. 31, quizás por ello entiende que la única excedencia posible es la voluntaria ya que la forzosa es únicamente una manifestación de la suspensión. O como señala la STSJ de Murcia de 2 de octubre de 1992, “se trata de un supuesto de suspensión del contrato de trabajo con unos efectos específicos, en parte distintos a los de toda suspensión del contrato de trabajo, pero en la que el vínculo contractual se mantiene aunque debilitado”.

### 3. LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES DE LA EXCEDENTE

En el trasfondo del asunto se deja entrever que la necesidad de protección por desempleo lo es porque a cargo de la trabajadora se encontraba una menor discapacitada que en el momento de solicitar la excedencia voluntaria tenía 5 años de edad y ahora otro menor en situación de pre-acogimiento. A este respecto ha de hacerse algún comentario.

Ha de recordarse que en el momento de solicitar la excedencia por parte de la actora ya se encontraba en vigor la Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral que le hubiera permitido obtener una mayor estabilidad laboral por recogerse la reserva de puesto de trabajo, durante el primer año o, transcurrido dicho plazo, respecto de un puesto de trabajo del mismo grupo o categoría profesional equivalente<sup>7</sup>, o, al menos, haber intentado por acuerdo entre las partes la reserva del puesto en base a tales motivos familiares.

Desde luego, este es un argumento sólido para la interpretación “pro beneficiario”, pero no ha podido ser tenido en cuenta por el Tribunal Supremo debido a una actuación más que dudosa por parte de la actora. Y es que, como se conoce, ya desde hace tiempo, desde la Unión Europea se intentan impulsar las políticas de conciliación como forma de incrementar las tasas de empleo femenino<sup>8</sup>; políticas que nuestro Estado ha pretendido seguir hasta ahora (como ejemplo más palpable la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres).

Evidentemente, una excedencia solicitada con el fin de conseguir la conciliación de la vida laboral con las cargas familiares, posibilitando un mayor margen en las licencias y permisos de los que pueden disfrutar los trabajadores, hubiese sido un motivo más que loable para interpretar de forma flexible la norma en favor de la concesión de la prestación ya que en la regulación legal se tendrían que ver reflejados los artículos 39 y 14 de la CE<sup>9</sup>.

El tema de la igualdad y no discriminación, de la aplicación del art. 14 de la CE, está claro ya no sólo porque es la mujer la que tradicionalmente ha accedido a estas instituciones legales que pretenden fomentar y salvaguardar la

<sup>7</sup> Suponiendo que se hubiesen dado las condiciones (quizás no hubiese valido por la edad de la hija, pero sí en caso de que la discapacidad hubiera llevado consigo la imposibilidad de valerse por sí misma).

<sup>8</sup> Sobre el tema véase, Rodríguez Rodríguez, E. “La crianza de los hijos y la atención a dependientes: su repercusión en las carreras de cotización tras la revisión del pacto de Toledo”, *Aranzadi Social* num. 8/2011, Pamplona. 2011.

<sup>9</sup> Vid, STC 26/2011, de 14 de marzo. Esta sentencia sigue la línea de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Asunto «Roca Álvarez» (C-104/2009), de 30 de septiembre de 2010; y está acorde con la Directiva 2010/18/UE que abre la puerta a la corresponsabilidad como fundamento para alcanzar la verdadera conciliación entre la vida personal y la vida laboral.

conciliación de los trabajadores con la vida familiar<sup>10</sup> y ello independientemente de que se haya pedido la aplicación de políticas de “corresponsabilidad”<sup>11</sup>. Sino también porque se hubiera podido producir discriminación, a nuestro juicio, si no existiera o interpretaran las normas en favor de una efectiva conciliación familiar. La “trabajadora-cuidadora” es la que ha de sufrir el sacrificio en las prestaciones ya que dicha situación normalmente la conduce a reducir su carrera de cotización, sin considerar compensaciones por tal tarea de cuidados familiares, con las dificultades y limitaciones consecuentes para acceder a las prestaciones de protección de sistema de Seguridad Social. En este sentido, se hace imperativo que el sistema de protección público-social atienda a cubrir, entre otras cuestiones, los riesgos que se generan por la incorporación (y salida) de la mujer en el mercado trabajo, especialmente cuando se nos muestra con datos y cifras reales que tanto la tasa de paro como la de cobertura por desempleo es inferior en las mujeres<sup>12</sup>.

Junto a ello, aunque las normas que compensan el cuidado de hijos o familiares a la hora de causar derecho a prestaciones, se han aumentado por obra de la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad efectiva, aún queda incidir más en la cuestión de la protección por desempleo<sup>13</sup>.

La normativa de Seguridad Social debe destacar algunas necesidades específicas para proteger a las trabajadoras. Se hace preciso impulsar los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos o a personas dependientes como elementos a considerar en las carreras de cotización de la mujer. Es preciso ir más allá de medidas que se limitan a nuevos permisos, licencias o mejoras y ampliaciones de éstas (que otorgan más tiempo para el cuidado a quien se ocupa tradicionalmente de esas tareas, la mujer), urge que la legislación social avance hacia la no penalización, en ningún aspecto, por

<sup>10</sup> Por poner un ejemplo, buena prueba de este modelo tradicional y desigual es que durante el año 2011 se registraron 40.330 excedencias: 37.875 correspondieron a solicitudes presentadas por mujeres y 2.455 por hombres. *Información estadística de Castilla y León, Consejería de Hacienda y Dirección General de Presupuestos y Estadísticas*, Junta de Castilla y León.

<sup>11</sup> Esto es, la posibilidad de que se disfrutase simultáneamente la excedencia, por padre y madre, por todos, López Gandía, J., “Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias”, *Aranzadi Social*, n.º. 15, 2003. Tal vez sobrepase el alcance de la prestación no económica prevista por el legislador en estos casos, según advierte FERNÁNDEZ PROL, F. en “Excedencia por cuidado de familiares y Seguridad Social”, *Revista Doctrina Social*, n.º. 21, 2003, pp. 105-119.

<sup>12</sup> Véase Agustí Julià, J. *et altri* en *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*. Editorial Bomarzo, 2010.

<sup>13</sup> Por lo menos, se han corregido algunas disfunciones sobre la protección por desempleo y la reducción de jornada en la LOI 3/2007, entendiéndose dicho período como cotizado a tiempo completo, véase nuestra crítica a la doctrina judicial contraria a esta idea en el n.º 80 de 2005 esta misma revista “Reducción de jornada por cuidado de hijos y protección por desempleo y maternidad”.

razón del uso de medidas de conciliación. En definitiva, el hecho de ejercer los derechos de conciliación por parte de los trabajadores debe resultar indiferente a su carrera de cotización y a sus derechos de Seguridad Social, subrayando que el empleo sistemático de la técnica de la “corresponsabilización”, en el sentido de repartir el cuidado del hogar con el hombre.

Pero la realidad de este asunto es muy distinta. La actora ha querido reflejar una situación familiar que pudiera servir para una interpretación flexible de la norma para acceder a la prestación por desempleo, pero de los hechos probados se deduce que inicialmente el interés de la excedencia no fue por motivos familiares y, de otro lado, suena “extraño” que alguien que quiera reincorporarse a un puesto de trabajo solicite, en una época donde ya escaseaba el trabajo, un puesto de trabajo en condiciones muy tasadas y exigentes pareciendo que su interés era más bien el que la empresa le contestara que no había un puesto de trabajo en tales condiciones, e inmediatamente, sólo un día después de la finalización del plazo, ya se encontraba demandando la prestación por desempleo, sin intentar conciliación o reclamación alguna respecto del puesto de trabajo perdido.

#### **4. REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO: LA INVOLUNTARIEDAD**

Como ciertamente se ha dicho, la protección pública contra el desempleo se ha convertido en una de las piedras angulares del sistema de Seguridad Social, en efecto, es una de las políticas públicas de garantía de recursos más importantes por la potencialidad de acrecentar las desigualdades y la exclusión social, y por sus repercusiones sociales, políticas y económicas<sup>14</sup>.

No obstante, la polémica sobre los efectos desincentivadores de esta prestación o subsidio está constantemente de actualidad. En este sentido algunos autores consideran que el sistema de prestaciones por desempleo incide notablemente en la duración del desempleo, tanto por el lado de la oferta como de la demanda del mercado de trabajo<sup>15</sup>.

Al hilo de estas consideraciones de tipo economicistas, y adentrándonos en la problemática jurídica, el concepto de desempleo refleja este aspecto limitando el acceso a las prestaciones para los que realmente quieren trabajar. La protección pública contra el desempleo, de acuerdo con la dicción del texto legal, ampara a quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo, o

<sup>14</sup> Así, Vida Soria, J. et altri, en *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, 2010.

<sup>15</sup> Rebollo Sanz, Y., en la *Influencia de la contratación temporal y las prestaciones por desempleo en el mercado laboral*. Centro de Estudios Andaluces, Consejería de la Presidencia, Junta de Andalucía, 2008.

ven reducida su jornada de trabajo, y en base a ello, la Seguridad Social les atribuye un posible derecho a percibir, bien una prestación o un subsidio con el fin de garantizar al trabajador una renta económica de sustitución del salario o de complementariedad del mismo, respectivamente, y ello en tanto que el individuo no obtenga un nuevo empleo.

En esencia, la discusión que se produce, más que realmente si es de aplicación o no la llamada teoría del paréntesis, es respecto del requisito de voluntariedad, de “querer trabajar”, o en sentido contrario, de que la prestación solo será concedida en los supuestos de paro involuntario o forzoso, así se plasma en el FD 3<sup>a</sup> de la sentencia que se comenta. De hecho, es el argumento central para no aplicar la doctrina del paréntesis a la prestación por desempleo que solicita la trabajadora excedente voluntaria.

Junto a la situación de alta o asimilada al alta y período de carencia que exigen todas las contingencias comunes, incluida la protección por desempleo, y de la que más abajo se abundará, uno de los elementos fundamentales de la noción de desempleo protegido es la voluntad para trabajar. Y ya no sólo porque el art. 203 de la LGSS indique, como ya se apuntó, que el desempleo protegido es el de aquellos que “queriendo y pudiendo trabajar” han perdido un empleo (o visto reducido su jornada de trabajo), o porque uno de los requisitos para acceder a las prestaciones es ser demandante de empleo y haber suscrito un “compromiso de actividad”, sino porque en el catálogo de situaciones legales de desempleo lo que se protege son extinciones, suspensiones o modificaciones del contrato de trabajo no imputables al trabajador. La combinación de los criterios positivos y negativos del art. 208 LGSS “muestra la vigencia de la involuntariedad, como requisito de acceso a la protección... se excluyen, con limitadas excepciones... las causas de pérdida o reducción del empleo que puedan atribuirse a la voluntad del trabajador...” De hecho, el número 2 de ese artículo afirma tajantemente que “no se considerará situación legal de desempleo (la de los trabajadores que) “cesen voluntariamente en el trabajo”, extendiendo luego esta exclusión a los supuestos de falta de reclamación frente al despido, no ejercicio de acciones para la reincorporación en caso de despido nulo o improcedente o no solicitud del reingreso en caso de suspensiones con derecho a reserva de puesto de trabajo”<sup>16</sup>.

Y, de hecho, en catálogo de situaciones legales de desempleo no se encuentra la extinción del contrato de trabajo por la negativa a la reincorporación tras una excedencia voluntaria. Y ello porque solicitar una excedencia voluntaria, en la forma en que se encuentra regulada, es más que una suspensión pues, son muchas las probabilidades de no volver a trabajar en tal empresa por no

<sup>16</sup> Desdentado Bonete, A – Mercader Uguina, J. *El desempleo como situación protegida*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 51, o de forma voluntaria en casos de incumplimientos graves y culpables por parte del empresario.

existir reserva de puesto de trabajo, a lo más un derecho preferente. Quizás en el caso de negativa del empresario a la reincorporación a su puesto de trabajo, suponiendo que hubiese vacante, lo que los Tribunales han entendido como despido<sup>17</sup>, podría plantearse el acceso a la protección por desempleo, que sí es una situación legal de desempleo, aunque ahora habría otra causa distinta de denegación: no encontrarse en alta o situación asimilada.

Pero en realidad, la negativa al reingreso, por sí, no es situación legal de desempleo, por lo que la trabajadora no tendría derecho ni ahora cuando se le deniega el reingreso por no existir vacante, ni anteriormente cuando voluntariamente solicitó la excedencia. Por ello, creemos que el esfuerzo interpretativo en la aplicación del paréntesis hubiera sido estéril de haber centrado la denegación en el incumplimiento del requisito de encontrarse en situación legal de desempleo. Al no haber situación legal de desempleo, no pueden computarse las cotizaciones realizadas previamente en ningún momento.

De hecho, de forma histórica, la mayoría de las resoluciones judiciales referidas a excedencia voluntaria y desempleo se referían al reconocimiento de este cuando se ha cesado en otro puesto de trabajo de otra empresa o, en su caso, hubo o no fraude de ley en la celebración de contratos a los efectos de acceder a las prestaciones por desempleo (evidentemente porque no se encontraban en situación legal de desempleo)<sup>18</sup>.

Como se dijo anteriormente, el primero de los requisitos de la mayoría de las prestaciones contributivas es el de encontrarse en alta o situación asimilada a la del alta. Así lo indica, tanto el art. 207 de la LGSS, como los arts. 124 y 125 de dicho cuerpo normativo.

Más concretamente, el art. 125 de la LGSS entiende que puede ser situación asimilada al alta la de excedencia forzosa, pero no la voluntaria. Por su parte, el art. 36 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, cuando habla de excedencia como situación asimilada al alta lo hace respecto de la forzosa o respecto de la solicitada por cuidado de hijos “con reserva de puesto de trabajo”. Y, finalmente, en la legislación específica de desempleo, el art. 2 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, sólo se contempla como situación asimilada al alta “la excedencia forzosa por elección para un cargo público o sindical”.

Por ello, desde hace tiempo, los Tribunales han venido entendiendo que “resulta requisito obligado para causar derecho a la prestación por desempleo tanto en su modalidad contributiva como en la asistencial... el de estar en

<sup>17</sup> Vid STS de 19 de octubre de 1994.

<sup>18</sup> Nuevamente, Desdentado Bonete, A – Mercader Uguina, J. *El desempleo como situación protegida*, op. cit., pág. 98 y 99.

situación de alta, al tiempo de sufrir la pérdida de ocupación, en un régimen de seguridad social que proteja esa contingencia, o en situación asimilada al alta, entre las que no se encuentra la de excedencia voluntaria.”<sup>19</sup> Y más reciente, dos sentencias, referidas también a reingreso de una excedencia voluntaria en una gran superficie, en las que, en la primera, se reconoció en conciliación el despido por la falta de reingreso, según el TSJ ello no hubo de producir el alta en la Seguridad Social, ni la excedencia era una situación asimilada a la del alta, por lo que se “permite colegir, que la ausencia del requisito de alta o situación asimilada al alta, ex artículo 207 de la Ley General de la Seguridad Social, no genera el nacimiento del derecho a la prestación solicitada en demanda” de desempleo<sup>20</sup>. Y en la segunda, de la misma sala y Tribunal, pero de 28 de octubre de 2010, de un excedente voluntario que pide su reingreso y no es aceptado, al solicitar las prestaciones por desempleo se le deniega por el SPEE por no encontrarse en *situación legal de desempleo*, ya que “la ausencia del requisito de alta o situación asimilada al alta -ha de observarse que el legislador, a diferencia de lo que ocurre con la excedencia forzosa, no contempla como situación asimilada al alta en el artículo 125 de la LGSS el supuesto de excedencia voluntaria-, ex artículo 207 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 124 del mismo cuerpo legal, no permite generar el nacimiento del derecho a la prestación solicitada en demanda; lo que resulta, a su vez, acorde con el objeto de la prestación, que, conforme a las previsiones del artículo 203 LGSS, no es otro que el de dispensar una protección eficaz a quienes pudiendo y queriendo trabajar pierdan su empleo, lo que en supuestos de excedencia voluntaria como el que nos ocupa se materializa en los casos en los que el despido se produce en concurso cronológico con la doble condición de la existencia de una solicitud de reincorporación efectuada por el trabajador excedente y de una vacante de igual o similar categoría en la empresa.”

## 5. SOBRE EL PERÍODO DE CARENCIA Y DOCTRINA DEL PARÉNTESIS EN LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Además de los requisitos señalados anteriormente, el art. 207 b) de la LGSS exige tener cubierto el período mínimo de cotización “dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar”.

Hemos visto como tanto el legislador a través de ficciones jurídicas como el criterio interpretativo de los Tribunales, desde una “perspectiva flexibilizadora y

<sup>19</sup> STSJ, Andalucía- Málaga, sala Social, de 12 de abril de 2002.

<sup>20</sup> STSJ Madrid, sala Social, de 25 de noviembre de 2009.

humanizadora” de los requisitos de estar en alta y reunir las cotizaciones suficientes para la prestaciones de la Seguridad Social, han venido introduciendo una serie de elementos como, por ejemplo, la llamada teoría de los días cuotas, la ficción de cotización respecto de la IT no disfrutada o de las prestaciones familiares no contributivas, el entender como cotizado el período de huelga o cierre patronal a efecto de acceder a las prestaciones, el cómputo recíproco de cuotas en distintos regímenes y, por último, la llamada teoría del “paréntesis” o “tiempo muerto”: en los supuestos en que se exige cotización “específica” –un tiempo determinado dentro de un arco temporal- en ocasiones no es la inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante, si no que se exige en el periodo de tiempo inmediatamente anterior al cese de la obligación de cotizar. De este modo los periodos neutros, en los que no hay obligación de cotizar, no perjudican al trabajador<sup>21</sup>.

Inicialmente, como dijimos en su momento<sup>22</sup>, la teoría del paréntesis había sido elaborada por los Tribunales Superiores de Justicia, y confirmada posteriormente por el propio Tribunal Supremo en diversas ocasiones<sup>23</sup>, y suponía que el período de carencia específico<sup>24</sup> exigido para la obtención de algunas pensiones se computara, para los supuestos en los que el solicitante de la prestación había estado un período más o menos prolongado sin cotizar, no desde el momento del hecho causante hacia atrás sino desde el momento en que cesó la obligación de cotizar<sup>25</sup>. Ha sido el propio Tribunal Supremo el que ha definido esta situación o doctrina (por todas, en sentencia de 4-5-2000) aplicada “para retrotraer el período de carencia específica a época anterior a aquélla en la que comienza un período en el que no existe posibilidad de cotizar, pero siempre condicionada a la realidad de un período de falta de trabajo pero con voluntad de trabajar acreditada con la permanencia del beneficiario como demandante de empleo o en situación de imposibilidad manifiesta de trabajar, en cuanto prueba palpable de ese ‘animus laborandi’ que justificaría la opacidad del período a efectos carenciales”. En palabras de SEMPERE NAVARRO, conforme a esta doctrina “ha de neutralizarse el tiempo durante el cual concurren circunstancias que dificultaban o impedían la cotización a la Seguridad Social.

<sup>21</sup> Sobre esta cuestión, López Gandía, J, “La aplicación de la ‘teoría del paréntesis’ y de la integración de lagunas tras la ley de medidas específicas de seguridad social (Ley 52/2003, de 10 de diciembre), Actualidad Laboral nº 11, junio de 2004, pág. 1317 y sig.

<sup>22</sup> En “Algunas reflexiones sobre la aplicación de la llamada “teoría del paréntesis” a la determinación de las bases reguladoras de las pensiones de Incapacidad Permanente”, en esta misma Revista, nº 58/2001, pág. 192 y 193.

<sup>23</sup> Por todas, SSTS de 10-12-1993 (Ar. 9771) y 24-10-1994 (Ar. 8160). Incluso para prestaciones que no son pensiones, como por ejemplo, el subsidio por desempleo para mayores de 52 años (por todas, STS de 4-5-2000). El TSJ de Andalucía (Málaga) dictó el 9-3-1998 una sobre viudedad.

<sup>24</sup> Como se sabe, el período de carencia específico es la exigencia que del total del período de carencia exigido una parte se encuentre dentro de un determinado lapsus de tiempo.

<sup>25</sup> Por ejemplo, las SSTS de 10-12-1993 (Ar. 9771) y 24-10-1994 (Ar. 8106).

Eso significa que el arco temporal dentro del cual se buscan las cotizaciones precisas hay que aumentarlo (hacia el pasado) tanto cuanto dure tal paréntesis<sup>26</sup>.

Desde luego, el fundamento de Derecho 3<sup>a</sup> de la sentencia que se comenta es una magnífica ilustración del recorrido de la doctrina del Tribunal Supremo respecto de la teoría del paréntesis<sup>27</sup>.

Y no es que, de otro lado, los Tribunales no hayan admitido la aplicación de la teoría del paréntesis a los supuestos de excedencia, que sí lo han hecho,

<sup>26</sup> En *Curso de Seguridad Social*, AAVV, coord. Montoya Melgar, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1998, pág. 385

<sup>27</sup> “Los criterios jurisprudenciales para la aplicación de la “doctrina del paréntesis” aparecen recogidos en la sentencia de esta Sala de 24 de noviembre de 2010, recurso 777/09 ( RJ 2011, 1211 ), que reproduce el resumen contenido en la sentencia de 23 de diciembre de 2005, recurso 5282/04 ( RJ 2006, 595 ), que son los siguientes:

1) No cabe, en ningún caso, la reducción de los periodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias.

2) El listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo, así es de ver en los artículos 125.2 de la LGSS-94, y 36.17 del Real Decreto 84/1996. Y ello permite entender que, desde la aprobación de la Constitución existe una laguna legal que debe ser integrada. ( s. de 23-10-99, rec. 2638/98 ).

3) Los tiempos excluidos del periodo computable, son en principio aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. La Sala ha considerado como tales: A) la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo ( ss. de 29-5-92 (rec. 1996/91) ( RJ 1992, 3619) de Sala General , 1-7-93 ( RJ 1993, 6879) (rec. 1679/92 ), 1-10-02 (rec. 4436/99), 25-10-02 ( RJ 2003, 1907) ( 1/02 ) y 12-7-04 ( RJ 2004, 5585) (rec. 4636/03 ) entre otras porque esta situación acredita el “animus laborandi”, o lo que es igual, como señaló la sentencia de 26-5-03 ( RJ 2003, 5090) (rec. 2334/02 ), “la voluntad de no apartarse del mundo laboral”; B) la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar; C) la percepción de una prestación no contributiva de invalidez en que tampoco se cotiza; D) el periodo de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral, cuando el recluso ha mostrado durante él, su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios; E) La existencia comprobada de una grave enfermedad “que conduce al hecho causante, por la que es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta”

4) Por igual razón, cabe también excluir del periodo computable a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y carencia, un “interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo”, que no es revelador de esa “voluntad de apartarse del mundo laboral” ( Ss. de 29-5-92 ( RJ 1992, 3619) (rec. 1996/91) antes citada , 12-3-98 ( RJ 1998, 2565) (rec. 2307/97 ), 9-11-99 (rec. 4916/98 ), 25-7-00 ( RJ 2000, 7194) (rec. 4436/99 ) y 10-12-01 ( RJ 2002, 2975) (rec. 561/01 ) invocada como referencial). Por el contrario, no es posible incluir en esta excepción, los casos de voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación. ( s. de 19-7-01, rec. 4384/00 ( RJ 2002, 580 ) ).

5) “La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su “carrera de seguro”, y también en su caso, la duración del periodo de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal” ( s. de 25-7-2000, rec. 2808/99 ( RJ 2000, 9666 ) ); en definitiva, si su duración es poco significativa en proporción al tiempo de cotización acreditado. ( s. de 10-12-01, rec. 561/01 ( RJ 2002, 2975 ) ).

pero no respecto de la excedencia voluntaria, sino por la de por cuidado de hijos, familiares o reducción de jornada por tales motivos ya que el bien jurídico protegido aquí era la familia<sup>28</sup> y ello porque como se advirtió anteriormente, el modelo social vigente continúa siendo el modelo tradicional de reparto de tareas en el que el hombre está integrado en el mercado laboral mientras que a la mujer se le asigna la “responsabilidad” del cuidado de hijos y demás cargas familiares, sacrificando su desarrollo profesional con las consiguientes lagunas que esto conlleva en sus períodos de cotización y que hacen que sus carreras totales sean más cortas que la de los hombres, dificultándoles o limitándoles el acceso a determinadas prestaciones de protección públicas<sup>29</sup>.

Pero en la sentencia de 4 de abril de 2011, objeto de este comentario, no se aplica la doctrina del paréntesis. Y es que la doctrina de este Tribunal ha sido clara desde sus inicios: no es posible la aplicación de la misma si no se acredita una voluntad de acceder al trabajo, de querer trabajar. Para el Tribunal Supremo es claro, en base a los hechos declarados probados, que falta un elemento, el “*animus laborandi*”, lo cual impide la aplicación de la teoría del paréntesis “*ya que a la vista de la vida laboral de la trabajadora, no se aprecia continuidad de voluntad de permanencia en el mercado de trabajo*” puesto que se “*revela la ausencia de una voluntad continuada de permanecer vinculada al mercado de trabajo pues la situación de excedencia obedeció a la voluntad exclusiva de la trabajadora*”.

Ello conecta con la idea expuesta anteriormente, el desempleo protegido es de aquéllos quienes queriendo y pudiendo trabajar han visto extinguido, suspendido o modificado

el puesto de trabajo que venía disfrutando.

Para cerrar la cuestión el Tribunal Supremo se entretiene en examinar si tenía, en los 6 años anteriores a la denegación del reingreso habida cuenta de la inaplicación del paréntesis, cotizaciones suficientes para tener derecho a una prestación por desempleo. Pero no fue así, ya que la trabajadora había novado su contrato de trabajo a tiempo completo a otro a tiempo parcial yendo sólo a trabajar tres días a la semana; por lo que no se llega a tener los 360 días mínimos exigidos para el acceso a la prestación.

Creemos que ello era inoportuno ya que al hacerlo parece dar a entender que la extinción del contrato de trabajo por no reingreso tras una excedencia voluntaria es una situación legal de desempleo, causa que no se encuentra recogida en el art. 208 de la LGSS y puede, en el futuro, llevar a confusión para

<sup>28</sup> Véanse, respectivamente, las SSTSJ de Murcia de 18 de julio de 2008, de Cataluña de 31 de mayo de 2002 y del País Vasco de 26 de enero de 2010.

<sup>29</sup> Así lo señala la doctrina y recuerda la STJUE de 8 de junio de 2004 (TJCE 2004, 144. C-220/02) Sempere Navarro, A. V., «Disposición Adicional undécima. Modificaciones del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», op. cit., p. 726.

otro solicitante en la misma situación que sí tuviera tiempo cotizado suficiente antes del período de suspensión del contrato por excedencia voluntaria, pudiendo argumentar que sí tendría derecho a tales prestaciones en base a esta sentencia, ya que lo que parece decir el Tribunal Supremo es que no se aplica la teoría del paréntesis pero que si hay período de carencia anterior sí habría derecho a prestación. A nuestro juicio, nada más alejado del tenor de la norma.

## LA COSA JUZGADA EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS Y LA AMPLIACIÓN DE SUS EFECTOS EN LA NUEVA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ\*

*Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2011*

**SUPUESTO DE HECHO:** Mediante un proceso individual, cinco trabajadores, solicitan la declaración de su derecho a incorporarse, a su elección, a la empresa Babcock Wilcox Española, S.A. o en la de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, desde su relación formal o aparente con la empresa Babcock Borsig. La sentencia que resuelve el RCUD, presentado contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 28 de marzo de 2006, en la cual se estima el recurso de suplicación formulado contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vizcaya, reconoce el derecho de cinco trabajadores demandantes a que sin pérdida de los que hasta la actualidad ostentan, se integren a su elección en la plantilla de Babcock Wilcox Española, S.A. o en la de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, a las que se condena solidariamente, a observar el derecho reconocido a los demandantes, a los que asiste aquél derecho desde la presentación de la demanda de conciliación.

**RESUMEN:** La sentencia mayoritaria (RJ 2011\5819), pues un total de siete magistrados formularán voto particular discrepante por no compartir los criterios mayoritarios acerca de los efectos de la cosa juzgada en el artículo 158.3 de la LPL, desestima los recursos de casación para la unificación de doctrina planteados por la empresa Babcock Wilcox Española, S.A. (BWE) y por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI). La razón de tal desestimación, lejos de fraguarse en razones de fondo, se produce porque se acoge -en aplicación de lo que dispone el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* y con el detalle que consta en los fundamentos primero y segundo

\* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado en ejercicio.

de la sentencia- la ausencia de contradicción de la sentencia invocada como contradictoria, la falta de relación precisa y circunstanciada de la contradicción (*artículo 222 LPL*) y de alegación expresa y clara de la concreta infracción legal (*artículos 477 y 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) en el recurso de Babcock Wilcox Española, S.A., y -en lo que aquí resulta relevante- falta de contradicción en las tres sentencias invocadas en los respectivos motivos de casación articulados por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales. Motivo por el que, siendo este análisis previo e indispensable, no procederá aplicar los efectos de cosa juzgada. Y ello, pese a existir sobre la misma materia una sentencia dictada en un procedimiento de conflicto colectivo anterior, seguido entre las mismas partes y sobre idéntico objeto.

Para los magistrados defensores del voto particular, los efectos de cosa juzgada sí debieron proyectarse sobre los procedimientos individuales en los términos del 158.3 de la LPL, lo que debió de deparar la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, S.A. en atención a la preexistente STS de 3 de mayo de 2010 (RJ 2010, 4997), en la que se resuelve el conflicto colectivo que afecta a las mismas partes y con identidad de objeto.

### ÍNDICE:

1. LOS EFECTOS DE COSA JUZGADA PLANTEADOS A LA LUZ DE LA SENTENCIA MAYORITARIA Y DEL VOTO PARTICULAR
2. LECTURA DE LA COSA JUZGADA A LA NUEVA LUZ DEL ARTÍCULO 160.5 DE LA LRS
3. VALORACIÓN FINAL

## 1. LOS EFECTOS DE COSA JUZGADA PLANTEADOS A LA LUZ DE LA SENTENCIA MAYORITARIA Y DEL VOTO PARTICULAR

De entre todas las cuestiones formales que aparecen en la sentencia tratando de justificar la falta de concurrencia de los requisitos formales previstos para el especial recurso de casación para la unificación de doctrina y que giran en torno al contenido del artículo 217 de la LPL, nos plantea la presente sentencia una interesante invitación a reflexionar sobre el alcance del efecto de cosa juzgada que se deriva del mandato legal contiene al *art. 158.1 de la LPL* cuando dispone que la sentencia firme dictada en un proceso de conflicto colectivo “producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto”.

Ese efecto de cosa juzgada, entiende la sentencia mayoritaria, habrá de determinar la suspensión de los procesos individuales que se encuentren en

tramitación en el momento de la interposición de la demanda de conflicto colectivo e incluso de los que se iniciaren con posterioridad y antes de que se produzca la firmeza de la sentencia “colectiva” porque, ese ha de ser el efecto normal de la simple interposición de la demanda de conflicto<sup>1</sup>. Sin embargo, cuando los procesos individuales ya se han resuelto en instancia y en suplicación, y para su solución definitiva solo resta el recurso extraordinario de casación unificadora, no es posible soslayar el requisito sustancial de este particular medio de impugnación sin desnaturalizar su esencia y sin poner en riesgo la viabilidad y gestión del propio recurso. Es decir, no es incompatible aquella obligada suspensión en instancia y, en su caso, en suplicación, con el hecho de que, en el marco especial del recurso de casación para la unificación de doctrina deba prevalecer el análisis de la contradicción. Incluso cuando esta Sala ha analizado y resuelto a favor de la existencia de cosa juzgada, lo ha hecho después de apreciar la concurrencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada de contraste, según ha reconocido la propia sala en sentencias recientes como la de 25 de mayo de 2011 (R.1582/2010), *“como se ha señalado con reiteración, una vez cumplida la exigencia de contradicción, aunque sea en relación con otro motivo, la Sala está vinculada por la cosa juzgada a la hora de decidir sobre el fondo, como ya declararon en supuestos semejantes las sentencias de 30 de abril de 1994, 29 de septiembre de 1994, 29 de mayo de 1995, 23 de octubre de 1995, 27 de enero de 1998, 17 de diciembre de 1998, 29 de marzo de 1999, 26 de diciembre de 2000 y 27 de mayo de 2003”*.

Es por ello prioritario para la Sala, considerar que siendo requisito esencial del recurso, la exigencia de contradicción, solo superando el examen de la contradicción podrá tener efecto vinculante la fuerza de cosa juzgada que se deriva del contenido del artículo 158.3. Dicho en los propios términos de la Sala, *“la suspensión de los procesos individuales podrá acordarse cuando el recurso de casación en cuestión haya superado (al menos en el primer análisis que, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, decide sobre su admisión a trámite) el examen de identidad entre las resoluciones comparadas. Pero si en esa fase previa se hubiera despejado razonablemente cualquier duda sobre la falta de contradicción entre las sentencias comparadas, o algún otro impedimento procesal determinara forzosamente la inadmisión del recurso (sentencias referenciales no idóneas, extemporaneidad del recurso, etc.), no procederá la suspensión de este especial recurso de casación unificadora, al menos mientras no exista un mandato legal expreso en ese sentido, lo que tal vez fuera conveniente para lograr un tratamiento uniforme en el efecto de las sentencias de conflicto colectivo porque, como vimos más arriba, en términos*

<sup>1</sup> Así lo viene reconociendo la Sala 4º del Tribunal Supremo en SSTS 30-6-1994, R. 1657/93; 21-7-1994, R. 3384/93 ; y 30-9-2004, R. 4345/03, entre otras.

*generales, la existencia de contradicción constituye su requisito condicionante, prioritario y decisivo”.*

Por ello la sala considera que si bien se supera inicialmente la etapa de admisión, en el momento de dictarse la sentencia que pone fin al proceso individual, se comprueba con seguridad que el recurso no invoca ninguna resolución realmente contradictoria con la impugnada. Al comprobarse la existencia de algún impedimento insoslayable para resolverlo del tipo no idoneidad de la sentencia referencial o interposición intempestiva del recurso, la solución no puede ser otra que la de desestimarlos, por más que la sentencia de suplicación combatida pudiera no coincidir, como aquí parece suceder, con lo decidido con carácter firme en la resolución que puso fin al procedimiento de conflicto, dictada precisamente por el propio Tribunal Supremo (STS4ª 3-5-2010, R. 185/07 ), y cuya pendencia motivó la concertada petición de suspensión del presente recurso.

En este caso, pues, recuerda la Sala que la suspensión fue acordada por resolución firme (Providencia de 12-7-2007) a instancias del Ministerio Fiscal (escrito del 3-5-2007) y de SEPI (10-5-2007) y, tras el trámite de audiencia otorgado por Providencia del 22-5-2007, contó con la expresa conformidad de BWE y del Letrado de los actores a pesar de lo cual, y por tratarse, como vimos, de un requisito ineludible y consustancial al propio recurso, una vez levantada aquella, y comprobado, como ha sido, que no procedía la admisión de ninguno de los dos recursos de casación para la unificación de doctrina articulados contra la sentencia impugnada, en este momento procesal, pese a las argumentadas razones en contra que expresa el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, no cabe sino la desestimación de ambos<sup>2</sup>.

La Sala recuerda otros supuestos en los que el Tribunal tampoco decide no suspender un recurso de casación para la unificación de doctrina por el simple hecho de pender un proceso de conflicto colectivo con un mismo objeto<sup>3</sup>. En definitiva, lo que en su día pudo determinar la inadmisión de ambos recursos, constituye ahora la causa de su desestimación.

La opinión de la Sala no estaría completa si además de la opinión mayoritaria no conociéramos también la opinión de los siete magistrados que fundamentan el voto particular articulado y que lógicamente muestran su dis-

<sup>2</sup> La inadmisión se ha declarado por la Sala 4ª en asuntos muy similares al presente, en los que, aunque en algunos con otras sentencias de contraste pero con semejante debate, estaban implicadas las mismas empresas y entidades, como se desprende de la sentencia de 21-5-2009 (R. 41/07 ) y en los Autos de 11-9-2007 (R. 1866/06 ) y 15-6-2010 (R. 342/10 ), éste último dictado con posterioridad a la sentencia de esta Sala arriba mencionada (TS 3-5-2010 ) en la que se resolvió el conflicto colectivo.

<sup>3</sup> ATS 2-9-2010, seguido después por otra resolución de la misma naturaleza (ATS 11-10-2010) que lo inadmitió definitivamente por falta de idoneidad de la sentencia de contraste (RCUD 3573/09).

conformidad sobre la base de la valoración del efecto de cosa juzgada de los conflictos colectivos entendiendo que el recurso de casación para la unificación de doctrina debió ser estimado en cuanto a las pretensiones de la recurrente Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, S.A. Para los magistrados disidentes de la posición mayoritaria el artículo 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral muestra la clave con un mandato claro y concluyente, en tanto que los procesos individuales han de proyectar los efectos de cosa juzgada que se producen desde la sentencia que trata los conflictos colectivos que versen sobre idéntico objeto. Por ello la propia existencia de una sentencia dictada por el Tribunal Supremo en ese proceso y con esas características determina que la aplicación de su contenido se proyecte sobre las reclamaciones individuales que tengan el mismo objeto de una manera *inmediata, prioritaria y directa*, resultando improcedente a la hora de resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina que en el desarrollo procesal de la solución de una de aquéllas se ha planteado, el análisis previo de otras cuestiones como es la existencia de contradicción, que carece de virtualidad en el proceso individual desde el momento en que exista aquélla sentencia que resuelve la misma cuestión en el ámbito del conflicto colectivo.

La propia posición mayoritaria de la Sala, frente a la que se alza el voto particular, fundamenta en la existencia de la STS de esta Sala de fecha 3 de Mayo del 2010 (recurso de casación número 185/2007), que es la base del problema procesal aquí planteado, vinculado al especial efecto positivo de cosa juzgada que le otorga el citado *precepto 158.3 LPL*. Se trata de una sentencia dictada en la modalidad procesal de conflicto colectivo en la que se ratificó el criterio de la sentencia recurrida, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el sentido de que se estiman, en parte, las pretensiones de la demanda formulada por la SEPI “... *condenando a las partes demandadas no adheridas a estar y pasar por las siguientes declaraciones: ... Que por la mera y sola circunstancia de la actuación de la Entidad Pública Estatal SEPI en su función de Agente Privatizador del Gobierno, los trabajadores que actualmente prestan 12 servicios laborales en las dos empresas privatizadas BABCOCK POWER ESPAÑA, S.A. (antes denominada BABCOCK BORSIG ESPAÑA S.A., BBE,S.A.) y BABCOCK MONTAJES, S.A., de cuyos capitales no es titular la Entidad SEPI, ni sus empresas participadas, no tienen relación laboral ni con la Entidad SEPI ni con sus empresas participadas ...*”. En la propia sentencia colectiva dictada por esta Sala se hace referencia -fundamento jurídico décimo primero- a ese especial valor de lo resuelto en conflicto colectivo afirmándose que “... *el derecho de accionar [se refiere a las posibles reclamaciones individuales] aparece reconocido en el artículo 24 de la Constitución al proclamar el derecho a la tutela judicial efectiva.... El que se resuelva un conflicto colectivo no impide que los eventualmente afectados por el mismo puedan acudir a los jueces y tribunales haciendo valer*

*sus derechos e intereses legítimos. Cuestión diferente es el resultado que vayan a obtener pues, tal como establece el artículo 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral la sentencia firme, recaída en proceso de conflicto colectivo, producirá el efecto de cosa juzgada en los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse que versen sobre idéntico objetivo”.*

## **2. LECTURA DE LA COSA JUZGADA A LA NUEVA LUZ DEL ARTÍCULO 160.5 DE LA LRJS**

El proceso de conflictos colectivos ha recibido en la LRJS un nuevo impulso en consonancia con el refuerzo que en la defensa de los intereses colectivos se realiza en todo el texto. Sigue centrado el nuevo texto en el conflicto colectivo desde el punto de vista cualitativo cuyo interés afecte al interés de un grupo o colectivo siendo este de naturaleza siempre jurídica, es decir que verse sobre la aplicación e interpretación bien de normas estatales o convencionales como las prácticas de empresa. En definitiva todos aquellos que presuponen la existencia de una regulación normativa previa que sea el punto de partida de una respuesta concreta al conflicto de intereses subyacente entre las partes pero sobre cuyo alcance discrepan estas, tratando de buscar y encontrar un nuevo equilibrio de poderes e intereses.

Las principales novedades aparecen en la nuevas reglas de legitimación, sumándose las Administraciones públicas empleadoras incluidas en el ámbito del conflicto y los órganos de representación del personal laboral a su servicio, así como las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes y los sindicatos representativos de estos, para el ejercicio de las acciones colectivas relativas a su régimen profesional, siempre que su ámbito de actuación se corresponda o sea mayor que el del conflicto, así como las empresas para las que ejecuten su actividad y las asociaciones empresariales de éstas siempre que su ámbito de actuación sea al menos igual al del conflicto.

Si el artículo 160 ofrece una nueva dimensión no cabe duda que la plantea de forma llamativa en la ampliación del efecto de cosa juzgada que pretende alcanzar sus efectos más allá del ámbito directamente afectado. Ningún proceso individual podrá desconocer lo que se ha resuelto en el proceso colectivo, sin impedir que se puedan resolver cuestiones no directamente resueltas por este respecto de pretensiones de tipo individual<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> La STCO 12/2009, de 12 de enero, “*el efecto de cosa juzgada, únicamente significa que en los procesos individuales no podrá desconocerse lo resuelto en el proceso colectivo, sin que quepa entonces replantear lo ya juzgado, pero no supone una limitación para que en un potencial proceso ordinario se resuelvan pretensiones individuales, que en ningún caso han sido abordadas ni resueltas directamente, por aquella resolución precedente*”.

A este respecto el Profesor Molina Navarrete<sup>5</sup> considera que se trata tan solo del efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, no el negativo, que supondría impedir un proceso nuevo. La LRJS ha tenido en cuenta la doctrina constitucional que se deriva de la STCO 12/2009, de 12 de enero pero la matiza. El nuevo enunciado del artículo 160.5 prevé que el efecto de cosa juzgada en los conflictos individuales no solo alcance a los que guardan plena y directa identidad con su ámbito, según la formulación clásica, sino también en relación a la eventual existencia de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso administrativo, debiendo todos estos procesos quedar en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo.

### 3. VALORACIÓN FINAL

La sentencia comentada se nos ofrecía como una oportunidad para comenzar a introducir en nuestra sección de comentarios, los múltiples perfiles que la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, nos ha de presentar en la labor exegética y hermenéutica de nuestros tribunales, respecto a las numerosas y novedosas cuestiones en las que la nueva ley ritual laboralista nos introduce. Tratábamos, por tanto, de dar noticia de la doctrina más clásica de los efectos de cosa juzgada que han de proyectar las sentencias de los procesos de conflictos colectivos en los procesos individuales, que versen sobre “*idéntico objeto*”, y de la no ausencia de polémica en cuanto a la interpretación de sus consecuencias y la aplicación de los efectos sobre los procesos individuales en virtud de cómo se articulen sus efectos ante el recurso de casación para la unificación de doctrina, tal y como ocurre entre la sentencia mayoritaria y el voto particular que contiene. Del mismo modo disponíamos de la oportunidad de comentar el efecto expansivo que se deriva de la actual redacción del artículo 160.5 de la LRJS. Más allá de la referencia al idéntico objeto, podemos apreciar la inclusión de la referencia a la directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo.

Tal y como plantea el profesor Molina Navarrete<sup>6</sup>, la cuestión radica en aquilatar el alcance de la “*directa conexidad*”, que obviamente ha de aportar alguna trascendencia que vaya más allá del “*idéntico objeto*”. El legislador ha querido ampliar la aportación judicial en la implicación de la valoración del efecto de cosa juzgada, pues no cabe duda que será el juez el llamado a interpretar el alcance de la directa conexidad, aportación que ha tener una implica-

<sup>5</sup> Molina Navarrete, Cristóbal, “Análisis de la nueva Ley de la Jurisdicción Social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos”. La Ley. Madrid, enero de 2012.

<sup>6</sup> Página 301 de la obra ya citada.

ción cuando menos estrecha con el objeto del procedimiento entre el conflicto colectivo y el legítimo derecho de los eventualmente afectados por el mismo a fin de que puedan acudir a los jueces y tribunales haciendo valer sus derechos e intereses legítimos, mediante un conflicto individual.

En cualquier caso el mandato es claro y la aplicación del precepto prioritaria. En este sentido debemos compartir la valoración que los magistrados disidentes del criterio mayoritario plasmado en la sentencia objeto de valoración. Y lo hacemos al entender que el mandato del 158.3 de la LPL (actual 160.5 de la LRJS), no puede quedar postergado a la valoración de la contradicción necesaria para admitir a trámite todo recurso de casación para la unificación de doctrina, sino que ha de priorizarse en el efecto de cosa juzgada, siendo este el medio utilizado por el legislador para evitar las sentencias contradictorias<sup>7</sup>. Por ello, todo procedimiento individual debe quedar suspendido hasta la firmeza de la sentencia del conflicto colectivo. Siendo por tanto ésta y no otra la finalidad del artículo 160.5, entendemos que la legítima pretensión de nuestro ordenamiento de tratar de evitar al máximo la existencia de sentencias contradictorias, en afirmación del principio de seguridad jurídica, es una dimensión que justifica la interpretación del voto particular al respecto del instituto de la cosa juzgada. De este modo la prioridad concedida por la mayoritaria opinión de la Sala 4ª, a los requisitos de admisibilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, podría afectar a la seguridad jurídica. La propia redacción actual del artículo 160.5, parece aclarar dicho extremo cuando establece que los efectos de la cosa juzgada habrán de extenderse incluso cuando el recurrente no hubiera invocado la sentencia del conflicto colectivo como sentencia de contraste en el recurso de casación unificadora. La propia Sala 4ª, hace un llamamiento a un mandato legal expreso, contenido en el fundamento de derecho tercero<sup>8</sup>, con el fin de lograr un pretendido tratamiento uniforme en el efecto de las sentencias de conflicto colectivo. Nos planteamos si dicho mandato no se encuentra, expresamente previsto en el 158.3 de la LPL, como así interpretan los magistrados formuladores del voto particular, y en su caso si estamos dispuestos a reconocer dicho mandato en el vigente artículo 160.5 de la LRJS. Efecto a cuyo mayor abudamiento contribuye el contenido del artículo 64.10 de la Ley Concursal que extiende el efecto de cosa juzgada no solo a las sentencias sino también a los autos que acuerden la extinción colectiva que producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspen-

<sup>7</sup> La STS, 4ª, de 30 de septiembre de 2004, trata de defender el instituto de cosa juzgada frente al de la litispendencia, como mecanismo de erradicación de las sentencias contradictorias.

<sup>8</sup> “...no procederá la suspensión de este especial recurso de casación unificadora, al menos mientras no exista un mandato legal expreso en ese sentido, lo que tal vez fuera conveniente para lograr un tratamiento uniforme en el efecto de las sentencias de conflicto colectivo ...”.

didios, lo que sin duda es una interesante excepción a los requisitos previstos en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que solo reconoce a las sentencias como responsables de la proyección de los efectos de cosa juzgada.

Sea como fuere, desde el contenido del artículo 160.5 todo parece apuntar a una posible variación del criterio de la Sala, sobre el alcance del valor de la cosa juzgada, que implicará la suspensión de los procesos individuales aun cuando hubiese recaído sentencia de instancia y estuviese pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquella como sentencia contradictoria.



---

## Reseña de Legislación



# COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA\*

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

*Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos*  
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

## **LEY 15/2011, DE 23 DE DICIEMBRE, ANDALUZA DE PROMOCIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO (BOJA NÚM. 255, DE 31 DE DICIEMBRE).**

El VII Acuerdo de Concertación Social de Andalucía, adoptado el 24 de noviembre de 2009 recoge, entre otras directrices, medidas para apoyar el autoempleo y el trabajo autónomo, entre ellas, impulsar la elaboración de un Anteproyecto de Ley del Trabajo Autónomo en Andalucía -y su posterior desarrollo reglamentario- con la participación de los agentes firmantes. Tanto en el contexto del VII Acuerdo como en el necesario desarrollo de las directrices de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, en concreto de su art. 27 que establece que los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán políticas de fomento del trabajo autónomo dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia; de su disposición adicional sexta, que posibilita la creación de registros especiales de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos en las Comunidades Autónomas y fija la capacidad de aquéllas para determinar la representatividad de las asociaciones de trabajadores autónomos de acuerdo con los criterios contemplados en el artículo 21; y finalmente, de su art. 22 que prevé la creación de Consejos del Trabajo Autónomo en las Comunidades Autónomas, se ha aprobado la Ley 15/2011.

La puesta en práctica de los mandatos anteriormente citados, así como de otras disposiciones que se mencionan en la Exposición de Motivo, ha tenido como resultado la aprobación de una norma que contiene 18 artículos, estructurados cinco capítulos, a los que se añade una disposición derogatoria y ocho

\* La selección se corresponde con las normas publicadas en el trimestre natural comprendido entre los meses de octubre y diciembre de 2011.

disposiciones finales. La Ley 15/2011 entró en vigor el 1 de enero de 2012, habiendo derogado expresamente el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo de Andalucía.

El contenido básico de la norma de promoción del trabajo autónomo es el siguiente:

1. El Capítulo I –arts. 1 a 4- concreta las disposiciones generales, reiterando el concepto de trabajadores autónomos tal como fue establecido por los arts. 1 y 2 de la Ley 20/2007.

2. El Capítulo II –arts. 5 a 7- desarrolla las disposiciones relativas al fomento del trabajo autónomo, las cuales deberán de concretarse en el futuro cómo un conjunto integral de políticas activas de apoyo y fomento del trabajo autónomo con la finalidad de fomentar la competitividad, la mejora del tejido productivo de los empresarios autónomos y la generación de empleo. Se otorga a la consejería competente en materia de trabajo autónomo la posibilidad de conceder anualmente un «Distintivo Andaluz al Trabajo Autónomo de Excelencia» a aquellas personas que destaquen por sus méritos o por su trayectoria en el desarrollo de su actividad profesional por cuenta propia en territorio andaluz.

3. El Capítulo III –arts. 8 a 11- se centra en el fomento de la seguridad y la salud del trabajo autónomo, incidiendo tanto en las medidas de fomento de la prevención de riesgos laborales, así como en la formación preventiva del colectivo en general, aunque tampoco se descartan la aprobación de programas específicos para los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

4. En el Capítulo IV – arts. 12 a 16- se reitera la competencia del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales para tramitar la inscripción registral de las Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo, para lo cual la disposición derogatoria establece la expresa continuación en esta materia del Decreto 362/2009, de 27 de octubre, por el que se crea el registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo en Andalucía y se aprueba su reglamento de Organización y Funcionamiento. Igualmente dispone que el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales será el órgano competente para tramitar el depósito y la publicación de los Acuerdos de Interés Profesional concertados entre las Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía o los sindicatos, para realizar esta función es necesaria la creación de un registro, el cuál se aprobará mediante decreto, cómo establece la disposición final tercera, en un plazo máximo de seis meses a partir de la entrada en vigor su entrada en vigor de la Ley 15/2011.

En el art. 15 se establecen las pautas para concretar la representatividad de las Asociaciones Profesionales de Trabajo Autónomo; para su determinación, se tendrán en cuenta, entre otros parámetros, <<el grado de afiliación de

trabajadoras y trabajadores autónomos a la asociación, directamente o a través de las asociaciones federadas a la misma o con las que se mantengan acuerdos permanentes de representación; los recursos humanos y materiales de los que disponga para el cumplimiento de su finalidad representativa; los acuerdos de interés profesional en los que hayan participado, y la existencia de sedes permanentes en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía>>. También se concreta las facultades que se les concede dicha representatividad, extremo que se establece en el apartado 5 del art. 15.

Finalmente, en el art. 16 se establece la creación del Consejo Andaluz del Trabajo Autónomo, órgano al que se le atribuye un carácter consultivo y que tendrá como finalidad canalizar el derecho de participación institucional del colectivo de los trabajadores autónomos, la concreción de su composición y sus competencias tendrá que desarrollarse reglamentariamente, disposición que tendrá que aprobarse dentro de un plazo de 6 meses a computar desde la entrada en vigor de la Ley 15/2011.

5. En el Capítulo V –arts. 17 a 18- se crea el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos en Andalucía del Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente que se constituye cómo un órgano administrativo específico que se adscribe al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. No aparece plenamente desarrollado, la determinación de su estructura orgánica, sus normas de funcionamiento y la necesaria dotación de medios humanos, económicos y materiales que garanticen su funcionamiento deberán de determinarse reglamentariamente, para lo que se dispone un plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la Ley 15/2011.

Por otro lado, tal como indica el art. 18, este Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos en Andalucía del Trabajo Autónomo Económicamente Dependiente asumirá el preceptivo intento de conciliación o mediación previo al ejercicio de acciones judiciales antes el orden social de la jurisdicción, tanto en conflictos de naturaleza individual como colectiva.

Finalmente, la Ley 15/2011 dispone que en un plazo máximo de seis meses se redactará y aprobará el primer Plan Estratégico del Trabajo Autónomo.

#### **DECRETO 283/2011, DE 4 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE MODIFICA EL DECRETO 55/2001, DE 26 DE FEBRERO, POR EL QUE SE REGULA EL FORO ANDALUZ DE LA INMIGRACIÓN (BOJA NÚM. 209, DE 25 DE OCTUBRE).**

La reforma del decreto se aprueba por la necesidad de adecuar las funciones del Foro Andaluz de la Inmigración, órgano creado para servir de cauce de participación y debate de todos los agentes sociales implicados en el fenómeno

de la inmigración, a la nueva realidad social y cultural de Andalucía; al nuevo marco estatutario y para adaptar la composición de este órgano colegiado a la nueva organización y a los repartos competenciales derivados de la aprobación del Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías y los distintos Decretos que establecen la estructura orgánica de cada Consejería.

Las modificaciones más relevantes afectan a la naturaleza jurídica del Foro, que se define en el art. 2 como <<un órgano de consulta, representación y participación en el ámbito de las políticas para la inmigración y la diversidad cultural adscrito a la Consejería competente en materia de coordinación de políticas migratorias>>; a su composición, en la que se da entrada, junto a las organizaciones sociales representantes del sector de la inmigración, a entidades sin ánimo de lucro, que tengan entre sus fines la integración y la promoción de los inmigrantes en los distintos ámbitos de la sociedad; a la promoción de la igualdad de género en el ámbito de la política social para la inmigración. Por último, se le otorgan nuevas funciones, siendo éstas:

- La posibilidad de formular propuestas y recomendaciones que fomenten las relaciones interculturales y el respeto la diversidad cultural, de creencias y convicciones, con pleno respeto a los valores y principios constitucionales.

- La facultad de impulsar y proponer medidas encaminadas a la igualdad de mujeres y hombres inmigrantes; a evitar y prevenir la violencia de género; y para dar respuesta a las necesidades específicas de las mujeres inmigrantes.

#### **DECRETO 284/2011, DE 4 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE MODIFICA EL DECRETO 202/2005, DE 27 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE CREAN Y REGULAN LOS FOROS PROVINCIALES DE LA INMIGRACIÓN (BOJA NÚM. 209, DE 25 DE OCTUBRE)**

Al igual que el decreto anterior, esta reforma pretende, principalmente:

- a) Adecuar las funciones de los Foros Provinciales a la nueva realidad social y cultural andaluza, con las que se pretende promover la igualdad de género en el ámbito de la política social para la inmigración, así evitar y prevenir la violencia de género.
- b) Adaptar su composición a los cambios derivados de la reorganización administrativa, introducidos por la aprobación del Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías y de los distintos Decretos por los que se establece la estructura orgánica de cada Consejería.
- c) Garantizar el impacto positivo en la igualdad, lo que se realiza, entre otras medidas, salvaguardando la composición paritaria de mujeres y hombres en estos foros colegiados.

**DECRETO 325/2011, DE 25 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE FACILITA LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS POR CUENTA AJENA Y DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA EN LAS ELECCIONES GENERALES, QUE HABRÁN DE CELEBRARSE EL DÍA 20 DE NOVIEMBRE DE 2011 (BOJA NÚM. 212, DE 28 DE OCTUBRE).**

Esta disposición era aplicable tanto a las personas trabajadoras por cuenta ajena y del personal de la Administración Pública de la Junta de Andalucía y sus agencias que tuvieran la condición de electores y electoras, o fueren miembros de Mesas Electorales, Interventores e Interventoras, o Apoderados y Apoderadas en las Elecciones Generales que habrán de celebrarse el día 20 de noviembre de 2011 y no disfruten dicho día del descanso completo; como al personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía que se presenten como candidatos o candidatas en el proceso electoral convocado.

**ORDEN DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2011, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2007, DE APLICACIÓN EN ANDALUCÍA DEL REAL DECRETO 396/2006, DE 31 DE MARZO, POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS DISPOSICIONES MÍNIMAS DE SEGURIDAD Y SALUD APLICABLES A LOS TRABAJOS CON RIESGO DE EXPOSICIÓN AL AMIANTO (BOJA NÚM. 199, DE 108 DE OCTUBRE).**

La reforma procede por la necesaria adaptación normativa a las disposiciones de fecha más reciente que tratan de simplificar los trámites administrativo, concretamente a lo dispuesto en el Decreto 68/2008, de 26 de febrero, por el que se suprime la aportación de la fotocopia de los documentos identificativos oficiales y del certificado de empadronamiento en los procedimientos administrativos de la Administración de la Junta de Andalucía y se establece la sede electrónica para la práctica de la notificación electrónica; y el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de enero de 2009 aprueba el Plan de Medidas de Simplificación de Procedimientos Administrativos y agilización de los trámites.

Al mismo tiempo, la orden trata de facilitar las actuaciones de los interesados poniendo a su disposición los modelos necesarios para realizar los trámites de forma presencial o telemática o facilitarle la consulta del estado del procedimiento en la web de la Consejería de Empleo: <http://www.juntadeandalucia.es/empleo>.

**ORDEN DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2011, POR LA QUE SE DELEGAN COMPETENCIAS DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO, EN DIVERSOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS (BOJA NÚM. 202, DE 14 DE OCTUBRE)**

Se aprueba una nueva tabla de delegación de competencias en el área de la Consejería de Empleo a consecuencia de la entrada en vigor del Decreto del Presidente 14/2010, de 22 de marzo, sobre reestructuración de Consejerías y por la necesaria adecuación de las delegaciones provinciales a la estructura orgánica de la estructura orgánica de la Consejería de Empleo, regulada en el Decreto 136/2010, de 13 de abril, antes citado, modificado por el Decreto 97/2011, de 19 de abril.

La entrada en vigor de esta orden –al día siguiente de su publicación– lleva la derogación expresa de las siguientes disposiciones: Orden de 14 de julio de 2004, por la que se delegan competencias de la Consejería de Empleo y de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo, en diversos órganos administrativos; Orden de 3 de mayo de 2005, que delega competencias de la Consejería de Empleo y de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo, en diversos órganos administrativos; Orden de 15 de julio de 2008, por la que se delegan competencias en materia presupuestaria en diversos órganos administrativos de la Consejería de Empleo; y la Orden de 15 de julio de 2010, por la que se delegan las competencias que se citan en distintos órganos.

En lo que se refiere al contenido de la Orden de 19 de septiembre de 2011, ésta concreta:

- Las competencias que se delegan en la persona titular de la Viceconsejería –art. 1 de la Orden– en las siguientes áreas: a) En materia de personal, en relación con el personal destinado en los Servicios Centrales y Periféricos; b) En materia de personal, en relación con el personal adscrito a la Viceconsejería; c) En materia de subvenciones, de aquellas que correspondan al titular de la Consejería y no se hubieren delegado a otros órganos de la Consejería; d) En materia de reclamaciones previas a la vía laboral en relación con el personal destinado en los Servicios Centrales.

- Las competencias que se delegan en la persona titular de la Secretaria General Técnica –art. 2– en las siguientes materias: a) En materia de personal en relación con el personal destinado en los Servicios Centrales y Periféricos; b) En materia de personal en relación con el personal destinado en los Servicios Centrales; c) En materia de personal en relación con el personal adscrito a la Secretaria General Técnica; d) En materia de gestión económica y presupuestaria (la cual abarca a los Capítulos I, II y VI del Presupuesto de gastos de la Consejería de Empleo, la aprobación del gasto, autorizar su compromiso y liquidación e interesar de la Consejería de Hacienda y Administración Pública

la ordenación de los correspondientes pagos de expedientes de gastos derivados de la gestión de créditos centralizados, incluidos los de personal; y a la distribución del Anticipo de Caja Fija entre las distintas habilitaciones, cajas o pagadurías); e) En materia de contratación; y, f) en materia de relaciones con los órganos de la Administración de Justicia.

- Las competencias que se delegan en las personas titulares de las Direcciones Generales vinculadas a la Consejería –art. 3-; en las personas titulares de las Delegaciones Provinciales –art. 4-; y en la persona titular de la Presidencia del Consejo Económico y Social de Andalucía –art. 5-.

En todo caso estas delegaciones se efectúan sin perjuicio de que posteriormente se pueda acordar la revocación de las mismas por la persona titular de la Consejería, que tendría que publicarse en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y produciría efectos a partir de la fecha de su publicación; o su advocación por el mismo titular, quién podrá avocar para sí el conocimiento y resolución de cualquier asunto comprendido en la delegación a que se refiere la presente Orden, sin perjuicio de que la delegación subsista en tanto no sea revocada o modificada de modo expreso.

**ORDEN DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2011, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS Y CONVOCATORIA DE LAS SUBVENCIONES ESPECIALES REGULADAS EN EL REAL DECRETO 196/2010, DE 26 DE FEBRERO, POR EL QUE SE ESTABLECEN LAS MEDIDAS PARA FACILITAR LA REINSERCIÓN LABORAL ASÍ COMO EL ESTABLECIMIENTO DE AYUDAS ESPECIALES A LAS PERSONAS TRABAJADORAS AFECTADAS POR LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO 76/2000, DE 8 DE MARZO DE 2001, Y 25/2001, DE 31 DE JULIO DE 2001 (BOJA NÚM. 200, DE 10 DE OCTUBRE; CORRECCIÓN DE ERRORES EN BOJA NÚM. 224, 15 DE NOVIEMBRE).**

El origen de la modificación se encuentra el Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 29 de febrero de 2008 por el que se encomendó al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales la adopción de medidas excepcionales de carácter social a favor de las personas trabajadoras afectadas por los Expedientes de Regulación de Empleo 76/2000, de 8 de marzo de 2001 y 25/2001, de 31 de julio de 2001; en virtud de estas disposiciones se aprobó el Real Decreto 1010/2009, de 19 de junio, por el que se establecen medidas destinadas a compensar la disminución en la cotización a la Seguridad Social a las personas trabajadoras cuyo contrato se extinguió como consecuencia de los referidos Expedientes de Regulación de Empleo; normativa que fue posteriormente completada con la aprobación del Real Decreto 196/2010, de 26 de febrero, por el que se establecen medidas para facilitar la reinserción la-

boral así como el establecimiento de ayudas especiales a las personas trabajadoras afectados por los Expedientes de Regulación de Empleo 76/2000, de 8 de marzo de 2001, y 25/2001, de 31 de julio de 2001, especialmente para facilitar la reinserción laboral de las personas mayores de 52 años.

En nuestra Comunidad Autónoma la gestión de estas subvenciones corresponde al Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo dentro del marco del Real Decreto 196/2010, de 26 de febrero, en el artículo 63 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por el que se Reforma el Estatuto de Autonomía para Andalucía en el que se reconocen competencias ejecutivas en materia de políticas activas de empleo y en particular en la gestión de subvenciones, así como en el artículo 26.2.a) de la Ley de Administración de la Junta de Andalucía.

Dentro de todo el contexto normativo anteriormente citado, la Orden de 22 de septiembre de 2011 tiene como finalidad aprobar las bases reguladoras y la convocatoria de las subvenciones especiales reguladas en el citado Real Decreto 196/2010, de 26 de febrero; siendo su estructura la siguiente: Objeto de las subvenciones y conceptos subvencionables –art. 1-; Régimen jurídico aplicable –art. 2-; Requisitos que deberán de reunir las personas solicitantes para la obtención de la subvención –art. 3-; Cuantía de las subvenciones y gastos subvencionables –art. 4-; Limitaciones presupuestarias y medidas de control –art. 5-; Financiación y régimen de compatibilidad de las subvenciones –art. 6-; Entidades colaboradoras y subcontratación –arts. 7 y 8-; Disposiciones relativas al procedimiento de concesión –arts. 9 a 23-; Obligaciones de las personas beneficiarias –art. 24-; Aspectos relacionados con el pago, reintegro de cantidades y régimen sancionador –arts. 25 a 29-; finalizando con un cuadro resumen de las bases reguladoras.

### **ORDEN DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2011, POR LA QUE SE DEROGA PARCIALMENTE LA ORDEN DE 31 DE OCTUBRE DE 2008, POR LA QUE SE ESTABLECE EL PLAN EXTRAORDINARIO PARA LA MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD DE LAS PERSONAS DEMANDANTES DE EMPLEO Y SE REGULAN Y CONVOCAN LAS AYUDAS PARA LA EJECUCIÓN DEL MISMO (BOJA NÚM. 205, DE 19 DE OCTUBRE)**

Se aprueba la derogación parcial de la Orden de 31 de octubre de 2008, por la que se establece el Plan Extraordinario para la mejora de la empleabilidad de las personas demandantes de empleo y se regulan y convocan las ayudas para la ejecución del mismo. De forma expresa se establece la vigencia de los artículos 2.2 y 4 del Capítulo I; el Capítulo VI y el Capítulo VII de al citada orden, al tiempo que se habilita a la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo para dictar las instrucciones precisas para la correcta aplicación e interpretación de la orden aprobada, que entró en vigor el día 20 de octubre de 2011.

**ORDEN DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2011, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS DEL PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES, EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA NO COMPETITIVA, A LAS ORGANIZACIONES SINDICALES PARA FINANCIAR SU ACCIÓN SINDICAL EN EL ÁMBITO DEL PERSONAL LABORAL DE LAS EMPRESAS PRIVADAS EN ANDALUCÍA, Y SE EFECTÚA LA CONVOCATORIA PARA EL AÑO 2011 (BOJA NÚM. 200, DE 11 DE OCTUBRE).**

Este precepto persigue dos objetivos distintos; en primer lugar, concreta el marco para financiar a las organizaciones sindicales con representación en Andalucía en el ámbito del personal laboral de las empresas privadas, sus actividades de promoción, información, formación, asesoramiento y cualificación de los representantes de los trabajadores; así como de los demás gastos corrientes derivados de la actividad sindical; en segundo lugar, concretó el plazo de apertura de la convocatoria de subvenciones para el año 2011, actualmente cerrado, que fue de 10 días hábiles a computar desde el día siguiente a la publicación de la orden en el BOJA.

En lo que se refiere a las bases reguladoras, la disposición detalla de forma exhaustiva:

- a) El objeto de las subvenciones y los conceptos subvencionables –art. 1-, siendo los gastos corrientes de la actividad sindical; así como aquellos gastos necesarios para la organización y funcionamiento de las oficinas y los servicios de los sindicatos, especialmente en lo que se refiere a las elecciones sindicales y la atención de los delegados electos.
- b) El régimen jurídico aplicable –art. 2-.
- c) Los requisitos que deberán de reunir las entidades solicitantes para obtener la subvención –art. 3-, concretándose específicamente los supuestos en los que no se reúnen las condiciones para ser persona beneficiaria.
- d) La cuantía de las subvenciones y los gastos subvencionables – art. 4-. La cuantía podrá «consistir en un porcentaje máximo de la subvención a conceder en relación al presupuesto total de las actividades subvencionadas, una cuantía máxima, una cuantía mínima, o un importe cierto sin referencia a un porcentaje o fracción, o en otras formas o métodos de concreción».
- e) Las limitaciones presupuestarias y control –art. 5-.
- f) La financiación y el régimen de compatibilidad de las subvenciones –art. 6-.
- g) Las entidades colaboradoras y reglas de subcontratación –arts. 7 y 8-; así como las disposiciones relativas al procedimiento de concesión –arts. 9 a 23-.

- h) Las obligaciones a las que se encuentran sometidas las personas beneficiarias –art. 24-.
- i) Finalmente, se regulan determinados aspectos relacionados con el pago, el reintegro de cantidades, así como la justificación de la subvención y el régimen sancionador –arts. 25 a 29-.

**ORDEN DE 10 DE OCTUBRE 2011, POR LA QUE SE MODIFICA LA ORDEN DE 20 DE OCTUBRE DE 2010, POR LA QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE CALIFICACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO Y SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS DE LA CONCESIÓN DE INCENTIVOS PARA CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO REGULADOS EN EL DECRETO 149/2005, DE 14 DE JUNIO (BOJA NÚM. 211, DE 27 DE OCTUBRE)**

La modificación tiene como finalidad tratar de agilizar la gestión y la tramitación de las ayudas que se conceden a los Centros Especiales de Empleo, al tiempo que se adecuan los preceptos legales a la entrada en vigor del Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de concesión de subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía.

Las modificaciones introducidas dan nueva redacción a los siguientes artículos de la Orden de 20 de octubre de 2010: 15.2.b); 17.1.a); 18.5; 25.2, 30.2, 34.2.b), y 37.3.b); asimismo se añade la letra e) al art. 17.1.

**ORDEN DE 27 DE OCTUBRE DE 2011, POR LA QUE SE DEROGA LA ORDEN DE 10 DE MAYO DE 2006, POR LA QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LAS AYUDAS EN MATERIA DE FORMACIÓN PROFESIONAL OCUPACIONAL, ESTABLECIDAS EN EL DECRETO 72/2003, DE 18 DE MARZO, DE MEDIDAS DE IMPULSO DE LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO EN ANDALUCÍA (BOJA NÚM. 220, DE 9 DE NOVIEMBRE).**

Esta disposición tiene como objetivo aprobar la derogación de la Orden 10 de mayo de 2006 a consecuencia de la aprobación de nuevo marco normativo regulador de la Formación Profesional para el empleo, el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por la que se regula la ordenación de la Formación Profesional para el empleo en Andalucía y la Orden de 23 de octubre de 2009, por la que se desarrolla el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la ordenación de la Formación Profesional para el empleo en Andalucía,

y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones y ayudas y otros procedimientos.

En todo caso, y como garantía del principio de seguridad jurídica, se establece expresamente que aquellos procedimientos que hubieren sido iniciados al amparo de la Orden de 10 de mayo de 2006, se tramitarán conforme a las disposiciones que se encontraban vigentes en el momento de su iniciación.

**ORDEN DE 3 DE NOVIEMBRE DE 2011, POR LA QUE SE MODIFICA LA DE 1 DE ABRIL DE 2011, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS DE LAS AYUDAS SOCIOLABORALES DESTINADAS A TRABAJADORES Y TRABAJADORAS AFECTADOS POR EXPEDIENTES DE REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS, EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, Y SE EFECTÚA SU CONVOCATORIA PARA EL AÑO 2011 (BOJA NÚM. 225, DE 16 DE NOVIEMBRE).**

Con la Orden de 1 de abril de 2011 se pretendió atender determinadas situaciones de necesidad laboral derivadas de los procesos de reestructuración empresarial; la modificación tiene como finalidad concretas los requisitos que deberán cumplir las personas beneficiarias en los casos de extinción del contrato de trabajo por el supuesto previsto en el art. 40 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (movilidad geográfica por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que la justifiquen).

**ORDEN DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2011, POR LA QUE SE CREA EL REGISTRO ANDALUZ DE CERTIFICADOS DE PROFESIONALIDAD Y ACREDITACIONES PARCIALES ACUMULABLES, Y SE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA SU REGISTRO Y EXPEDICIÓN (BOJA NÚM. 235, DE 30 DE NOVIEMBRE).**

Las finalidades perseguidas por esta disposición son las siguientes:

- a) Aprobar la creación del Registro Andaluz de Certificados de Profesionalidad y Acreditaciones Parciales Acumulables, de conformidad con lo establecido en el art. 17 Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad. Este registro se adscribe a la Dirección General competente en materia de Formación Profesional para el Empleo del Servicio Andaluz de Empleo –art. 2-

- b) Regular la organización y las funciones del nuevo registro –arts. 2 a 8-. Este registro se estructura por nombres y especialidades formativas, dividiéndose en la Sección Primera (certificados de profesionalidad) y la Sección Segunda (acreditaciones parciales acumulables).
- c) Establecer el procedimiento para la calificación, inscripción y expedición de los certificados de profesionalidad y acreditaciones parciales acumulables, adquiridas a través de la vía de la formación –art. 9 a 14-; concretar las personas legitimadas para solicitar la inscripción –art. 9-; forma de presentar las solicitudes (art. 10) y de instruir los expedientes de calificación e inscripción (art. 11). Concretar la forma de resolver el procedimiento de calificación e inscripción (art. 12); de expedir los certificados de profesionalidad y de las acreditaciones parciales acumulables (art. 13); y, por último, como proceder a la cancelación registral (art. 14).

**ORDEN DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2011, POR LA QUE SE REGULA LA DISTRIBUCIÓN DE TRANSFERENCIAS A LOS AYUNTAMIENTOS ANDALUCES PARA LA NIVELACIÓN DE SERVICIOS MUNICIPALES VINCULADOS A LA ACOGIDA Y LA INTEGRACIÓN DE INMIGRANTES (BOJA NÚM. 235, DE 30 DE NOVIEMBRE).**

Con esta disposición se concretan los destinatarios, la cuantía, los indicadores y la fórmula de reparto de las transferencias de financiación para la nivelación de servicios municipales vinculados a la acogida e integración de inmigrantes, en el ámbito de las competencias y gestión de la Consejería de Empleo, con la finalidad de aplicar el Convenio de Colaboración suscrito el 19 de julio de 2005 entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y la Junta de Andalucía, el cual fue prorrogado mediante un Acuerdo de fecha 23 de noviembre de 2011.

Los destinatarios de los créditos del fondo de nivelación de servicios municipales vinculados a la acogida y la integración de inmigrantes son los Ayuntamientos de Andalucía afectados por mayor presencia de personas inmigrantes. La cuantía total a transferir es de 1.724.142,00 euros, que se reparten provincialmente en las siguientes cantidades: Almería, 364.465,00 euros; Cádiz, 140.796,00 euros; Córdoba, 148.731,00 euros; Granada, 187.275,00 euros; Huelva, 205.255,00 euros; Jaén, 138.041,00 euros; Málaga, 315.581,00 euros; y Sevilla, 223.998,00 euros. En el Anexo de la Orden se detalla la relación de ayuntamientos seleccionados dentro de cada provincia para recibir las transferencias para la nivelación de los servicios municipales vinculados a la acogida y la integración de personas inmigrantes.

**RESOLUCIÓN DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2011, DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, POR LA QUE SE DELEGAN COMPETENCIAS EN LOS ÓRGANOS DIRECTIVOS DE LA AGENCIA EN MATERIA DE PERSONAL, DE GESTIÓN ECONÓMICO-FINANCIERA, DE CONTRATACIÓN Y DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA (BOJA NÚM. 203, DE 17 DE OCTUBRE).**

Se determinan las materias que se delegan por la persona titular de la Consejería de Empleo, la cual puede avocar o revocar dichas competencia, en los siguientes cargos:

- a) En la persona titular de la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo las que se relacionan en el apartado Primero de la resolución.
- b) En las personas titulares de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo, que en lo que se refiere a la cuantía del contrato de obras abarca a aquellos contratos por un valor estimado igual o inferior 600.000 euros –sin incluir el IVA-; y en lo que se refiere a los contratos de suministro y servicios, éstos no deberán superar el importe de 300.000 euros; o bien, deberán tener por objeto, conjunta o individualmente, satisfacer las necesidades de mantenimiento, limpieza o seguridad y vigilancia de edificios u otras construcciones.

**RESOLUCIÓN DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 2011, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE FORMACIÓN PROFESIONAL AUTÓNOMOS Y PROGRAMAS PARA EL EMPLEO DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, POR LA QUE SE REGULA EL ACCESO DEL ALUMNADO A LAS ACCIONES DE FORMACIÓN, DIRIGIDAS A LA OBTENCIÓN DE LOS CERTIFICADOS DE PROFESIONALIDAD DE NIVEL I, II Y III (BOJA NÚM. 223, DE 14 DE NOVIEMBRE).**

El marco normativo se encuentra en el Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la Ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía; que fue concretado mediante el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, de Certificados de Profesionalidad, modificado por el Real Decreto 1675/2010, de 10 de diciembre, que establece los criterios de acceso del alumnado a la formación dirigida a la obtención de los certificados de profesionalidad.

Una de las facultades que se otorga a la Administración es la comprobación de que el alumnado posee los requisitos formativos y profesionales necesarios para cursar con aprovechamiento la formación, por parte de las per-

sonas que en el momento de la publicación de la Resolución se encuentren participando -o que posteriormente fueren a participar- en acciones formativas destinadas a la obtención de un certificado de profesionalidad; por esta razón se establecen los requisitos académicos y/o profesionales necesarios para poder acceder a dicha formación. Mientras se establece que no es necesario cumplir con ningún tipo de requisitos académicos o profesionales para acceder al Nivel I; los Niveles II y III requieren la exigencia de los requisitos formativos que, en cada caso, se detallan expresamente.

**RESOLUCIÓN DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2011, DEL CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, POR LA QUE SE HACE PÚBLICO EL FALLO DEL JURADO DEL PREMIO TESIS DOCTORALES DEL CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES EN SU CONVOCATORIA PARA 2011 (BOJA NÚM. 243, DE 14 DE DICIEMBRE).**

En esta convocatoria se han premiado, «ex aequo», las tesis doctorales de los siguientes autoras: *El Comité de Seguridad y Salud*, de doña M.<sup>a</sup> del Carmen Aguilar del Castillo; y *Políticas de empleo y territorio: discursos y prácticas para un nuevo modelo de gestión*, de doña Rosa María Vallecillo Gámez.

**RESOLUCIÓN DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2011, DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, POR LA QUE SE HACEN PÚBLICAS LAS AYUDAS CONCEDIDAS AL AMPARO DE LA ORDEN DE 6 DE ABRIL DE 2009, PARA IMPULSAR PROYECTOS PROMOVIDOS POR LAS CORPORACIONES LOCALES EN EL MARCO DE LOS NUEVOS YACIMIENTOS EN ANDALUCÍA (BOJA NÚM. 248, 21 DE DICIEMBRE).**

**RESOLUCIÓN DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2011, DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO, POR LA QUE SE HACEN PÚBLICAS LAS AYUDAS CONCEDIDAS AL AMPARO DE LA ORDEN 15 DE MARZO DE 2007, CAPÍTULO IX: PROGRAMA PARA POTENCIAR EL CONOCIMIENTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO EN ANDALUCÍA, FOMENTANDO EL ASOCIACIONISMO DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS AUTÓNOMOS. SECCIÓN PRIMERA: MEDIDA DE APOYO A LAS ORGANIZACIONES QUE REPRESENTEN A TRABAJADORES Y TRABAJADORAS AUTÓNOMOS (BOJA NÚM. 248, 21 DE DICIEMBRE).**

**RESOLUCIÓN DE 20 DE DICIEMBRE DE 2011, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO, POR LA QUE SE DETERMINAN LAS FIESTAS LOCALES EN EL ÁMBITO DE ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2012 (BOJA NÚM. 254, DE 30 DE DICIEMBRE).**







