

117

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
117/2012 - Cuarto Trimestre

ESTUDIOS

El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las administraciones públicas
Jesús Cruz Villalón

Acerca de la intermediación en el mercado de trabajo en Francia
Philippe Auvergnon

Grado y tipo de utilización en Andalucía del contrato de apoyo al emprendedor durante los primeros meses de reforma laboral
María Teresa Arévalo Quijada, Fco. Javier Calvo Gallego y Dolores Gómez Domínguez

El conflicto de trabajo en cuarentena procesal
José Manuel Gámez Jiménez

MERCADO DE TRABAJO

Los ajustes deprimen el empleo. Análisis de coyuntura del mercado de trabajo en el segundo trimestre de 2012
Santos Ruesga Benito, José Luís Martín Navarro, Laura Pérez Ortiz y Manuel Pérez Trujillo

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad de Cádiz
Nulidad de la revocación del delegado de personal por la asamblea de trabajadores
María del Junco Cachero

Universidad de Sevilla
El derecho a vacaciones y la incapacidad temporal sobrevenida durante su disfrute
María Sepúlveda Gómez

Universidad de Málaga
La profesión habitual de Alcalde a efectos de determinar la pensión de incapacidad permanente total
Juan Carlos Álvarez Cortés y Nieves Rico Bueno

Universidad de Jaén
Los efectos de la declaración de nulidad de despido colectivo entre el Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012
José María Moreno Pérez

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía
M^a Dolores Rubio de Medina

TEMAS LABORALES 2012

117

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

117

Junta de Andalucía
Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

ANTONIO ÁVILA CANO
Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo

VOCALES

| | |
|--|---|
| LUIS NIETO BALLESTEROS | Viceconsejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo |
| ANTONIO GONZÁLEZ MARÍN | Secretario General de Empleo |
| JAVIER CASTRO BACO | Director General de Relaciones Laborales |
| JOSÉ A. AMATE FORTES | Director General de Seguridad y Salud Laboral |
| 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 de la Seguridad Social |
| MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER | Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Consejero Permanente de Estado |
| JOSÉ VIDA SORIA | Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada |
| FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ | Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide |
| SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA | Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide |
| FRANCISCO J. PRADOS DE REYES | Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada |
| ÁNGEL J. GALLEGU MORALES | Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales |

CONSEJO DE REDACCIÓN

| | |
|--------------------------|---|
| ANTONIO ÁVILA CANO | Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo |
| ÁNGEL J. GALLEGU MORALES | Presidente 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 de la Seguridad Social Universidad de Sevilla |
| SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA | Catedrático de Derecho del Trabajo y de la 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
CONSEJERIA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO
JUNTA DE ANDALUCÍA

DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96
I.S.S.N.: 0213-0750
Imprime: ALP Impresores S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 117/2012
Cuarto Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las administraciones públicas 13
JESÚS CRUZ VILLALÓN
- Acerca de la intermediación en el mercado de trabajo en Francia 57
PHILIPPE AUVERGNON
- Grado y tipo de utilización en Andalucía del contrato de apoyo al emprendedor durante los primeros meses de reforma laboral 95
MARÍA TERESA ARÉVALO QUIJADA
FCO. JAVIER CALVO GALLEGO
DOLORES GÓMEZ DOMÍNGUEZ
- El conflicto de trabajo en cuarentena procesal 127
JOSÉ MANUEL GÁMEZ JIMÉNEZ

2. MERCADO DE TRABAJO

- Los ajustes deprimen el empleo. Análisis de coyuntura del mercado de trabajo en el segundo trimestre de 2012 151
SANTOS RUESGA BENITO
JOSÉ LUÍS MARTÍN NAVARRO
LAURA PÉREZ ORTÍZ
MANUEL PÉREZ TRUJILLO

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA**
Universidad de Cádiz
Nulidad de la revocación del delegado de personal por la asamblea de trabajadores 181
MARÍA DEL JUNCO CACHERO
- RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO**
Universidad de Sevilla
El derecho a vacaciones y la incapacidad temporal sobrevenida durante su disfrute 189
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

| | |
|--|-----|
| PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL | |
| Universidad de Málaga | |
| La profesión habitual de Alcalde a efectos de determinar la pensión de incapacidad permanente total | 205 |
| JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS | |
| NIEVES RICO BUENO | |
| DERECHO PROCESAL LABORAL | |
| Universidad de Jaén | |
| Los efectos de la declaración de nulidad de despido colectivo entre el Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012 | 221 |
| JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ | |
| 4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN | |
| Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía | 233 |
| M ^a 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 inéditos de investigación 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 su espacio web específico (pinchando sobre el icono de la Revista)- y siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es. Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al 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.

Los autores a quienes se les aprueben la publicación de sus textos en la Revista, autorizan su publicación en la misma al tiempo que ceden a la Revista, con carácter gratuito, los derechos de transformación, reproducción y comunicación pública de los textos completos de los artículos publicados en las plataformas de internet en las que se difundan los contenidos íntegros de la Revista

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° 117/2012
Fourth Trimester

INDEX

1. STUDIES

- Non-application of the collective agreement in the field of public administrations in crisis situations 13
JESÚS CRUZ VILLALÓN
- About intermediation in the labour market in France 57
PHILIPPE AUVERGNON
- Evaluation of the new contract in support of the entrepreneur in Andalusia after the first months of the labour reform 95
MARÍA TERESA ARÉVALO QUIJADA
FCO. JAVIER CALVO GALLEGO
DOLORES GÓMEZ DOMÍNGUEZ
- The labour procedural quarantine dispute 127
JOSÉ MANUEL GÁMEZ JIMÉNEZ

2. LABOUR MARKET

- Adjustments depressed employment. Report on the labour market situation in Spain and Andalusia (second trimester 2012) 151
SANTOS RUESGA BENITO
JOSÉ LUÍS MARTÍN NAVARRO
LAURA PÉREZ ORTÍZ
MANUEL PÉREZ TRUJILLO

3. JUDICIAL COMMENTS

- REPRESENTATION AND COLLECTIVE PARTICIPATION
University of Cadiz
Nullity of the revocation of the shop steward for the Assembly of workers 181
MARÍA DEL JUNCO CACHERO
- EMPLOYMENT CONTRACT REGIME
University of Seville
Right to holidays and temporary incapacity arising during enjoyment 189
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

| | |
|---|-----|
| SOCIAL SECURITY BENEFITS | |
| University of Malaga | |
| The usual profession of Mayor for the determination of the total permanent disability pension | 205 |
| JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS | |
| NIEVES RICO BUENO | |
| LABOUR LEGAL CASE | |
| University of Jaen | |
| The effects of the declaration of invalidity of collective dismissal between the Royal Decree-Law 3/2012 and the Law 3/2012 | 221 |
| JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ | |
| 4. LEGISLATIVE REMARKS | |
| Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia | 233 |
| M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA | |

EL DESCUELGUE DE CONVENIOS COLECTIVOS EN EL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS*

JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

EXTRACTO

Palabras Clave: Negociación Colectiva, Sector Público

La confluencia de las políticas de consolidación fiscal que implican una fuerte reducción del gasto público, junto con los efectos negativos generales de la crisis financiera está provocando una fuerte presión sobre el empleo público, en unos casos desembocando en la adopción de medidas extraordinarias de carácter coyuntural y en otros casos reformas estructurales del régimen de relaciones laborales en el ámbito del empleo público. Ello está impactando especialmente sobre el modelo de negociación colectiva entre el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, lo que constituye el objeto del presente estudio. El mismo parte de las especialidades que presenta la negociación colectiva de los empleados públicos, más allá de que formalmente para el personal laboral se aplique en toda su extensión el régimen de negociación colectiva previsto en el Estatuto de los Trabajadores. A partir de ello, se valora cómo las medidas flexibilizadoras adoptadas en las últimas reformas laborales para el conjunto de la población asalariada y por lo que afecta a la negociación colectiva, resultan poco adaptables o efectivas en el ámbito de la Administración Pública. A partir de ello, se explica y analiza el alcance de las medidas recientemente adoptadas de carácter propio y específico para la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que tienen como señas de identidad e hilo conductor común un palpable proceso de convergencia con las medidas en el ámbito de la negociación colectiva de los funcionarios públicos y correlativa divergencia del régimen propio de negociación colectiva para el sector privado.

ABSTRACT

Key Words: Collective Bargaining, Public Sector

The confluence of fiscal consolidation policies which involve a significant reduction in spending public, along with the general negative effects of the financial crisis is causing a strong pressure on public employment. This is impacting particularly on the model of collective bargaining between the labour personnel at the service of the public administrations. From this, it explains and analyzes the scope of the newly and specific measures, who have as key a common process of convergence with the measures in the field of civil servants collective bargaining and correlative divergence of the regime of collective bargaining in the private sector.

* El presente trabajo se ha efectuado en el marco del proyecto de investigación "Impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención", Ministerio de Ciencia e Innovación (DER 2011-27612)

ÍNDICE

1. LA PENETRACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
2. LA BIFURCACIÓN DE RÉGIMENES JURÍDICOS
3. ELEMENTOS COMUNES Y TENDENCIAS HACIA LA CONVERGENCIA
 - 3.1. Principios constitucionales comunes
 - 3.2. Principio de legalidad administrativa
 - 3.3. Carácter reglado de la actuación administrativa
 - 3.4. La uniformidad de condiciones en la organización del trabajo
 - 3.5. Los procesos de ósmosis institucional
 - 3.6. Las prácticas de negociación unitaria
 - 3.7. La centralización de decisiones
 - 3.8. La tendencia a la sindicalización unitaria
 - 3.9. La limitación de los procedimientos de resolución de conflictos colectivos
4. CRISIS ECONÓMICA, MEDIDAS DE REFORMA LABORAL Y DE REDUCCIÓN DEL GASTO PÚBLICO
5. LA INADECUACIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LAS VÍAS GENERALES DE REFORMA LABORAL
 - 5.1. La preferencia aplicativa absoluta del convenio colectivo de empresa
 - 5.2. El descuelgue de condiciones pactadas
 - 5.3. La modificación sustancial de condiciones de trabajo
 - 5.4. La pérdida de ultraactividad del convenio colectivo
6. LOS MECANISMOS ESPECÍFICOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
 - 6.1. El establecimiento de modificaciones presupuestarias
 - 6.2. La fijación de topes legales con efectos a los convenios vigentes
 - 6.3. El procedimiento general de inaplicación del convenio colectivo

1. LA PENETRACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La negociación colectiva en el seno de las Administraciones Públicas ha adquirido un desarrollo singular en las últimas décadas, de modo que se ha convertido en un instrumento central en la regulación de las condiciones de trabajo de su personal.

Desde el punto de vista histórico, la negociación colectiva surge en casi todos los sistemas de relaciones laborales dentro del sector privado, en particular, dentro del sector industrial de la economía y, en especial, dirigido al asalariado que desempeñaba tareas manuales o de no excesiva cualificación profesional. Por ello, no es sino en momentos más recientes cuando comienza a extenderse al ámbito de la Administración Pública; primero, será necesario que se produzca una expansión relevante al conjunto de la población asalariada, con independencia de la condición de trabajador manual o empleado; segundo, que correlativamente a lo anterior, se verifique una generalización de la negociación colectiva al sector servicios para que el fenómeno sindical y, por derivación, la negociación colectiva vaya implantándose progresivamente en el sector terciario; tercero, será preciso que la consolidación de las expe-

riencias de negociación colectiva al conjunto del sector privado o público de la economía vaya penetrando dentro de la Administración Pública, primero entre las entidades locales y sucesivamente a todo el conjunto de la Administración. De ahí que, dejando al margen aquellas actividades con déficits de cobertura negocial en atención a carencia de interlocutores empresariales y/o a las muy escasas dimensiones de las empresas y centros de trabajo, será dentro de la Administración Pública donde más tardíamente vaya penetrando el fenómeno de fijación conjunta de las condiciones de trabajo entre la representación de los empleados públicos y los gestores de la propia Administración.

Ahora bien, a partir del instante en que se inicia este camino de penetración de la negociación colectiva en el seno de la Administración Pública, no es sólo una vía de no retorno, sino que se produce de forma acelerada e intensa la consolidación de la negociación colectiva en este ámbito. Distintos factores incitan a esa fuerte implantación de la negociación colectiva, entre los que podríamos citar, a título ilustrativo, el elevado número de asalariados que presta servicios para la Administración, la tendencia a la uniformidad de condiciones de trabajo del conjunto de los empleados, la progresiva pérdida de valor de los cuerpos de funcionarios como elemento de identificación de los diferentes grupos de empleados, la correlativa extensión de la afiliación sindical, la democratización del funcionamiento interno de la Administración que rompe con un rígido concepto de la unilateralidad propio de la tradicional relación entre gestores y empleados públicos, del mismo modo que se superan concepciones correspondientes a una rígida jerarquización de posiciones en el seno de la Administración Pública.

2. LA BIFURCACIÓN DE REGÍMENES JURÍDICOS

Hasta el momento presente nos hemos venido refiriendo de forma genérica e indiferenciada a la negociación colectiva que afecta al personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuando en el sistema normativo español concurren dos regímenes jurídicos claramente diferenciados, que tienen su reflejo inmediato sobre el marco institucional de la negociación colectiva. En efecto, de un lado, aparece el núcleo numérica y cualitativamente más relevante del personal regido por un sistema estatutario de función pública, sin que, de otro lado, ello provoque la desaparición sino en paralelo también la solidificación de un grupo igualmente relevante de personal que se vincula a la Administración por medio de la aplicación de la legislación laboral, en principio, a todos los efectos. El resultado de ello, es que tradicionalmente se ha efectuado un análisis por separado de las dos manifestaciones negociales: por un lado, la negociación colectiva de los funcionarios públicos y, de otro lado, la negociación colectiva del personal laboral.

Esta diferenciación de tratamiento, que duda cabe, se encuentra plenamente justificada, pues concurren elementos institucionales que marcan importantes fronteras entre una y otra.

Para empezar, la distinción encuentra sus raíces en el propio texto constitucional. Como punto de partida no enfrentamos a un modelo constitucional que marca nítidamente las fronteras entre los dos sistemas de regulación del trabajo asalariado por cuenta ajena: de un lado, con la previsión de un estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE) dirigidos a la fijación de su régimen con pautas de partida específicas; de otro lado, con el establecimiento de un estatuto de los trabajadores (art. 35.2 CE), de aplicación exclusiva a aquellos asalariados que rijan sus relaciones jurídicas por medio de una contratación laboral privada: “habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18 CE) habrá de ser la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública”¹. Naturalmente, esa dualidad de regímenes jurídicos no es puramente formal, sino que comporta diferencias sustanciales en muchos de los principios generales orientadores de su desarrollo legal, en términos tales que tiene reflejo inmediato sobre la negociación colectiva; así, por sólo citar un dato significativamente elocuente, el estatuto funcional, en aras de las garantías de actuación neutral y no discrecional de la Administración como sujeto empleador, comporta un extenso, prolijo y a veces minucioso desarrollo normativo de las condiciones de trabajo del funcionario público, lo que obviamente tiene su repercusión en un espacio de actuación real mucho más reducido a lo que se puede regular por vía de la negociación colectiva. La fuerte intervención del Parlamento en el establecimiento del estatuto jurídico de los funcionarios, introduciendo fuertes garantías de estabilidad y asegurando la actuación imparcial de la Administración, restringe significativamente la capacidad de maniobra de la negociación colectiva.

Más aún, esta dualidad de regímenes, no sólo tiene su traslación en el instante de proceder a fijar el régimen individual de la función pública, sino que igualmente tiene sus consecuencias sobre el desarrollo de las relaciones sindicales y, muy especialmente, en lo que afecta a la negociación colectiva. El diferente punto de partida en materia de negociación se expresa incluso a nivel constitucional. Por lo que se refiere a los funcionarios públicos, hay que señalar que el art. 28 CE reconoce su libertad sindical, si bien precisando que la ley deberá regular sus “peculiaridades”, lo que se ha interpretado como la posibilidad, *rectius* la necesidad de que se establezcan limitaciones y restricciones a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. El propio Tribunal Constitucional, ha excluido que del texto constitucional se reconozca directamente

¹ STC 99/1987, de 11 de junio (BOE 26 junio), fund. jco. nº 3.

su derecho a la negociación colectiva, al menos tal como éste se entiende en el estricto ámbito de la legislación laboral. Afirmará el TC que “del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva y menos todavía con efectos vinculantes, porque no existe un racional nexo causal que conduzca con exclusividad a aquellas consecuencias al no ser obligado en lógica y en derecho que de la agrupación de los funcionarios en defensa de sus intereses derive como única solución el celebrar un convenio obligatorio, haciendo perder la supremacía a la Administración con graves consecuencias”². Dicho de otro modo, el TC ha establecido el criterio de que el derecho a la negociación colectiva que aparece en el art. 37 de la Constitución se refiere exclusivamente a los asalariados con contrato de trabajo, por lo que se excluyen a los funcionarios públicos: “tampoco surge el derecho de la negociación colectiva de las condiciones de empleo, de la igualdad de tratamiento de los trabajadores y los funcionarios deducida de la Constitución... toda vez que prueba lo contrario el expresivo contenido de los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución y la propia dicción de sus artículos 35.2 y 103.3 de la Constitución, que remiten respectivamente a la Ley para la regulación, por un lado, del ‘Estatuto de los Trabajadores’ y por otro, al ‘Estatuto de los Funcionarios Públicos’, pues sin duda la Carta fundamental parte del hecho de tratarse de situaciones diversas por su contenido y ámbito diferente de función y actuación, y por eso independiza y diversifica su regulación legislativa, sometiéndolos a regulaciones diferenciadas que no parecen irrazonables”³.

Es cierto que este tipo de pronunciamientos por parte de nuestro Tribunal Constitucional se producen en un contexto que no aseguran que nuestro alto Tribunal haya expresado su última palabra, no descartándose que de futuro pueda matizar este criterio. Sin entrar en mayores pormenores, advertir que la sentencia de referencia se dicta en los primeros momentos de actuación del TC, cuando aún no había tenido la oportunidad de conformar sus bases jurisprudenciales acerca del alcance constitucional del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva; asimismo, que dicho pronunciamiento se realiza por medio de un *obiter dicta* en el contexto de una sentencia no dirigida estrictamente a analizar la negociación colectiva de los funcionarios, sino exclusivamente un aspecto muy lateral como es el de las competencias normativas en esta materia por parte de las Comunidades Autónomas; finalmente, que este pronunciamiento no se ha confirmado de manera expresa por sentencias posteriores más próximas en el tiempo.

En todo caso, lo que sí se produce a partir de ese instante, es un engarce de la negociación colectiva funcional exclusivamente a través de su regulación

² STC 57/1982, de 27 julio (BOE 18 agosto).

³ STC 57/1982, de 27 de julio (BOE 18 agosto).

por medio de una legislación ordinaria que no encuentra condicionantes constitucionales directos, a diferencia de lo que sucede con la negociación colectiva del personal sometido a legislación laboral. En definitiva, el resultado es una dualidad de regímenes jurídicos por lo que se refiere directamente a la negociación colectiva: el título tercero del Estatuto de los Trabajadores, arts. 82 a 92, para el personal laboral, y el Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 12 de abril, arts. 32 a 38, para los funcionarios públicos.

Igualmente se aprecian diferencias en el ámbito supranacional, particularmente a través de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que lógicamente tiene su repercusión a la hora de la interpretación de las instituciones nacionales. El art. 10.2 de la Constitución Española afirma que los derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados por nuestro país sobre la materia; de ahí, la importancia de que España haya ratificado los Convenios 151 y 154 de la OIT. No obstante, también sucede que los tratados internacionales firmados por España --tanto en materia de libertad sindical de los funcionarios como de fomento de la negociación colectiva-- como es sabido, son notablemente genéricos y ambiguos. Ello, le permite al Parlamento español optar, con libertad, entre un amplio abanico de posibilidades en cuanto al régimen de participación de los funcionarios en la fijación de las condiciones de trabajo. Por ejemplo, el art. 7 del Convenio nº 151 de la OIT se limita a firmar que deberán adoptarse “de ser necesario” medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones. Obsérvese, en particular, que se trata de un precepto que introduce más una recomendación que un mandato jurídico vinculante y, además, que deja abierta la posibilidad de cualquier variante de interlocución entre las partes, sin imponer como única solución posible el establecimiento de un sistema de negociación colectiva. Por lo demás, el Convenio nº 154 OIT se refiere a la negociación colectiva en general, al tiempo que precisa que “en lo que se refiere a la Administración Pública, la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación de este Convenio” (art. 1.3); con ello, una vez más, quedan autorizadas todo tipo de limitaciones o condicionantes a la participación sindical en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

En definitiva, como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, el legislador puede optar con amplitud “por diferentes medidas de muy distinto contenido, que resuelvan adecuadamente la participación de los órganos representativos

de los funcionarios en la fijación de las condiciones de empleo, como lo demuestra el derecho comparado, en que existen diversos sistemas determinados por: las negociaciones informales no previstas en la ley, que representan meros consejos sin fuerza de obligar; la presentación de sugerencias o recomendaciones; las consultas oficiales a organismos paritarios creados por la ley, que sólo asesoran o dictaminan sin vinculación alguna; o la participación en acuerdos negociados regulados por la ley, y que por regla generalizada, necesitan de una ley estatal o de una autoridad superior que apruebe el convenio, que en todo caso sufre la exclusión en mayor o menor medida en materias importantes, sustrayéndolas del ámbito de la negociación”⁴.

3. ELEMENTOS COMUNES Y TENDENCIAS HACIA LA CONVERGENCIA

A pesar de todo lo anterior, interesa resaltar especialmente los puntos de confluencia entre la negociación colectiva de los funcionarios públicos y la del personal laboral al servicio de la Administración. Y sin necesidad de forzar las cosas ni de enfocar la materia desde una perspectiva interesada, lo cierto es que, cuando se profundiza en la cuestión y se desciende al terreno de lo concreto, se advierte como el grueso de los elementos de diferenciación entre negociación funcionarial y laboral inciden más en la frontera entre el personal al servicio de la Administración Pública en su conjunto, de un lado, y los asalariados del sector privado sometidos a la legislación laboral, de otra parte. Dicho de otro modo, la mayor presencia de la negociación colectiva dentro del sector público, aunque parta de los principios generales de la negociación colectiva laboral, resulta materialmente imposible que se traduzca en una traslación mecánica y sin matices de la legislación laboral común; es justamente la intervención de la Administración, como sujeto empleador y como parte negociadora, quien impone las notables especialidades a esta negociación colectiva, debido a su condición de poder público que se encuentra sometido a las normas y principios propios del ordenamiento administrativo. Por ello, tanto los acuerdos y pactos celebrados para los funcionarios como incluso los convenios colectivos firmados para el personal laboral al servicio de la Administración, se someten a significativas especialidades, que en muchos casos derivan de imperativos constitucionales.

En definitiva, aunque se parta de un tronco normativo diferenciado, muchas de las especialidades propias de la negociación funcionarial son predicables también a la que se desarrolla en el ámbito del personal laboral de la Ad-

⁴ De nuevo, STC 57/1982, de 27 de julio (BOE 18 agosto).

ministración. Se verifica, de este modo, un proceso de convergencia de doble sentido, pero con tendencia a una confluencia común para todo el personal de la Administración. De un lado, la ya señalada por muchos tendencia a la implantación de una negociación colectiva entre los funcionarios, que se mira en el espejo de la regulación laboral, en este caso, del título tercero del Estatuto de los Trabajadores, como punto ideal de referencia, a pesar de la aceptación de la inviabilidad de la identificación plena de ambos regímenes jurídicos. De otro lado, siendo éste un dato menos advertido y sobre el que pretendemos insistir, aunque formalmente al personal laboral de la Administración se le aplica *in toto* el marco legal de la negociación colectiva propia de la legislación laboral *stricto sensu*, sin embargo, condicionantes de diverso tipo --curiosamente coincidentes con los que marcan las especialidades propias de lo funcional-- fuerzan a un progresivo distanciamiento de la negociación desarrollada en el ámbito del sector privado. En suma, se advierte un cierto proceso de “funcionarización” cuando menos en el sistema negocial del personal laboral de la Administración, en tanto que el correlativo proceso de “laboralización” de la negociación funcional a un cierto punto encuentra ciertas especialidades o peculiaridades que impiden una identificación plena con la que es propio del sector privado.

Hagamos, pues, una descripción por separado de esos procesos que marcan la convergencia para el conjunto del personal --funcional o laboral-- al servicio de la Administración pública y que, al propio tiempo, marcan los puntos de desencuentro con la negociación colectiva desarrollada entre el personal laboral del sector privado.

3.1. Principios constitucionales comunes

El texto constitucional constituye un decisivo instrumento de uniformidad de ciertos principios informadores del trabajo asalariado, con independencia de la forma jurídica que estos adopten. Tanto a los trabajadores como a los funcionarios van dirigidas las reglas recogidas en el texto constitucional de protección de derechos tales como son la libertad de elección de profesión u oficio, la promoción a través del trabajo, la percepción de una remuneración suficiente (art. 35.1 CE), la formación y la readaptación profesionales, la seguridad e higiene en el trabajo, la garantía de un descanso necesario mediante la limitación de la jornada y las vacaciones periódicas retribuidas (art. 40 CE) y, en general, el ejercicio de los derechos fundamentales en el momento del cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Pero no es sólo esto. Más relevante aún resulta el hecho de que ciertos principios constitucionales específicos del funcionariado, aparentemente referidos a la relación estatutaria de empleo público, resultan igualmente refe-

ribles como singulares del personal laboral al servicio de la Administración, por cuanto que su fundamento reside en las peculiaridades del sujeto que actúa como empleador y no en la naturaleza de la relación jurídica del empleado.

Así sucede, a título de ejemplo, con el derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos conforme a estrictos criterios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE). Ciertamente el ejemplo que hemos traído a colación puede considerarse que afecta a una cuestión relativa al régimen individual de condiciones de trabajo, pero a pesar de ello su trascendencia es indudable también sobre el régimen colectivo y, en concreto, en lo que refiere a la negociación colectiva. En efecto, para empezar, la aplicación de los principios de mérito y capacidad uniforma toda la negociación colectiva en materias clave del contenido de los convenios y acuerdos colectivos, como son los relativos a los sistemas de ingreso del personal, de movilidad funcional y modificación de condiciones de trabajo, de promoción profesional e incluso en algunos aspectos del régimen extintivo. En suma, establece unas pautas comunes en lo que refiere a la estabilidad en el empleo, de tan indudable trascendencia, que llega a tener una incidencia directa sobre la propia posición de fuerza de los representantes de las partes en las mesas negociadoras.

Del mismo modo ha de tenerse bien presente la fuerte impronta derivada del principio de igualdad en la aplicación de la ley, así como de la prohibición de todo tipo de tratamiento discriminatorio, reglas constitucionales que poseen un alcance mucho más intenso si cabe cuando el llamado a respetarlo es un poder público (art. 14 CE). Desde la perspectiva que nos interesa resaltar en estos momentos, ello puede comportar que la negociación colectiva no puede convertirse en un instrumento de fijación de condiciones de trabajo y de empleo respecto de empleados públicos que efectúan tareas similares prestando servicios para una misma Administración. Dicho de otro modo, la estructura más o menos descentralizada de la negociación colectiva en el empleo público no puede constituir justificación *per se* para el establecimiento de un diferente régimen jurídico entre unos y otros según que le sea o no de aplicación un determinado acuerdo o convenio colectivo. Ello, a la postre, implica una notable limitación en cuanto al margen de negociación por parte de la Administración Pública, pues la misma por esta vía recibe un mandato de adopción de similares actitudes y estrategias en las diversas mesas de negociación en las que se sienta.

3.2. Principio de legalidad administrativa

La Administración Pública en la relación con sus empleados se encuentra particularmente limitada por el sometimiento al principio de legalidad. Qué duda cabe que, dentro de un ordenamiento presidido por un Estado de De-

recho, todas las instituciones y entidades --públicas o privadas-- se encuentran sometidas en su actuación al imperio de la ley. Ahora bien, tradicionalmente, una de las señas de identidad del Derecho Administrativo es justamente la del establecimiento de una regulación de más estricta fijación de las reglas de actuación de los poderes públicos en todas sus facetas a las pautas dictadas por el Parlamento. Y la faceta relativa al desarrollo de las relaciones laborales, es decir, a la actuación de la Administración Pública en la posición de parte empleadora no constituye excepción alguna; el hecho de que para la ejecución de determinados servicios públicos se opte por una vinculación de la Administración a la legislación laboral y, por ende, a una rama privada del Derecho, no comporta una forma indirecta de huida o de escape a ese justificado encorsetamiento del sometimiento a la legalidad administrativa en su actuación como empleadora.

Por sólo citar un ejemplo, pero desde luego el más influyente a los efectos aquí tratados, recordar que constitucionalmente se exige que “los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal” (art. 134.2 CE). Reglas que en paralelo se incorpora a la generalidad de los Estatutos de Autonomía: “El presupuesto de la Generalitat tiene carácter anual, es único e incluye todos los gastos y todos los ingresos de la Generalitat, así como los de los organismos, instituciones y empresas que dependen de la misma. Corresponde al Gobierno elaborar y ejecutar el presupuesto, y al Parlamento, examinarlo, enmendarlo, aprobarlo y controlarlo. La ley de presupuestos no puede crear tributos, pero puede modificarlos si una ley tributaria sustantiva así lo establece” (art. 212 EAC). Y algo similar puede afirmarse respecto del pleno de los Ayuntamientos⁵. En otros términos, es el Parlamento quien asume directamente la determinación de la totalidad de los gastos de la Administración Pública, incluidos obviamente los gastos relativos a su personal; y, también de forma indubitada, esos gastos de personal afectan a todos con independencia de su régimen jurídico, tanto laboral como funcional.

De este modo, una de las materias centrales de la negociación colectiva, la relativa a toda la cuantificación económica del coste del trabajo --salarios y percepciones extrasalariales-- ha de venir predeterminada por el Parlamento, sin que el derecho --incluso constitucional-- a la negociación colectiva pueda sustraerse a este fuerte condicionante de la actuación de la Administración Pública. En suma, la Administración no es libre de negociar las condiciones económicas ni en los convenios colectivos del personal laboral ni en los pactos y acuerdos de los funcionarios públicos. De hecho, desde principios de la década de los años ochenta, las sucesivas Leyes de Presupuestos vienen estableciendo, junto a la clásica precisión de las retribuciones de los distintos cuerpos de

⁵ Cfr. Art. 22 Ley 7/1985, de 2 de abril (BOE 3 de abril), de bases de régimen local.

funcionarios públicos, los topes máximos de incrementos retributivos para el personal laboral a su servicio, incluido el correspondiente a otras Administraciones como son las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales.

Aunque sea con ocasión de analizar la limitación de la autonomía del gasto de las Comunidades Autónomas en atención a lo aprobado por las Leyes de Presupuestos, puede interpretarse que nuestro TC de forma implícita ha aceptado las correlativas limitaciones a la negociación colectiva: “no resulta injustificado que, en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público, y de prioridad de las inversiones públicas frente a los gastos consuntivos, se establezcan por el Estado topes máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos, como los que impone el apartado 3 del impugnado artículo 2º de la Ley 44/1983, respecto de la masa salarial global para el personal laboral al servicio de las Administraciones y Organismos públicos, lo que, por otra parte, no vacía, aunque condicione la autonomía de gasto de las Comunidades”⁶.

En un pronunciamiento posterior, de forma mucho más directa se efectúa la comparación con la negociación colectiva en el sector privado, marcando a estos efectos los fuertes condicionantes existentes para la actuación de la Administración en la relación con su personal, con una correcta apelación a la Ley de Presupuestos y por tanto con acertada identificación de la especialidad, como tal común a la negociación colectiva para todo el empleo público: “La extensión del citado límite retributivo al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas no vulnera el principio de igualdad ante la Ley que se reconoce en el artículo 14 CE; en relación con el 37.1 de la misma, como alega la representación del Parlamento de Cataluña, por generar un trato discriminatorio diferenciado en la negociación de las condiciones de trabajo respecto al resto de los trabajadores. En efecto, como reiteradamente ha señalado este Tribunal (AATC 815/1985, 858/1985, 731/1986), la justificación de un régimen salarial y negocial diferente entre unos y otros trabajadores radica en los evidentes rasgos diferenciadores que existen entre la Administración y una empresa pública frente a las empresas privadas, circunstancia que, en este caso, permite modular el derecho a la negociación colectiva típico de la empresa privada y someter a los trabajadores a una superior presión de los intereses públicos y de los servicios generales a que sirve la política económica, por lo que la existencia real de dicho régimen diferenciado, como consecuencia de la Ley de Presupuestos no vulnera el principio de igualdad, al recaer sobre situaciones que en sí no son idénticas”⁷.

Ciertamente existen matices relevantes a estos efectos en el régimen jurídico, entre un tipo y otro de negociación, pues el margen de maniobra de-

⁶ STC 63/1996, de 21 de mayo (BOE 17 de junio).

⁷ STC 96/1990, de 24 de mayo (BOE 20 junio), fund. jco. nº 3.

ducible del Estatuto de los Trabajadores es diverso del prefijado por el EBEP. Ahora bien, sin necesidad de entrar en la descripción y análisis pormenorizado de tales diferencias, lo decisivo a mi juicio es que por encima de tales matices se encuentra la premisa constitucional del art. 134.2 CE, que condiciona de forma conjunta y en lo sustancial con similar intensidad a ambos.

Es igualmente cierto que la reserva de Ley en materia de gastos del sector público estatal no tiene necesariamente que entenderse como proscripción de toda posibilidad de que la negociación colectiva --laboral o funcional-- en dicho sector público pueda abordar las materias retributivas y, en general, de incremento de costes. En la medida de lo posible deben buscarse fórmulas que permitan compaginar la reserva del art. 134.2 CE con el reconocimiento constitucional de un derecho como es el de la negociación colectiva. Eso sí, ciertas limitaciones han de producirse a estos efectos; y, sobre todo, lo que más me interesa resaltar en la perspectiva aquí contemplada, esas fórmulas y estas limitaciones juegan con similar intensidad para la negociación colectiva tanto para la laboral como para la funcional.

Todo ello desemboca en considerar que no caben compromisos de gastos plurianuales que se encuentren comprendidos en los acuerdos resultantes de la negociación colectiva. En definitiva, la cuantía de las retribuciones de los funcionarios es una materia reservada a la Ley de Presupuestos, de forma que el máximo compromiso que puede asumir el Gobierno es el de incorporar los incrementos pactados vía negociación colectiva al proyecto de Ley de Presupuestos, si bien la última palabra la tiene el Parlamento⁸. Se trata de una afirmación que resulta perfectamente extensible a la negociación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, de modo que los compromisos plurianuales en esta materia también están condicionados por la soberanía parlamentaria en la aprobación anual de los presupuestos.

3.3. Carácter reglado de la actuación administrativa

Otro de los parámetros básicos de la actuación de la Administración reside en que ésta cada vez más ve limitada su capacidad de intervención discrecional, por cuanto que la legislación administrativa en general y la relativa al régimen de relaciones laborales en particular tiende a someterse a principios de actuación reglada, objetiva y muy singularmente al principio de igualdad en la aplicación de la ley. Ello evidentemente tiene una repercusión directa sobre la negociación colectiva, por cuanto que restringe significativamente ciertos rasgos de flexibilidad propios de los productos negociales, comparativamente con los correspondientes textos legales. Desde este punto de vista, los conte-

⁸ STS, c-a, 21 de marzo de 2002, RJ 4318 y 4319.

nidos de los convenios y acuerdos colectivos en las Administraciones Públicas en cuanto a técnica jurídica han de reforzar significativamente su identificación con las disposiciones de carácter general propias de las normas estatales, con intenso apartamiento de la atención al caso concreto propio del instrumento contractual. La doble naturaleza normativa y contractual, consustancial a los fenómenos de negociación colectiva dentro de los modelos jurídicos de la Europa continental, se diluye de forma intensa en los productos negociales que se alcanzan en el ámbito de la Administración Pública; al extremo de quedar ceñido el aspecto contractual en lo que refiere al proceso de expresión de la voluntad de las partes y de otorgamiento de eficacia vinculante, pero sin poder traspasar el umbral de regulación en lo que refiere a los contenidos pactados.

Las construcciones precedentes no se quedan en el terreno de lo formal y de la dogmática jurídica, sino que trascienden a aspectos bien concretos y cotidianos del funcionamiento de la negociación colectiva en la Administración Pública. Así, a efectos ilustrativos, también se podrían apuntar tres consecuencias inmediatas.

En primer lugar, a mi juicio resulta difícil por no decir imposible que se desarrolle un proceso negocial en este ámbito que desemboque en lo que se conoce en el sector privado como convenio colectivo de eficacia limitada, es decir, de exclusiva aplicación a los afiliados a los sindicatos firmantes. El conocido en la jerga laboral como “convenio colectivo extraestatutario”, resulta de imposible traslación al ámbito del empleo público. Por lo que refiere a los acuerdos y pactos para los funcionarios, la cuestión es tan indubitada que el EBEP ni siquiera se molesta es precisar que los mismos gozan de eficacia “*erga omnes*”, a diferencia de lo que se ve obligada a establecer la normativa laboral para romper con la premisa civil de que los contratos obligan a las partes que los conciertan y a las que éstos representan. La igualdad de tratamiento con el que la Administración ha de regirse en el establecimiento de las condiciones de trabajo de su personal --sea laboral o funcional-- impide la celebración de acuerdos que comporten diferencias de tratamientos por razón de la afiliación sindical y, aunque con carácter general se acepte la virtualidad de la celebración de pactos extraestatutarios en el ámbito de la aplicación de la legislación laboral, ello resulta inviable por lo que refiere a la Administración; a mayor abundamiento junto al principio de igualdad, también lo impide el precedente principio de legalidad: la Administración debe intervenir en los procesos de negociación colectiva conforme al marco legalmente estipulado, sin que pueda remitirse supletoriamente a criterios ambiguos de contratación atípica conforme a la contratación civil.

Pero no es ya sólo que resulte inviable la diferenciación de tratamiento por razón de la afiliación sindical, sino que incluso el principio de igualdad, al actuar con mayor intensidad para la Administración, impide ciertas dife-

renciaciones de tratamiento, que en el ámbito del sector privado podrían estar justificadas, pero que resultan inviables en este ámbito, pues el “humus” de la prohibición de desigualdad de tratamiento injustificada se expande a esferas y territorios más amplios en esta ocasión.

En segundo lugar, esa objetividad y uniformidad de tratamiento tiene igualmente su repercusión en lo que supone fijación de condiciones particulares y diferenciadas para concretos empleados públicos. Dicho de otro modo, las tan en boga tendencias a la individualización de las relaciones laborales, encuentran aún mayores frenos en el ámbito de la actuación de la Administración Pública como sujeto empleador. Si bien es cierto que ello es materia que no refiere directamente a la negociación colectiva, el referente de contraste sí que es el contenido de los convenios, pactos y acuerdos colectivos. Sin poder extenderme en el desarrollo de todas sus consecuencias, baste con apuntar los efectos que ello tiene sobre las relaciones entre acuerdo colectivo y pacto individual. Mientras que con carácter general y por lo que se refiere a las condiciones de trabajo de carácter cuantitativo estipuladas en los convenios colectivos, la premisa de partida es que éstas constituyen mínimos de derecho necesario, en sede teórica siempre alterables en orden a su incremento por vía de pacto individual, las tornas se han de cambiar en el análisis de la negociación colectiva en la Administración: ésta debe contemplarse como el referente uniforme para todo el personal incluido dentro de su ámbito de aplicación, sólo siendo posible de forma expresa y objetivamente justificada un tratamiento de favor para concretos empleados públicos por vía de pacto individual, o bien de decisión unilateral de la Administración Pública como parte empleadora.

En tercer lugar, el carácter reglado y objetivo de la actuación administrativa provoca una mayor extensión material y de detalle de la normativa estatal. Ello supone que la normativa estatal abarca espacios normativos de mayor significación, lo que de forma refleja provoca un menor campo de actuación real para la negociación colectiva. La mayor minuciosidad de la legislación funcional --que contrasta comparativamente con la tendencia al repliegue de la legislación estatal laboral-- también afecta al personal laboral al servicio de la Administración, por lo que éste también ve limitados ciertos contenidos típicos de la negociación colectiva laboral.

3.4. La uniformidad de condiciones en la organización del trabajo

El amplio desarrollo del modelo de Estado Social intervencionista sobre las diversas esferas de la sociedad conduce a una alteración sustancial de las dimensiones y actividades propias de la Administración Pública. Ello no comporta exclusivamente una alteración en lo cuantitativo, con un incremento inusitado del personal al servicio de la Administración Pública, sino además

correlativamente una transformación cualitativa, pues se trata de un empleo que abarca las más diversas facetas de las actividades profesionales, donde resulta obligado introducir criterios modernos de gestión de personal. De un lado, la expansión del empleo público lleva a que un número considerable de este personal no ejercite directamente ninguna potestad de soberanía estatal, ni adopte decisiones que afecten al ejercicio de facultades administrativas, por lo que ciertos parámetros de organización del trabajo tradicionalmente excluidos de la gestión del aparato administrativo, más propios del sector privado, comienzan a penetrar en el ámbito de la Administración.

En particular, el incremento numérico y su tendencial identificación con cualquier otra organización o entidad que da empleo en el sector de servicios privado, conduce a necesarias prácticas de estructuración unitaria de las condiciones de trabajo en el seno de la Administración Pública. Desde el instante en que la Administración ha hecho un uso indiferenciado de la vinculación con su personal bien a través de un régimen estatutario o bien contractual privado, la coincidencia funcional, física y temporal, de empleados con los dos regímenes jurídicos, desemboca en la aplicación en la práctica de condiciones de trabajo asimiladas.

De este modo, la regulación de ciertas instituciones, aunque legalmente no fuera forzoso que se unificarán, de hecho así se produce por la vía de la negociación colectiva.

Así, por ejemplo, aunque la normativa estatal no establece criterios directos acerca de la estructura de la clasificación profesional del personal laboral, es bastante habitual que los grupos profesionales de los convenios colectivos para el personal laboral de la Administración Pública, tomen como referencia, cuando no trasladan mecánicamente el sistema de cuatro grupos de clasificación profesional –A1, A2 B, C1 y C2-- propios de la función pública, que a su vez parten de las titulaciones académicas oficiales (art. 76 EBEP).

De igual forma ocurre con otras condiciones de trabajo en las que su régimen de funcionamiento depende primordialmente de la ubicación física del empleado o del sistema global de estructuración del trabajo, con muy reducida influencia del tipo de actividad ejercitada y mucho menos con el régimen jurídico estatutario o laboral de aplicación: jornada y horario de trabajo, permisos, vacaciones anuales, etc.

3.5. Los procesos de ósmosis institucional

Los fenómenos precedentes vienen acompañados de una política legislativa, tanto normas de parlamento como disposiciones reglamentarias, que comportan lo que se ha denominado un proceso de ósmosis institucional; es decir, una mutua influencia, a modo de vasos parcialmente comunicantes, de modo que se verifica una cierta “laboralización” de los funcionarios públicos,

al mismo tiempo que se produce una cierta “funcionarización” del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Ello llega a materializarse a través de varias técnicas normativas, básicamente de cuatro tipos: primera, la aprobación de normas diferenciadas para uno y otro tipo de personal, pero con redacciones materialmente idénticas o muy similares; segunda, la regulación en paralelo por parte de una misma norma, de forma que ésta procede a reformar con contenido similar, cuando no idéntico, tanto la legislación laboral como la relativa al régimen de los funcionarios públicos, al objeto de ofrecer un tratamiento parejo dentro del empleo público; tercera, con la aprobación de una normativa directamente dirigida a regular el régimen del funcionariado público, pero con la declaración expresa de que dicha normativa tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación; cuarta, la aprobación de una normativa de directa y expresa aplicación a ambos colectivos. Sea por el camino que sea, este proceso de ósmosis se viene apreciando desde el tiempo suficiente y con una constancia como para permitir afirmar ya que se trata de una tendencia estructural de nuestro sistema público de relaciones laborales y no meramente transitorio o coyuntural.

Ciertamente el fenómeno de asimilación de condiciones de trabajo disfrutadas por trabajadores y funcionarios que estamos describiendo ahora se verifica en el ámbito de la normativa estatal, pero lógicamente ello tiene su obligada repercusión después en los procesos de negociación colectiva en el seno de la Administración Pública. A pesar de que estos procesos se desarrollen por separado y conforme a un marco de regulación distante, el contenido referencial de las materias a negociar y el espacio negocial dejado se asimila notablemente.

3.6. Las prácticas de negociación unitaria

En muy diversos ámbitos, aunque con particular extensión entre las Corporaciones locales debido a sus menores dimensiones y al mayor peso numérico comparativo del personal laboral, se han extendido ciertas prácticas de desarrollar procesos de negociación colectiva conjunta para ambos regímenes jurídicos. Se constituyen a estos efectos foros de negociación unitaria, donde, con representaciones colectivas múltiples, se acuerdan a un mismo tiempo y con carácter uniforme las condiciones de trabajo tanto de los funcionarios públicos como del personal laboral. Este tipo de negociaciones se llevan a cabo y manifiestan a través de muy diversas fórmulas, en algunos casos incluso reflejando los compromisos asumidos en un mismo documento, que se pretende de aplicación conjunta a ambos grupos.

Inicialmente estas prácticas resultaban ajenas por completo al marco normativo diseñado por el legislador, que no solamente no las contemplaba, sino que expresamente deseaba que la negociación colectiva de unos y otros se

desarrollase por vías claramente diferenciadas, comenzando por la fijación de un régimen jurídico plenamente separado.

Eso sí, con el paso del tiempo el propio legislador ha incorporado esta práctica tan extendida, admitiéndola ya como una realidad en términos jurídico formales a todos los efectos, a pesar de que ello lo efectúe con las debidas cautelas (arts. 36.3 y 38.8 EBEP). En todo caso, lo relevante es que las experiencias de negociación conjunta acentúan aún más los procesos de convergencia de la negociación colectiva funcionarial y laboral.

3.7. La centralización de decisiones

Debido al sistema legal de conformación del aparato administrativo, y con independencia de la pluralidad de Administraciones Públicas existentes en nuestro país, cada una de ellas se encuentra fuertemente centralizadas. De este modo, al menos por lo que se refiere al funcionamiento de las relaciones laborales en su seno, las decisiones en materia de personal en la Administración tienden a adoptarse en la cúspide de la organización.

A los efectos que estamos tratando aquí, esta centralización, no solamente incide una vez más en la uniformación de los contenidos, sino que ahora muy particularmente actúa sobre la estructura de la propia negociación colectiva. Dicho sin mayores matizaciones, repercute en una notable centralización también de la negociación colectiva. Centralización que se verifica para con los dos regímenes jurídicos, funcionarial y laboral.

En el caso de la negociación funcionarial esa centralización viene impuesta por la Ley que establece ciertas “unidades apropiadas de negociación”; unidades apropiadas en las que lo más destacado es esa constitución de una Mesa General que agrupa a todos los funcionarios y a la que se le atribuye una capacidad de negociación para el conjunto de las materias, quedando las mesas sectoriales como unidades marginales en cuanto su competencia se extiende “a los temas que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General respectiva o a las que éste expresamente les reenvíe o delegue” (art. 34 EBEP). Dicho en clave de concurrencia convencional, los acuerdos o pactos alcanzados por la Mesa General son de preferente aplicación a los de las mesas sectoriales e incluso ciegan la posibilidad de negociación sucesiva o complementaria en esos niveles inferiores. En definitiva, el modelo legal refuerza la natural tendencia a la centralización de la negociación colectiva funcionarial.

Desde el punto de vista jurídico-positivo el panorama resulta sustancialmente diverso en la negociación laboral, pero los resultados materiales se puede constatar que no difieren apenas en la práctica. Ciertamente, el Estatuto de los Trabajadores no contempla sistema alguno de unidades apropiadas de negociación, partiendo del principio de que son los propios negociadores

quienes optan libremente por el ámbito de negociación que consideren más adecuado: “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden” (art. 83.1 ET). A pesar de ello, su traslación al ámbito de la Administración Pública da lugar a una estructura marcadamente centralizada y a estos efectos tendencialmente coincidentes con las mesas de negociación que se establecen formalmente en el ámbito de la negociación funcionarial. A estos efectos prima el núcleo de decisión de parte del empleador, de forma que el sindicato al tener que adaptarse a la regla de oro de ir a la búsqueda del interlocutor legítimo, acepta la conformación de esa estructura centralizada de la negociación colectiva; lo que, a la postre, constituye, un factor más de convergencia con la negociación funcionarial, a pesar de que no exista condicionante legal que lo imponga.

3.8. La tendencia a la sindicalización unitaria

Es de todos conocido que en nuestro país, frente a una relativa pérdida de fuerza de afiliación sindical en el sector privado --particularmente entre las empresas de pequeñas dimensiones-- dentro del sector público pervive cuando no se incrementa la penetración de las organizaciones sindicales. Además, los sindicatos más representativos que se consolidan pretenden extender su influencia tanto entre el personal laboral como el funcionarial, desplegando políticas negociales similares a estos efectos. De un lado, se afianza la presencia en la Administración Pública de las grandes confederaciones sindicales provenientes del sector privado --en concreto, UGT y CCOO--, que por razones ideológicas o de planteamientos generales diseñan unas estrategias de cierta uniformidad en la exigencias planteadas en las correspondientes mesas negociadoras, laborales y funcionariales. De otro lado, fenómeno posiblemente más llamativo y novedoso, la confederación sindical que surge para actuar exclusivamente en el ámbito de la Administración, en concreto CSI-CSIF, que en sus inicios pretende aglutinar sólo a los funcionarios públicos, en tiempos recientes decide extender su representación también al personal laboral, presentar candidaturas propias a los comités de empresa de éstos y, en definitiva, poder participar también en las mesas de negociación de los convenios colectivos sometidos al Estatuto de los Trabajadores.

Paralelo a ello, la fuerte sindicalización de las Administraciones Públicas produce un efecto paradójico en el desarrollo de la negociación colectiva. En efecto, se trata de un sindicalismo relativamente fuerte, pero que se enfrenta a una fuerte limitación en lo que puede negociar, principalmente derivado de los condicionantes ya descritos en materia económica y de gasto del sector público. En razón a ello, las mesas negociadoras se ven constreñidas a centrar su atención en otras materias, no afectadas tan directamente por el factor del

incremento de costos directos. Al final, como resultado de esa mayor presión en estas materias, vía negociación colectiva se aprecia una intensificación en estos aspectos institucionales de la “funcionarización” de los laborales; valga la reiteración, otro elemento más de convergencia.

3.9. La limitación de los procedimientos de resolución de conflictos colectivos

Sin descartar que los procedimientos extrajudiciales dirigidos a superar las coyunturas de *impasse* negocial también se pueden experimentar en el sector público, su desarrollo último se encuentra más limitado, al menos por lo que refiere a la fórmula más intensa del arbitraje.

Siempre ha estado latente el obstáculo de la posición de supremacía propia de la Administración Pública y, sobre todo, su acentuado sometimiento al principio de legalidad, que le dificulta actuar en términos de remisión o delegación en un tercero de la decisión última que sólo a ella le corresponde adoptar. Ciertamente, esta visión tradicional de la actuación de la Administración se va superando progresivamente, de forma que en el propio ordenamiento administrativo se van introduciendo fórmulas de composición con intervención de terceros. Tal como se ha indicado, la presencia efectiva de figuras como la terminación convencional y los medios consensuales como la conciliación, la mediación y el arbitraje en sede administrativa, imponen una actualización de los principios generales que informan el procedimiento administrativo. En la materia que estamos tratando aquí, y por lo que se refiere a la negociación de los funcionarios públicos baste con remitirse a los preceptos que directamente estipulan procedimientos de mediación y de arbitraje de esta naturaleza (art. 45 EBEP).

En cuanto a la legislación laboral, inicialmente los procedimientos estipulados legalmente de solución de los conflictos colectivos se aplican indistintamente al personal laboral de la Administración Pública. Sin embargo, en este caso nos enfrentamos al dato de que desde el punto de vista subjetivo algunos acuerdos interprofesionales venían excluyendo de su ámbito de aplicación, a los conflictos colectivos laborales en los que sea parte una Administración Pública en su condición de empleadora; y algunos de ellos lo mantienen en esos mismos términos. La cuestión ahora reside en que, insistiendo en esa voluntad legal de aplicación subjetiva universal de los procedimientos de solución de conflictos, es criterio igualmente del Estatuto de los Trabajadores que se canalicen también a través de mecanismos de mediación y arbitraje los conflictos colectivos que pudieran surgir en este ámbito singular del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Al tratarse de relaciones laborales incluidas dentro del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, igualmente les resultan de aplicación los preceptos relativos a estos proce-

dimientos y, por ende, la necesidad de que existan vías de desarrollo de los mismos para este personal laboral de las Administraciones Públicas.

Dos apreciaciones de partida han de efectuarse al respecto, de signo diverso.

De un lado, los sujetos firmantes de estos acuerdos, particularmente en representación de la parte empresarial, no suelen incluir materialmente a las Administraciones Públicas, en la medida en que CEOE y CEPYME, ni sus organizaciones territoriales inferiores federadas o confederadas a las mismas, no las representan; a pesar de que en su seno se encuentren incorporadas determinadas y relevantes empresas públicas. Incluso ha de advertirse que, a tenor de la eficacia general del Acuerdo, en el mismo se pueden incluir las empresas públicas de la Administración General del Estado, aunque las organizaciones empresariales no las integren formalmente en su seno. En todo caso, como hemos indicado, hasta el presente ha sido voluntad expresa de algunos acuerdos excluir en todo caso al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Por ejemplo, eso era lo que figuraba hasta el presente en el ASEC⁹. Tratándose de un criterio objetivo, fundado en razones explicables y en modo alguno discriminatorio, nada cabría objetar hasta el presente a la opción adoptada a este respecto por el ASEC. Recuérdese a tal efecto que, conforme al propio designio legal, “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden” (art. 83.1 ET). Eso sí, eso entra en colisión en paralelo con la voluntad legal de que los acuerdos interprofesionales sean de aplicación, no sólo “directa”, sino también “general”, al objeto de garantizar el referido principio de universalidad subjetiva.

Frente a ello, ha de tomarse en consideración que algunos acuerdos interprofesionales autonómicos, llegan a incorporar dentro de su ámbito de aplicación al personal al servicio de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que se establezcan algunas especialidades al respecto¹⁰. Otros, lo que hacen es simplemente instar a la Administración autonómica a los efectos de que proceda a incorporarse a los procedimientos pactados en el sector privado, con vistas a extenderlos al ámbito del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, con una redacción que parece pretender incluir también a

⁹ “Se excluyen del presente Acuerdo... los conflictos en que sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos autónomos dependientes de los mismos, a que se refiere el artículo 69 de la Ley de Procedimiento Laboral” (art. 1.2 ASEC). La mención al último de los preceptos ha de entenderse referida a partir de ahora al art. 69 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE 11 de octubre), reguladora de la jurisdicción social.

¹⁰ Por todos, Acuerdo Interprofesional para la constitución del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, de 8 de abril de 1996 (BOJA de 23 de abril) y Acuerdo de 4 de marzo de 2005 (BOJA 8 de abril).

los conflictos relativos al personal laboral al servicio de las entidades locales¹¹. Con ello lo que queremos resaltar es que, tanto anteriormente como en el momento presente, resulta lícito que los mencionados Acuerdos puedan optar por la solución alternativa de incluir en su seno al personal laboral al servicio de la Administración Pública. Dicho de otro modo, no existe objeción de esencia que impida a los negociadores incluir dentro de su ámbito aplicativo a este personal laboral. Desde luego, lo debe hacer con cierto tipo de reglas propias, siendo al menos aconsejable que si se opta por ello se prevea un sistema en parte diferenciado de nombramiento de mediadores y árbitros.

En todo caso, el interrogante principal a formular en este momento es el de la situación en la que quedaría este personal laboral, respecto de sus conflictos colectivos, cuando a partir de ahora el Estatuto de los Trabajadores contempla como obligatorio acudir a los mismos en determinados supuestos (bloques negociales y desacuerdos en los procedimientos de inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo), sin que los mismos puedan acudir a la utilización de las vías contempladas en el correspondiente acuerdo interprofesional.

La fórmula por la que se opte finalmente puede ser variada, lo que requiere cierta maduración de criterios, si bien la decisión principal se debe desarrollar en el seno de las relaciones laborales entre sindicatos y la Administración Pública. Sin entrar en mayores detalles, dos opciones básicas cabrían al respecto. La primera opción a barajar sería, en la senda de lo hecho ya por algunas Comunidades Autónomas, proceder a incorporar al ámbito del resto de los acuerdos también al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. La segunda de las opciones consistiría en que se diseñase un procedimiento de resolución de los conflictos colectivos común para el conjunto de los empleados públicos, que incorporase al unísono al personal laboral y a los funcionarios públicos; alternativa esta otra que debería, por propia singularidad de régimen jurídico, articularse en paralelo, pero también extramuros, de los acuerdos interprofesionales para el sector privado. Por propia naturaleza --subjética de destinatarios, de legitimidad representativa de los negociadores, así como objetiva de la normativa aplicable a los correspondientes conflictos-- los acuerdos interprofesionales no pueden incorporar las discrepancias que se puedan producir entre los funcionarios públicos y la Administración

¹¹ “Instar al Govern de la Generalitat de Catalunya l’extensió de la inclusió de la clàusula de submissió als procediments del Tribunal Laboral de Catalunya als Convenis Col·lectius del personal laboral de les administracions públiques a Catalunya” (cláusula 6 del título II del Acuerdo interprofesional de Cataluña 2011-2014, <http://www.tribulab.cat/aic-2011-2014/>).

como parte empleadora¹². Como es fácil intuir, la decantación por una u otra de las opciones se sitúa en el terreno estricto de la Administración Pública, de modo que, hasta tanto que ésta, junto con las organizaciones sindicales más representativas en este ámbito, no se decanten por una u otra alternativa, no es concebible que la reforma de los acuerdos interprofesionales pueda intervenir al respecto con una fórmula de carácter definitivo y, sobre todo, imperativo.

A nuestro juicio, el momento y las previsiones de evolución de esta materia, hacen concebir que la expansión de los procedimientos de resolución de los conflictos profesionales en general de todo el conjunto del empleo público va a discurrir por canales diversos, alternativos, pero no incompatibles con los creados en torno a los acuerdos interprofesionales del sector privado. Como ya apuntamos previamente, resulta bastante previsible vislumbrar que en el inmediato futuro van a implantarse también procedimientos de mediación y arbitraje en la solución de los conflictos laborales de los funcionarios públicos. Y, por añadidura, ello parece oportuno que se produzca a través de mecanismos unitarios para todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas, con independencia de que los mismos tengan la condición de laborales o de funcionarios. En muchas vertientes los asuntos laborales que les afectan son similares, los conflictos tienden a converger entre personal laboral y funcionario, se tiende a homogeneizar también su régimen jurídico por vía de ósmosis y de equiparación, incluso se comienzan a reconocer en la propia legislación positiva los acuerdos mixtos para funcionarios y laborales. Esta es la propia lógica en la que se desenvuelve el Estatuto Básico del Empleado Público.

En ese nuevo escenario, la nueva regulación tiende a establecer un régimen unitario de todos los empleados públicos, en el que cada vez son menores las diferencias entre personal laboral y funcionario, incluso con mayor proximidad entre estos dos colectivos comparativamente a la que se percibe entre personal laboral al servicio de las Administraciones y contratados laborales del sector privado. Como consecuencia de ello, para muchos conflictos colectivos es previsible una articulación común de ambos: laborales y funcionarios. De este modo, parece que el panorama a dibujar de futuro es el de conformar un Sistema conjunto para todo los empleados públicos, de modo que no se produzca una división en cierto modo artificial de remitir los conflictos del personal laboral a los acuerdos interprofesionales y los de los funcionarios públicos a los que se creen en su específico marco.

En todo caso, también es previsible que esa fórmula de futuro se dilate en exceso, de modo que durante un tiempo prolongado se produzca un vacío

¹² Sobre la materia, con carácter general, La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública, en AA. VV., Mediación para la resolución de conflictos de personal en las Administraciones Públicas (E. Gamero Casado y M. Rodríguez-Piñero Royo coords.), Sevilla 2006, pgs. 25 ss.

de cobertura, sin que se pudiera dar cumplimiento a la exigencia legal de que el personal laboral encuentre una vía de resolución de sus conflictos a través de la mediación y el arbitraje. Para dar respuesta a este panorama bastante probable, cabría pensar en una fórmula provisional hasta tanto se aborda una respuesta más definitiva. En concreto, cabría reflexionar en torno a la posibilidad de abrir paso para este concreto ámbito a la admisión de que sindicatos y Administración en sus respectivos convenios colectivos opten por adherirse al correspondiente acuerdo interprofesional o efectúen acuerdos de gestión de los conflictos por parte del correspondiente servicio o fundación. En otros términos, se podría permitir que para este concreto ámbito con carácter temporal se puedan producir mecanismos específicos de incorporación indirecta. Con ello se podría garantizar que no haya riesgos de ausencia de procedimientos de mediación y arbitraje para este ámbito, pero al propio tiempo siendo respetuosos con la necesaria libertad y autonomía de diseño para Administración y sindicatos del sector.

A estos efectos, merece la pena mencionar la solución adoptada por el ASAC, que a mi juicio ofrece una solución de cierto equilibrio y se sitúa en el ámbito de lo sugerido previamente. En concreto, dicho acuerdo, de un lado, mantiene la exclusión de los conflictos relativos al personal laboral de las Administraciones Públicas, a la vista de insuficiencia representativa de CEOE y CEPYME en los términos antes referidos¹³. Sin embargo, complementariamente a esta exclusión de arranque, se abre la posibilidad de que los conflictos del conjunto de los empleados públicos (laborales y funcionariales) también se incorporen al SIMA por una vía posterior de acuerdo ampliatorio, previo concierto con la Administración Pública: “En el seno de la Comisión de Seguimiento del presente Acuerdo se analizará y acordará en su caso, la incorporación al mismo de...b) Los conflictos colectivos entre los empleados públicos y la Administración General del Estado y los organismos públicos, Agencias y demás entidades de derecho público de ella dependientes o vinculadas para los que prestan sus servicios, siempre que así lo establezcan mediante acuerdo de adhesión expresa, adoptado en aplicación del artículo 45 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público y su legislación de desarrollo. Asimismo, y con los mismos requisitos, los conflictos colectivos del personal laboral de la Administración General del Estado sometidos al ordenamiento laboral. Los conciertos que pudieran formularse entre los colectivos afectados y el SIMA serán formulados por escrito y suscritos por quienes representen en

¹³ “Se excluyen del presente Acuerdo...2. Los conflictos en que sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos a los que se refiere el artículo 69 de la Ley de la Jurisdicción Social, sin perjuicio de lo establecido en la letra b) de la disposición adicional tercera del presente Acuerdo”.

cada caso a las Organizaciones representativas. Su realización por los servicios de la Fundación SIMA no devengará lucro alguno”¹⁴. En esta tesis, lo que se proyecta es dejar el asunto a la decisión de la Administración Pública, quien podrá optar entre crear su propio sistema de resolución de conflictos o bien canalizarlos por la vía del SIMA a través de la celebración del correspondiente concierto con la Comisión de seguimiento de ASAC. Si alguna crítica merece la fórmula del ASAC es que establece una especie de capacidad de rechazo por parte de la comisión de seguimiento a una posible propuesta de concierto formulada por la Administración: mientras que resulta razonable dejar a la Administración libertad de decisión en torno a su incorporación o no al sistema, más discutible es que se permita un rechazo por parte del Sistema.

4. CRISIS ECONÓMICA, MEDIDAS DE REFORMA LABORAL Y DE REDUCCIÓN DEL GASTO PÚBLICO

Es en el anterior contexto en el que se presenta la profunda y prolongada crisis económica que vivimos y que provoca la adopción de medidas reformativas en muy diversos ámbitos, unas de carácter más estructural mientras que otras presentan un cariz más coyuntural. Entre esas medidas reformativas han venido siendo recurrentes las que se han centrado en el ámbito de las relaciones laborales, con particular incidencia sobre las políticas de rentas. Ante un escenario que limita notablemente el margen de actuación de las políticas económicas nacionales, derivadas de nuestra integración en la Unión monetaria europea, la presión se concentra esencialmente en las políticas laborales y sociales, con vistas a provocar un efecto de devaluación interna vía reducción de salarios y de contención de la deuda pública vía reducción de los gastos en políticas públicas sociales.

Se adoptan medidas de reforma laboral dirigidas esencialmente al incremento de la flexibilidad laboral en muy diversas vertientes institucionales, si bien todas ellas convergen en ese objetivo inmediato de contención primero y de reducción después de los niveles salariales. Ello, que se orienta esencialmente a actuar sobre el sector privado de la economía, se desarrolla en paralelo o precedido por una correlativa actuación sobre el sector público, esencialmente sobre el gasto de las Administraciones Públicas con vistas a lograr un cierto equilibrio de las cuentas públicas, que se concreta ante todo en una congelación, cuando no directa reducción, de los gastos relativos al capítulo I de los presupuestos públicos correspondientes a los gastos de personal de las diversas Administraciones Públicas; medidas éstas que se concretan tanto en

¹⁴ Disp. adic. 3ª ASAC.

la reducción de las dimensiones totales de los empleados públicos al servicio del conjunto de las Administraciones Públicas, como a la también reducción de las retribuciones de tales empleados públicos. Puede afirmarse que uno y otro frente de actuación comporta la adopción de medidas a través de técnicas jurídicas bien diferenciadas, si bien unas y otras presentan un hilo conductor común, en la medida que pretenden objetivos similares: unas en el ámbito de la recuperación de la competitividad de la economía nacional, mientras que otras en el terreno del reequilibrio del déficit público; ambas como mecanismo pretendido de recuperación de la senda del crecimiento económico en el conjunto del sistema productivo.

El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas constituye a estos efectos el segmento de la población asalariada destinatario doble de este tipo de políticas reformadoras: por su condición de trabajadores regidos por contratos de trabajo se presentan como sujetos destinatarios de las reformas de la legislación laboral adoptadas a lo largo de este período; y, al propio tiempo, por su condición de empleados públicos al servicio de la Administración Pública, son trabajadores afectados por las medidas de contención y reducción de los gastos de personal de los presupuestos de tales entidades públicas.

Eso sí, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas aunque entre dentro del ámbito de aplicación formal tanto de las medidas estructurales de reforma laboral como de las actuaciones en el ámbito de la reducción del gasto público, en la práctica, por razones de configuración y de técnica jurídica, el impacto práctico resulta muy desigual de unas y otras medidas. Dicho de forma concreta, mientras que, cuando menos hasta el momento presente, se aprecia una débil eficacia de las medidas de reforma laboral sobre el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, efectos inmediatos se perciben a resultas de las medidas específicas adoptadas para el conjunto de los empleados público en el marco de la reducción de los gastos de personal contemplados en los correspondientes presupuestos públicos. O, si se quiere dicho de otro modo, en tanto que las medidas de reforma introducidas en el ámbito de la legislación laboral no resultan idóneas para su traslación al específico ámbito del sector público, se procede a adoptar medidas específicas y diferenciadas para el conjunto del empleo público. En estos términos, más allá de lo que se pueda presentar desde la perspectiva de la legalidad formal, el resultado práctico es una vez más que se aprecia un proceso de divergencia entre población ocupada en el sector privado y en el sector público en cuanto a las técnicas o instituciones jurídicas empleadas en estos procesos de reformas estructurales, más allá de que las consecuencias u objetivos buscados puedan confluír; al propio tiempo que se constata que las técnicas jurídicas empleadas para actuar sobre el funcionariado público tienden a extenderse también al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

Veámoslos a partir de ahora en lo concreto y en la doble perspectiva; es decir, tanto en lo que supone de inadecuación de las medidas de reforma de la legislación laboral para su aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, como a la convergencia de las medidas adoptadas para funcionarios públicos y personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Eso sí, tal descripción y análisis lo centramos en lo que es el objeto estricto del presente estudio, es decir, su incidencia sobre la negociación colectiva, sin ofrecer el panorama más completo que implicaría sobre todo analizar las medidas acometidas en relación con los procesos de reestructuración laboral, particularmente de las suspensiones y los despidos colectivos.

5. LA INADECUACIÓN PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LAS VÍAS GENERALES DE REFORMA LABORAL

Muchas y variadas son las medidas adoptadas en materia de modificación de la negociación colectiva en las reformas laborales acometidas en el actual contexto de crisis económica, lo que impide su contemplación íntegra en estos momentos. Sin embargo, por su trascendencia estimamos que cuatro de ellas son las más relevantes y en ellas nos vamos a centrar para contrastar la hipótesis conclusiva formulada en el apartado precedente: la preferencia aplicativa absoluta de los convenios colectivos de empresa frente a los sectoriales, el reforzamiento de los mecanismos de descuelgue de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos, la ampliación de la esfera de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo, así como la pérdida de vigencia del convenio colectivo a resultas de la reducción del alcance de la ultraactividad de los convenios colectivos.

5.1. La preferencia aplicativa absoluta del convenio colectivo de empresa

La incorporación entre los criterios resolutorios de las situaciones de concurrencia entre convenios colectivos de la regla que otorga preferencia aplicativa cuasi-absoluta al convenio de empresa frente a los sectoriales (art. 84.2 ET), se presenta en una perspectiva estructural o en el largo plazo esencialmente como un mecanismo de aproximación de las condiciones de empleo y de trabajo a las peculiaridades de cada empresa y, sobre todo, como mecanismo para reforzar la correspondencia entre condiciones de trabajo y condiciones de productividad y competitividad de cada una de las empresas. Pero sobre todo se presenta como una fórmula que en lo coyuntural y en el corto plazo pretende propiciar una reducción de los costes laborales empresariales por la vía facilitar una negociación empresarial a la baja respecto de las condiciones que pueden estar fijadas en la negociación sectorial.

Ahora bien, si centramos exclusivamente la mirada en el impacto que puede tener dicha medida sobre la negociación colectiva que se desarrolla en el sector público y, especialmente, en el ámbito del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, cabe presumir que el impacto de dicha preferencia aplicativa del convenio de empresa frente al sectorial puede ser de tono menor, cuando no prácticamente inocua. Y ello sobre la base de las siguientes circunstancias.

Primera de ellas que, a resultas de las dimensiones de las Administraciones Públicas y de la singularidad del sujeto negociador de parte del empleador, el referente principal cuando no exclusivo en este ámbito es el convenio de ámbito empresarial, sin que se puede hablar propiamente de la presencia de convenios sectoriales; a lo más, se puede identificar un fenómeno de negociación pluriempresarial, dirigido a una variedad de personas jurídicas públicas o grupos empresariales públicas, pero que formal y materialmente no llegan a tener la condición de negociación sectorial. Por tanto, al no existir en este terreno la dualidad negociación empresarial versus sectorial, no se presentan escenarios de concurrencia convencional que puedan desencadenar la actuación de la regla de la preferencia aplicativa de un convenio respecto del otro.

En segundo lugar, en alguna hipótesis singular, como hemos indicado, en la que podría presentarse una situación de concurrencia entre convenios uniempresariales y convenios para grupos de empresa o para una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas, la reforma legislativa no contempla regla aplicativa de unos tipos de convenios colectivos frente a los otros, por cuanto que a todos ellos los cataloga como de idéntico nivel y, por ende, le otorga idéntica posición aplicativa los unos respecto de los otros (art. 84.2 in fine ET). A estos efectos, el legislador no orienta en modo alguno la estructura de la negociación colectiva, manteniendo a estos efectos la regla clásica y más neutra de la prohibición de afectación de un convenio colectivo durante su vigencia por convenio de ámbito diferente (art. 84.1 ET), con la salvedad de lo que los interlocutores sociales puedan decidir establecer al respecto (art. 83.2 ET).

En tercer lugar, por cuanto que las superiores dimensiones de las diferentes Administraciones Públicas, salvo los casos muy específicos de las entidades locales de pequeño tamaño, unido a la ya vista superior centralización en la adopción de las decisiones en materia de gestión de personal en el ámbito de las Administraciones Públicas, desemboca en que el convenio colectivo empresarial no llegue a poder desplegar ese papel concebido para el convenio empresarial en el sector público de erosión de las superiores condiciones de trabajo fijadas a niveles superiores; más aún cuando, como ya hemos indicado, rara vez existe ese nivel superior de referencia en este ámbito.

5.2. El descuelgue de condiciones pactadas

El segundo instrumento ideado para la adaptación de las condiciones de trabajo a las específicas condiciones económicas y de competitividad de las empresas es, como resulta bien conocido, el mecanismo del descuelgue de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, comenzando por la posibilidad de inaplicación del convenio colectivo de referencia para ese ámbito de aplicación (art. 82.3 ET).

Tampoco aquí parece tener juego práctico la figura para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, por las siguientes razones.

Primero, porque de nuevo el supuesto por excelencia del descuelgue se verifica cuando nos encontramos ante un escenario de convenio colectivo sectorial respecto del cual pretende descolgarse una específica empresa que se enfrenta a una coyuntura particular de dificultad económica, técnica, organizativa o productiva. En la medida en que de nuevo, nos movemos en un ámbito donde prácticamente no existen convenios sectoriales, la institución carece en las más de las ocasiones de funcionalidad práctica. Es cierto que, conforme a la nueva regulación, la Ley también contempla la hipótesis del denominado “autodescuelgue”, pero ello no comporta gran novedad cuando la renegociación del convenio vigente siempre ha estado abierta en nuestro sistema negocial, incluso ante tempus, por mucho que no existiera el deber de negociar. Eso sí, incluso para los supuestos en los que se mantuviese un residuo de aplicación del mecanismo del descuelgue para el personal laboral, éste tampoco llega a desplegar virtualidad práctica por las sucesivas circunstancias que pasamos a describir igualmente.

Segundo por cuanto que la definición de causas justificativas, más allá de la formalidad legal, pone de manifiesto que aquéllas se conciben y están previstas para ser aplicadas al sector privado de las relaciones laborales, con difícil adaptación al ámbito de la Administración Pública. En efecto, apenas que se lea la definición legal inmediatamente se aprecia cómo las mismas tienen su lógica aplicativa en entidades que se desenvuelven en el ámbito de la concurrencia mercantil y especialmente respecto de entidades orientadas hacia el lucro económico. Nada de ello, como fácilmente se puede apreciar, concurre en el caso bien singular del funcionamiento de las Administraciones Públicas, por mucho que su actuación se encuentre presidida por principios que le exigen actuar conforme a criterios de eficiencia económica y de austeridad en el gasto. Especialmente significativo resulta el hecho de que el legislador haya procedido a efectuar una adaptación de la definición normativa de las causas justificativas de los despidos colectivos al ámbito de las Administraciones y entidades públicas (disp. adic. 20ª ET), pero que, sin embargo, no haya efectuado una operación en paralelo respecto del procedimiento de descuelgue de condicio-

nes pactadas en convenio colectivo. Se encuentra probablemente en la idea de que en este ámbito las dificultades legales se sitúan en articular reglas que canalicen las reducciones de empleo en la Administración, en tanto que, caso de requerir de medidas inaplicativas de lo pactado en los convenios colectivos para el personal laboral, resulta más idóneo canalizarlo por vías diferentes a las propias del descuelgue laboral, en los términos que veremos posteriormente.

Tercero, por cuanto que los trámites procedimentales previstos para habilitar el mecanismo de descuelgue en la legislación laboral tampoco son los más idóneos para dar respuesta a las pretensiones que pudieran manifestar las Administraciones a estos efectos.

De un lado, por cuanto que la vía de la solución a través de los procedimientos autónomos de resolución de conflictos laborales, vía mediación y arbitraje, como ya hemos visto, no acaban de extenderse en el ámbito del personal laboral, por mucho que comiencen a vislumbrarse mecanismos de apertura a los mismos.

De otro lado, porque la fórmula más novedosa y controvertida de la reforma laboral de 2012 en esta materia tampoco resulta fácilmente articulable en la práctica para el personal laboral: el arbitraje obligatorio resuelto directa o indirectamente por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas. Desde esta perspectiva se acentúa aún más si cabe lo heterodoxo del sistema en el marco de un modelo basado en la autonomía colectiva: al pivotar la fórmula de la Comisión Consultiva u organismo correspondiente, desembocamos en el contrasentido de dar participación a las organizaciones empresariales privadas en un conflicto para el que carecen de la representatividad legítima de actuación, al propio tiempo que el fuerte protagonismo de la Administración Pública en la resolución de la discrepancia entre las partes la convierte en “juez y parte” que la aleja de la actuación conforme a la toma en consideración de los intereses generales de la comunidad.

5.3. La modificación sustancial de condiciones de trabajo

Actuando funcionalmente la regulación en materia de modificaciones sustanciales de las condiciones laborales (art. 41 ET) en términos similares al descuelgue cuando se trata de proceder a la inaplicación o alteración de los acuerdos o pactos colectivos, cabe trasladar también aquí las consideraciones efectuadas en el párrafo anterior en cuanto a la inadecuación del mencionado procedimiento estatutario cuando actúa sobre el ámbito del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

Más aún, como ya indicamos en las consideraciones generales sobre las especialidades de la negociación colectiva en este ámbito, en el mismo no es

viable la celebración de convenios colectivos extraestatutarios, circunstancia que determina la imposibilidad de utilizar el procedimiento de modificaciones sustanciales para la inaplicación de este tipo de productos de la negociación colectiva.

De otra parte, el carácter reglado de la actuación de la Administración Pública, unido al sometimiento a mayores exigencias de tratamiento uniforme del conjunto de los empleados públicos, impide igualmente que se establezcan condiciones de trabajo superiores a las pactadas convencionalmente por la vía del reconocimiento de condiciones más beneficiosas de carácter colectivo. Por ello, no es viable la presencia en el ámbito de lo público de prácticas bastante extendidas en el sector privado de derivas salariales por la vía de “decisiones unilaterales del empleador de efectos colectivos” (art. 41.2 ET). Ello desemboca igualmente en que la funcionalidad de la posible utilización del procedimiento de modificaciones sustanciales para proceder a una supresión o alteración de este tipo de condiciones más beneficiosas colectivas tampoco tenga alcance alguno entre el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

Finalmente, de nuevo recordar lo dicho en relación con las causas justificativas de las medidas de reestructuración en general, ahora aplicadas específicamente al caso de las modificaciones sustanciales, en el sentido de estar concebidas más en clave de entidades con finalidad de lucro que actúen en el ámbito de la concurrencia mercantil. De ello deriva igualmente una nueva faceta que muestra la inadecuación del presente mecanismo de las modificaciones sustanciales para ser aplicado al ámbito del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

5.4. La pérdida de ultraactividad del convenio colectivo

Finalmente, también en el juego de la regla de la ultraactividad, su pérdida de vigencia comporta efectos de tal entidad e inseguridad jurídica en el ámbito del sector público, que conduce a que en la práctica su eliminación pueda provocar mayores inconvenientes que ventajas, visto ello desde el punto de vista de la garantía de los intereses de la Administración Pública cuando actúa en su condición de empleador.

En efecto, la pérdida de vigencia y aplicabilidad del convenio colectivo vencido provoca un vacío jurídico que en el sector privado remite a una intensa ampliación de los poderes organizativos unilaterales del empleador o, en su caso, propicia amplias posibilidades de desarrollo de fenómenos de individualización de las condiciones de trabajo. Una y otras consecuencias no resultan tan viables en el ámbito de la Administración Pública, lo que puede provocar elevadas dosis de inseguridad jurídica, cuando no de notable conflictividad laboral. Una vez más, recuérdese que el carácter reglado en la actuación de la

Administración exige de la presencia de normas precisas conforme a las que se debe actuar, que en reiteradas ocasiones se lo proporciona el clausulado de los convenios colectivos. Por tanto, la pérdida de aplicabilidad del convenio vencido no otorga, cuando menos en el terreno de la práctica, elementos superiores de discrecionalidad para la Administración Pública, de modo que el vacío convencional no es fórmula útil en este ámbito.

Por ello, la hipótesis de que en estos casos, como puede suceder en muchas ocasiones en el sector privado, se proceda a aplicar el principio de condición más beneficiosa adquirida de carácter colectivo para la pervivencia de los convenios colectivos denunciados y vencidos, tiene mal encaje en el ámbito de la Administración Pública. Dicho mecanismo de consolidación de las condiciones más beneficiosas se articula por la vía de decisiones unilaterales discrecionales del empleador que presenta una elevada dificultad de articulación cuando el empleador tiene la condición de Administración Pública.

Al propio tiempo, al no existir como regla general convenios colectivos sectoriales en el ámbito de la Administración Pública, aquí dicho vacío no puede cubrirse con la regla alternativa de cobertura prevista legalmente: Transcurrido un año desde la denuncia del convenio...se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación” (art. 86.3 ET).

Por todo ello, lo más previsible es que en este ámbito de la Administración Pública, a la vista de que la regla de la pérdida de efectos de la ultraactividad tras el transcurso del año tiene carácter supletorio en el texto legal, lo más previsible es que los convenios colectivos del personal laboral mantengan la regla de la ultraactividad indefinida, con lo cual la novedad de la reforma laboral de 2012 en esta materia carecería de todo impacto sobre el empleo público. Al prever expresamente la norma que esa regla de pérdida de vigencia actúa “salvo pacto en contrario”, resultan perfectamente lícitas esas cláusulas de pervivencia indefinida de la ultraactividad. Más aún, la mayoría de los convenios colectivos del sector público hoy en día contemplan ya la regla de la ultraactividad indefinida, regla que ha de estimarse también lícita desde la perspectiva del derecho transitorio y, como tal, va a reforzar esa presunción de neutralidad de efectos en este terreno de la reforma laboral de 2012.

6. LOS MECANISMOS ESPECÍFICOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Confirmada, pues, a results de esa descripción general, la falta de adecuación de las reglas novedosas de la reforma laboral para el ámbito del personal laboral, se comprenden mucho mejor la adopción de medidas específicas para la Administración Pública; y que dichas medidas tiendan a ser comunes tanto

para funcionarios públicos como para contratados laborales. Veámoslas a continuación en lo concreto.

6.1. El establecimiento de modificaciones presupuestarias

Como es sabido, una de las primeras medidas acometidas por el Gobierno a resultas de las dificultades cada vez más crecientes de control del déficit público consistió en una importante reducción de los salarios entre los empleados públicos, adoptada a la altura de mayo de 2010. Justamente ahí arranca la primera de las medidas acometidas, que supuso una reducción porcentual importante de la retribución del conjunto de los empleados públicos. Por tanto, ello también se efectuó respecto del personal laboral, con el efecto consecuente de modificación automática de lo pactado en convenio colectivo, si bien la concreta distribución de la reducción se remitía a lo que en su caso pactasen las partes a través de la renegociación de los convenios colectivos¹⁵. Eso sí, caso de que no se llegase a acuerdo en esa renegociación, la reducción retributiva se producía en todo caso. A su vez, dicha medida de reducción, provoca las correlativas actuaciones en cadena en el ámbito de las correspondientes leyes presupuestarias de las Comunidades Autónomas, que en igual medida provocaron idéntica reducción retributiva para sus empleados públicos y, por ende, modificación automática de lo pactado en los convenios colectivos de aplicación a su personal laboral.

Como puede fácilmente constatarse, este tipo de medidas de modificación presupuestaria provocan un efecto inmediato de debilitamiento de lo pactado vía convenio colectivo y, a la postre, son un mecanismo directo de inaplicación

¹⁵ Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo (BOE 24 de mayo), art. 1.Dos, que da una nueva redacción al apartado Dos del artículo 22 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010: “La masa salarial del personal laboral del sector público definido en el apartado Uno de este artículo experimentará la reducción consecuencia de la aplicación a este personal, con efectos de 1 de junio de 2010, de una minoración del 5 por ciento de las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos que integran la nómina y que les corresponda percibir según los convenios colectivos que resulten de aplicación, a excepción de lo que se refiere a la paga extraordinaria del mes de junio de 2010 a la que no se aplicará la reducción prevista en el presente apartado.

En el supuesto en que a 1 de junio de 2010 no hubiera finalizado la negociación colectiva para aplicar el incremento retributivo establecido en el artículo 22.Dos.A) de esta ley, la minoración del 5 por ciento sobre los conceptos retributivos a que se refiere el párrafo anterior se aplicará sobre las actualizadas a 1 de enero de 2010 de acuerdo con los incrementos previstos en las correspondientes leyes de presupuestos.

Sin perjuicio de la aplicación directa e individual en la nómina del mes de junio de 2010 de la reducción a que se refieren los párrafos anteriores, la distribución definitiva de la misma podrá alterarse en sus ámbitos correspondientes mediante la negociación colectiva sin que, en ningún caso, de ello pueda derivarse un incremento de la masa salarial como consecuencia de la aplicación de las medidas recogidas en los puntos anteriores”.

del contenido del convenio colectivo. Dicho de otro modo, la modificación presupuestaria se presenta como un mecanismo de mayor calado que los procedimientos de descuelgues de condiciones pactadas en convenio colectivo, si bien al propio tiempo despliegan función idéntica a la del descuelgue salarial, de modo que lo hacen innecesario.

Desde algunas posiciones se intentó considerar que el poder público se encontraba condicionado por lo pactado en convenio colectivo, de modo que la eficacia vinculante del convenio colectivo actuaba como instrumento de blindaje frente a las posibles modificaciones presupuestarias. Sin embargo, ese intento carece de recorrido, teniendo en cuenta que con base en el principio de jerarquía normativa, al instrumentarse tales modificaciones presupuestarias por vía de una norma con rango de Ley, la misma se impone sobre los contenidos de lo pactado en convenio colectivo. Como bien indica la legislación laboral en materia de convenios colectivos, éstos pueden establecer las condiciones de trabajo “dentro del respeto a las leyes” (art. 85.1 ET), de modo que nada impide alterar lo pactado para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas por vía de cambios en las leyes presupuestarias. A mayor abundamiento, este tipo de cambios pueden aplicarse de inmediato a partir de la entrada en vigor de la norma en cuestión, por cuanto que tratándose de un efecto a partir de la fecha de entrada en vigor no puede considerarse se incurra en la prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE).

El propio Tribunal Supremo así lo ha sancionado precisamente respecto de un asunto referido a una empresa pública de la Generalitat de Cataluña, zanjando con ello cualquier debate que pudiera persistir al respecto:

“...las retribuciones del personal de CIRE, sin perjuicio de la negociación colectiva que pueda llevarse a cabo para su concreta distribución, están sometidas a los límites de la masa salarial fijados en sus presupuestos -integrados en los Generales de la Generalitat- para cada anualidad...

...La única característica singular del caso es que la limitación presupuestaria no se hizo solamente *ex ante* sino también *ex post*, debido a circunstancias de crisis bien conocidas. Pero por eso fue necesario modificar la Ley de Presupuestos del año 2010, si bien no se hizo con efecto retroactivo puesto que la modificación, y la consiguiente reducción salarial, ha operado a partir del mes de junio de 2010, es decir con posterioridad a la norma que establece dicha modificación. Siendo esto así, no estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo que debiera seguir el procedimiento del artículo 41 del ET sino ante una nueva fijación de límites a la negociación colectiva dimanante de normas presupuestarias de superior

rango que, en el caso, solamente tienen la ya citada singularidad de su inusual fecha de promulgación, lo que implica la reducción salarial que se denuncia...” (STS de 23 de febrero de 2012, RJ 3905).

6.2. La fijación de topes legales con efectos a los convenios vigentes

La segunda de las vías a través de las cuales se ha actuado, de confección técnica bastante asimilada a la anterior, es la del establecimiento de topes máximos legales a lo que se puede pactar en convenio colectivo. Si bien lo habitual en el ámbito de lo laboral es el establecimiento de condiciones de trabajo como mínimos de derecho necesario, que permiten a través del juego de la suplementariedad la introducción de condiciones diferentes en la negociación colectiva que reconozcan mejores derechos a los trabajadores, también es viable que se produzca el fenómeno inverso. Es posible que la Ley, en base en razones de diverso tipo, sea de atención a consideraciones de interés general o de pautas de política económica general, proceda a establecer topes máximos o reglas inalterables por parte de la negociación colectiva. Aunque no se trate de un fenómeno muy extendido, es posible encontrar reglas de estas características para el conjunto de la negociación colectiva. Como ejemplo más reciente cabe mencionar la prohibición de establecimiento en los convenios colectivos de reglas en materia de jubilación de los trabajadores al cumplimiento de la edad ordinaria correspondiente (disp. adic. 10ª ET), o bien la fijación de una duración para el periodo de prueba en el contrato de trabajo indefinido para pequeñas empresas que es regla de derecho necesario no alterable por la negociación colectiva (art. 4 Ley 3/2012, de 6 de julio, BOE 7 de julio). Estas reglas, al ser comunes para toda la negociación colectiva laboral, pueden actuar en iguales términos para la Administración Pública.

Pero es más, también comienzan a aparecer reglas sobre el particular que, aunque se presentan con carácter general dirigidas a todas las empresas y trabajadores, en la práctica adquieren su mayor impacto sobre el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Así sucedió, por ejemplo, con la regla que con base en la normativa comunitaria, eliminó las restricciones a la utilización de la puesta a disposición efectuada por parte de las empresas de trabajo temporal, que presentaba un juego particularmente intenso para las Administraciones Públicas y que se había reforzado por la negociación colectiva para el personal laboral de las entidades públicas¹⁶.

Mucho más reciente es el fenómeno de aparición de normas de derecho necesario inalterables para la negociación colectiva específicamente previstas para el personal laboral al servicio de la Administración Pública, que actúan

¹⁶ Disp. adic. 4ª Ley 14/1994, de 1 de junio, conforme a la redacción dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE 18 de septiembre).

con efectos de inaplicación de lo establecido en los vigentes convenios colectivos; por tanto, con efectividad automática a partir de ahora sobre las condiciones de trabajo del mencionado personal laboral. Dicho de otro modo, mientras que para la negociación colectiva del sector privado las reglas legales en esa materia se siguen desarrollando en el ámbito de la suplementariedad, en el caso concreto de la Administración Pública se contemplan como topes máximos o reglas de derecho necesario de todo punto inalterables.

Esta técnica jurídica es precisamente la que se ha utilizado muy recientemente a los efectos de impedir que vía convenio colectivo se produzca una reducción de la jornada de trabajo semanal¹⁷, una ampliación de la duración de disfrute de las vacaciones, incrementos de los permisos retribuidos, una ampliación de la prestación por incapacidad temporal, una recuperación de la supresión de la gratificación extraordinaria de navidad, así como en materia de los derechos sindicales¹⁸. En un supuesto se trata de medidas de carácter coyuntural para un año concreto, como es el caso de la supresión de la gratificación extraordinaria de navidad, mientras que en los restantes se trata de medidas estructurales de carácter permanente, al menos aparentemente así cabe deducirlo de la ausencia de precisiones temporales en cuanto a su alcance. En todo caso, lo más importante desde la perspectiva que estamos analizando es que todas estas reglas pueden provocar un efecto inmediato de modificación de lo pactado en los correspondientes convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

En unos casos ello se establece de manera expresa para la concreta materia, por cuanto que el propio precepto precisa el efecto sobre los convenios colectivos vigentes: “A partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley dejarán, por tanto, de tener validez y surtir efectos, todos los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos que en esta materia hayan podido suscribirse y que excedan de dicho contenido”. Así se contempla expresamente para lo relativo a los derechos sindicales¹⁹, para los complementos a las situaciones de incapacidad temporal en concepto de mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social²⁰, así como de manera algo más implícita para gratificación extraordinaria de navidad²¹.

Hay otros supuestos en los que no se recoge de manera específica tal regla para la concreta materia, como son los relativos a permisos por asuntos par-

¹⁷ Art. 4 Real-Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre (BOE 31 de diciembre), de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

¹⁸ Real-Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio (BOE 14 de julio), de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

¹⁹ Art. 10 RD-L 20/2012, de 13 de julio.

²⁰ Art. 9.7 RD-L 20/2012, de 13 de julio.

²¹ Art. 2.2.2.1 RD-L 20/2012, de 13 de julio.

ticulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza; en estos casos la regulación se contempla inicialmente como de exclusiva aplicación a los funcionarios públicos, si bien inmediatamente a continuación se procede a declarar como suspendidos y sin efectos los productos negociales que lo contradigan, con mención expresa no sólo a los acuerdos y pactos colectivos para los funcionarios públicos, sino igualmente a los convenios colectivos para el personal laboral²². Una lectura de conjunto del precepto necesariamente debe llevar a la conclusión de que el legislador también desea incorporar un régimen que comporte topes legales a la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas; prueba de ello será que la exposición de motivos de la norma aclare, por ejemplo, que con la citada norma “Se homogeniza, asimismo, el régimen de permisos para todas las Administraciones Públicas”. Y, como colofón final, aparece una regla de amparo general, una regla de inaplicación genérica de los convenios colectivos en cuanto se opongan a la reforma legislativa en cuestión: “Se suspenden y quedan sin efecto los acuerdos, pactos y convenios para el personal del sector público definido en el artículo 22 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos generales del Estado, suscritos por las Administraciones públicas y sus organismos y entidades que contengan cláusulas que se opongan a lo dispuesto en el presente título”²³.

En otros casos el efecto modificativo sobre los convenios colectivos no se contempla para el supuesto específico, en la medida en que su previsión como límite a lo negociable no se llega a fijar de manera tan clara, pues no hay mención directa al efecto que ello produce sobre los convenios colectivos. El punto de partida a estos efectos debe ser el de la presunción de la posibilidad de negociar tales materias por parte de los convenios colectivos del personal laboral mientras que no se produzca una prohibición expresa, particularmente cuando se trata de contenidos típicos y tradicionales de la negociación colectiva laboral. Ahora bien, también ha de admitirse que, en ocasiones, por el contexto en el que se produce la intervención legal, así como a resultas de la

²² “Desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, quedan suspendidos y sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios para el personal funcionario y laboral, suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza (art. 8.3 RD-L 20/2012, de 13 de junio, BOE 14 de julio, corrección de errores BOE 19 de julio). Lo que se complementa, reitera y se aclara más aún en el momento de concretar la correspondiente disposición transitoria de la misma norma: “Lo dispuesto en este Real Decreto-ley sobre vacaciones y días de asuntos particulares, días adicionales a los días de libre disposición o de similar naturaleza, no impedirá que el personal funcionario, estatutario y laboral disfrute los días correspondientes al año 2012, conforme a la normativa vigente hasta la entrada en vigor de este Real Decreto-ley” (disp. trans. 1ª).

²³ Art.16 RD-L 20/2012, de 13 de junio.

finalidad de la norma, que puede incluso deducirse de forma implícita por la forma como se redacta el nuevo régimen de condiciones de trabajo, haya de concluirse que también en estos casos se pretende que la medida tenga impacto inmediato sobre lo pactado en los convenios colectivos vigentes; a tenor de la finalidad del precepto, de su voluntad de cambios materiales de las condiciones de trabajo del conjunto de los empleados públicos sin diferencias entre grupos o situaciones, ha de interpretarse que en algunos casos, a pesar del silencio, de manera indirecta se está provocando igualmente el efecto de alteración de lo pactado en los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Ejemplo típico de esto último se presenta en el caso de la ampliación de la jornada máxima semanal, donde hay clara alusión al objetivo pretendido en la exposición de motivos de la norma (“a partir del 1 de enero de 2012, y para el conjunto del sector público estatal, la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos”) y se refleja en la forma gramatical empleada en el precepto que introduce esta regla (“la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a...”).

Como hemos indicado, lo novedoso que presentan estas medidas es que las mismas contienen reglas comunes y propias para todos los empleados públicos (funcionarios y personal laboral), con la consecuencia de que las mismas comportan una diferencia de tratamiento respecto de los trabajadores contratados laboralmente en el sector privado; por tanto, una diferencia de régimen jurídico entre los convenios colectivos del sector privado y del sector público. Tan es así que ello implica en ocasiones incluso que se proceda a una modificación parcial y temporal del propio Estatuto de los Trabajadores, en la medida en que ello supone también la supresión de un derecho legal; caso justamente que se produce respecto de la supresión de la gratificación extraordinaria de navidad²⁴.

En cuanto a la viabilidad de este tipo de medidas, de nuevo el punto de partida puede ser que al estar contempladas en una disposición con rango de Ley, aunque ahora no lo sean por vía de modificación presupuestaria, se reclaman del principio de jerarquía normativa y, como tales, son de obligado respeto por parte de la negociación colectiva. En los mismos términos, en la medida en que sus efectos previstos lo son a partir de la entrada en vigor de la reforma legal, la misma no puede ser tachada por incurrir en la prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales.

Eso sí, el calado de algunas de las reglas limitativas de la negociación colectiva puede razonablemente poner en cuestión hasta qué punto la misma no llega a afectar al contenido esencial del derecho tal como el mismo viene

²⁴ Art. 6 RD-L 20/2012, de 13 de junio.

reconocido constitucionalmente (art. 37.1 CE); y, de igual forma, hasta qué punto concurren en estos casos razones objetivas y proporcionadas que justifiquen las diferencias de tratamiento con la negociación colectiva para el personal laboral del sector privado, de modo que en caso contrario se incurra en la prohibición constitucional de tratamiento discriminatorio (art. 14 CE). Una cosa es que la negociación colectiva en el ámbito del sector público, por ende tanto para funcionarios como para laborales, requiera del establecimiento de una serie de especialidades que incluso comporten ciertas limitaciones en los contenidos de lo pactable, y otra bien diferente es que esas restricciones sean de tal intensidad que desnaturalicen y vacíen de contenido real a la negociación colectiva del personal laboral al servicio de la Administración Pública. En estos casos, la profundidad de las restricciones resulta manifiesta, dado que alcanzan al núcleo de contenidos de la negociación colectiva, en particular tanto a las retribuciones como a la jornada de trabajo. Ello puede admitirse como conciliable con el reconocimiento constitucional a la negociación colectiva en tanto que la medida tenga el carácter de coyuntural y ante unas perspectivas económicas extraordinarias, como son las derivadas de un fuerte desequilibrio de las cuentas públicas. Pero, desde luego a nuestro juicio, ellas entran en colisión con los mandatos constitucionales (arts. 14 y 37.1 CE) cuando las mismas se pretenden tenga un carácter estructural. Así, por ejemplo, no es lo mismo inaplicar durante un concreto ejercicio económico lo pactado en materia de paga extraordinaria por navidad y otra bien diversa establecer topes máximos permanentes respecto a lo negociable en materia de jornada de trabajo, vacaciones, permisos o complemento por incapacidad.

A mayor abundamiento, en algún caso concreto las medidas adoptadas invaden el espacio de lo regulado por medio de Ley Orgánica, de modo que la norma deviene inconstitucional en la medida en que una Ley ordinaria no puede alterar lo previsto en una Ley Orgánica. Esto es precisamente lo que sucede cuando se impide que los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas puedan fijar el número de delegados sindicales; el número de delegados sindicales viene previsto en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, si bien haciéndolo como regla supletoria, entendiendo de carácter prevalente la regulación contenida en los convenios colectivos: “Bien por acuerdo, bien a través de la negociación colectiva, se podrá ampliar el número de delegados establecidos en la escala a la que hace referencia este apartado, que atendiendo a la plantilla de la empresa o, en su caso, de los centros de trabajo corresponden a cada uno de éstos” (art. 10.2 LOLS). Nada impediría establecer el número de delegados sindicales por Ley y no permitir su alteración a los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas; pero ello requiere una modificación de la correspondiente Ley Orgánica y es inviable hacerlo a través de un simple Real Decreto-Ley.

6.3. El procedimiento general de inaplicación del convenio colectivo

El último hito en este proceso in crescendo de establecimiento de reglas diferenciadas en el régimen de la negociación para el personal laboral se encuentra ahora en la incorporación de un procedimiento general de inaplicación de lo pactado en los convenios colectivos para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Se trata de un mecanismo ya existente en el ámbito de la negociación colectiva dirigida a los funcionarios públicos²⁵.

Lo que se hace ahora es trasladar con un mimetismo cuasi pleno la fórmula funcionarial para el ámbito del personal laboral: “Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación”²⁶.

Se trata, como fácilmente se deduce de la redacción legal, de un procedimiento específico de descuelgue de condiciones de trabajo para el conjunto del sector público, en paralelo para funcionarios y personal laboral, que para el caso concreto del personal laboral se presenta como un mecanismo asimilado al del descuelgue propio del Estatuto de los Trabajadores. Eso sí, con un cualitativo contraste en el canal procedimental de descuelgue: en un caso remitido a la decisión unilateral de la Administración Pública como poder público, mientras que en el otro caso sometido a un mecanismo de arbitraje, primero voluntario y después obligatorio, aunque confluya en este último caso un fuerte poder decisorio de la autoridad laboral.

Al propio tiempo, la fórmula en cuanto a sus efectos se asimila también a lo que se ha venido haciendo en los últimos tiempos por las dos vías precedentemente descritas: las modificaciones presupuestarias y el establecimiento de límites o topes a la negociación colectiva para el personal laboral. En ambos casos el resultado es el mismo: la automática inaplicación o modificación de lo pactado en convenio colectivo. Eso sí, el resultado se produce a través de un

²⁵ “Se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público.

^{En} este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación” (art. 38.10 EBEP).

²⁶ Art. 32.2 p. 2 EBEP, conforme a la redacción dada por el RD-L 20/2012, de 13 de julio.

procedimiento diferenciado y en parte también con diverso alcance. Destaquemos los rasgos diferenciales más significativos al efecto.

En primer lugar, el instrumento normativo y, por derivación, el sujeto legitimado para adoptar la medida suspensiva o modificativa del convenio colectivo. En efecto, en las medidas descritas en los apartados precedentes ello se verificaba a través de normas con rango legal y, por tanto, por parte de poderes políticos con legitimidad para adoptar este tipo de disposiciones con tal rango: Parlamento o Gobierno, bien lo sea central o autonómico. Ahora se trata de una Ley que habilita de forma genérica al poder ejecutivo para que por vía de acuerdo específico adopte la medida suspensiva o modificativa. En concreto, se faculta a adoptar tal medida a “los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas”. Lo más relevante desde el punto de vista subjetivo a estos efectos es que dicha medida puede ser adoptada no sólo por la Administración central y la autonómica, sino también por la local. Desde el punto de vista formal, lo más significativo es que la regla no debe atenerse a los requisitos institucionales impuesto a la aprobación de las leyes, sino exclusivamente a los contemplados en la propia norma reguladora del mecanismo de descuelgue.

En segundo lugar, se precisa con relativa exactitud el tipo de entidades que pueden verse afectadas y, por tanto, el tipo de convenios colectivos que puede ser objeto de suspensión o modificación. En este caso la norma se refiere específicamente a los convenios colectivos y acuerdos que afecten al “personal laboral”. La propia Ley en la que se establece este mecanismo de descuelgue ofrece una definición precisa de la expresión “personal laboral”, refiriéndola de forma estricta al personal que “presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas” (art. 11.1 EBEP). Ello comporta a nuestro juicio que el procedimiento de descuelgue en este caso sólo puede extenderse al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas; en sentido negativo no se aplica a las entidades que no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del EBEP, lo que supone, en sentido negativo, que no abarca a las empresas públicas que no tienen la consideración de entidades de Derecho Público. Dato indirectamente orientativo al respecto puede encontrarse en que algunas de las medidas comentadas en el apartado anterior de topes máximos no se llegan a aplicar en todos sus efectos a las “fundaciones, sociedades mercantiles y resto de entidades que conforman el sector público”²⁷.

En tercer lugar, la norma exige precisas circunstancias de excepcionalidad para justificar la adopción de la medida de tal envergadura que llega a producir un efecto de excepción a la eficacia vinculante de los convenios colectivos, siendo a la postre estas situaciones extraordinarias las que justifican desde la perspectiva constitucional la mencionada excepción a la eficacia convencional.

²⁷ Disp. final 8ª RD-L 20/2012, de 13 de julio.

Como literalmente impone el precepto en cuestión, la medida inaplicativa tan sólo se podrá adoptar “excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas”. Ello no puede convertirse en una mera declaración irrelevante, que permita una libre apreciación de su concurrencia por parte del órgano que la adopta y, a la postre, una plena discrecionalidad en la decisión inaplicativa. No se trata de un puro acto de decisión política, sino que resulta forzoso que el acuerdo administrativo de inaplicación justifique expresamente y demuestre fehacientemente la concurrencia de esa situación de excepcionalidad, tratándose a la postre de un acto jurídico reglado como tal controlable en su legalidad por parte de los Tribunales de Justicia, tanto por lo que refiere a los requisitos de procedimiento como de causa justificativa. En concreto, debe existir una objetiva y demostrable relación de conexión causal entre las circunstancias justificativas de la medida con el ámbito en la que éstas se adoptan (estatal, autonómico o local), el contenido e intensidad de las medidas que se adoptan, así como del alcance temporal de las mismas.

Por tanto, en estrecha conexión con las causas deben encontrarse las concretas cláusulas convencionales objeto de suspensión o modificación. Si bien el precepto en cuestión resulta algo impreciso en relación al contenido convencional objeto de inaplicación, es obvio que una lectura finalista del precepto viene a exigir que la exclusión del cumplimiento del convenio sólo puede afectar a contenidos vinculados a las causas excepcionales que justifican la medida y al propio tiempo en tanto que tales medidas sirvan para paliar la situación negativa en la que se encuentra la Administración Pública derivada de esa precisa alteración de las circunstancias económicas. En concreto, ha de entenderse que sólo los contenidos negociales que tengan directa conexión con costes económicos en materia de personal pueden ser afectados por la medida de descuelgue. Ello no quiere decir que sólo lo relativo a retribuciones y percepciones extrasalariales puede ser objeto de inaplicación, dado que otras condiciones de trabajo presentan también una inmediata afectación a los costes de personal globalmente considerados de la Administración Pública como parte empleadora. Pero lo que tampoco cabe es presumir que todo pacto en convenio colectivo puede ser objeto de inaplicación por esta vía, por cuanto que al final cabe encontrar siempre un resultado económico en cualquier tipo de compromiso asumido vía convenio colectivo. A tal efecto, ha de entenderse que hay cláusulas que, aunque no dejen de tener repercusión económica, su valor primordial y objetivo por excelencia se sitúan en un terreno diverso, de reparto de poder o de control entre las partes por ejemplo, que en ningún caso podrá ser objeto de inaplicación por esta vía.

Asimismo, la causa debe conectar igualmente con la duración de la medida, en esta ocasión con fuerte paralelismo a lo que constituye el mecanismo

de descuelgue previsto en el Estatuto de los Trabajadores. En efecto, en la medida en que se trata de causas de excepcionalidad, de alteración sustancial de las circunstancias económicas, ello presupone la concurrencia de una situación coyuntural. Coyunturalidad que, como tal, implica el efecto temporal de la inaplicación del convenio colectivo. Ello va implícito en el término “suspendan” con el que se califica la decisión de la Administración Pública. Pero en igual medida debe entenderse incorporada al término alternativo de “modifiquen”; aunque expresamente no lo prevea la norma, por coherencia finalista del precepto y sus obvias concomitancias con el procedimiento de descuelgue para el resto de los trabajadores asalariados, ha de interpretarse que la modificación de lo pactado en convenio colectivo ha de tener un alcance temporal. Temporalidad, por lo demás, que debe precisarse con exactitud en el acto administrativo por medio del cual se acuerda la inaplicación del convenio, indicando la precisa duración de la misma, que ha de entenderse como máximo ha de coincidir con la vigencia del convenio colectivo. De afectar pro futuro a la renegociación del convenio, deberían adoptarse medidas adicionales y posteriores que constataran la pervivencia de las causas justificativas que determinaron la medida inaplicativa. Este carácter temporal de la medida la diferencia también respecto del mecanismo analizado previamente relativo a la fijación de límites o topes máximos a la negociación colectiva. Como vimos en su momento, allí podría producirse que tales restricciones a la negociación colectiva se presentasen como estructurales o permanentes, naturalmente con los condicionantes obligados derivados como indicamos en su momento del respeto al contenido esencial del derecho constitucional a la negociación colectiva, así como a la objetividad y proporcionalidad de la diferencia de régimen jurídico respecto de los asalariados del sector privado. Pero, en todo caso, mientras que como regla general las medidas limitativas o restrictivas en Ley de la negociación colectiva pueden tener carácter permanente, en este caso del procedimiento de inaplicación derivado de circunstancias de excepcionalidad la medida debe necesariamente estar presidida por la temporalidad de sus efectos inaplicativos del convenio colectivo. Es oportuno resaltar esta diferencia, por cuanto que el tenor literal de las normas puede inducir en ocasiones a error, dado que en ambos supuestos se utiliza el término “suspensión”, lo que obliga a aclarar que el uso del término es correcto para la regla inaplicativa que estamos analizando en este apartado, pero que resulta erróneo cuando se conecta con la fijación de topes o límites que se fijan con carácter permanente.

Para concluir, el precepto poco dice respecto de la tramitación del acuerdo de la Administración de inaplicación convencional. Se limita a exigir que la Administración proceda a informar a las organizaciones sindicales acerca de las causas de la suspensión o modificación. Ni siquiera es fácil deducir de la norma el momento en el que se debe producir dicha información, si lo

debe ser inexcusablemente antes de la adopción de la decisión o una vez acordada la misma. También es bastante impreciso el precepto respecto de las organizaciones sindicales a las que debe informar, ni si debe entrar en contacto independiente con cada una de ellas o bien corresponde hacerlo de manera conjunta a través de la convocatoria pertinente de la comisión paritaria del convenio colectivo o de la comisión negociadora que firmó el correspondiente convenio colectivo. La falta de precisión al respecto por parte de la norma da pie a tener que admitir que la norma en el fondo da por válidas cualesquiera de los momentos y procedimientos previamente hipotizados. Ni siquiera es fácil adivinar cuáles serían las consecuencias jurídicas derivadas de un posible incumplimiento del deber informativo impuesto por la norma, si bien resulta muy difícil deducir que el acuerdo inaplicativo devendría ilícito a resulta de un deber tan débil como es el de mera información, cuando la clave se encuentra en el elemento material de concurrencia de las causas justificativas que avalan la medida inaplicativa. Bien diferente hubiera sido, como hubiera resultado más oportuno, que la norma hubiera exigido un trámite de consulta preceptivo pero no vinculante a las organizaciones sindicales más representativas, con carácter previo a la adopción de la medida inaplicativa.

ACERCA DE LA INTERMEDIACIÓN EN EL MERCADO DE TRABAJO EN FRANCIA*

PHILIPPE AUVERGNON

Catedrático de Derecho del Trabajo y Director del CNRS
Universidad de Burdeos

EXTRACTO

Palabras Clave: Intermediación laboral, Francia

En este trabajo se estudia la intermediación en el mercado laboral en Francia, su evolución, y, en particular, el cambio que se produce tras la supresión definitiva del monopolio público, instaurado en 1945, a partir de la entrada en vigor de ley de programación para la cohesión social, de 18 de enero de 2005. En concreto, se analiza la liberalización de la intermediación en el mercado de trabajo y las dificultades que se han planteado en la práctica; la posición del operador público en dicho mercado, sus relaciones con los operadores privados y la actuación de estos últimos.

ABSTRACT

Key Words: Intermediation, France

This paper studies the intermediation in the labour market in France, its evolution, and, in particular, the change which occurs after the final removal of the public monopoly, instituted in 1945, from the entry into force of law of programming for the social cohesion of 18 January 2005. In particular, discusses liberalization of intermediation in the labour market and the difficulties that have arisen in practice; the position of the public operator in that market, its relations with private operators and the performance of the latter.

* Traducido por Ana M^a Moreno Márquez, Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid.

ÍNDICE

I. LIBERALIZACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN

- 1.1. Orientación: las reformas del derecho
 - 1.1.1. La consagración de un mercado de la intermediación
 - 1.1.2. El establecimiento legal de un “servicio público de empleo”
- 1.2. Organización: las dificultades específicas
 - 1.2.1. La elección y las incidencias de una fusión de institucional en tiempos de crisis
 - 1.2.2. Las incertidumbres del control territorial de la cuestión del empleo

2. IMPACTO RELATIVO DE LA LÓGICA DE MERCADO

- 2.1. Colocación: el mercado dominado
 - 2.1.1. Un operador público criticado pero indiscutible
 - 2.1.2. Un desarrollo innegable de la subcontratación
- 2.2. Contratación: el mercado reconocido
 - 2.2.1. Un operador público voluntarista pero poco eficaz
 - 2.2.2. Los operadores privados entre tradición y oportunidades

Desde la plaza de Grève en París bajo el Antiguo régimen¹, a los portales de búsqueda de empleo por Internet de hoy², pasando por las “bolsas de trabajo”, las oficinas de colocación privadas o públicas y también por los “anuncios”, las “candidaturas espontáneas”, las redes de la escuela o la familia, la diversidad tanto histórica como actual de las formas de encontrar un trabajo -o un trabajador- demuestra, si ello fuese necesario, la importancia de las intermediaciones en el mercado laboral.

Sin embargo, en el seno de la Unión Europea, las modalidades de la aproximación de la oferta y la demanda de empleo continúan teniendo sus propias características nacionales. Así pues, en Francia, los intermediarios contribuyen a cerca del 30% de las contrataciones³, los anuncios son aún la fuente de algo más del 12% de las contrataciones y las “candidaturas espontáneas”, alrededor de un 25%. Las contrataciones por “relación” son el origen de aproximadamente un tercio de las nuevas contrataciones en Francia (32,6 %), cifra bastante elevada si se compara con la situación que prevalece en el Reino

¹ Se sabe que la plaza de Grève (actual plaza de l’Hôtel de Ville en París) está vinculada al origen de la palabra “huelguista”, tomando como base un contrasentido: se trataba de concentraciones de obreros que no trabajaban, sino que acudían a dicha plaza en busca de un trabajo. Iban a la Grève... de ahí la expresión “se mettre en Grève” (“declararse en huelga”), es decir, los trabajadores descontentos con sus condiciones laborales se negaban a trabajar y acudían a dicha plaza hasta que alguien les ofrecía otras mejores (Cf. en particular R. Castel, *La métamorphose de la question sociale*, Paris, Gallimard, 1995).

² Véase al respecto, especialmente: E. Marchal et G. Rieucau, *Le recrutement*, La Découverte, coll. Repères, Paris, 2010, p. 58.

³ Tomando como base la encuesta Ofer (Oferta de empleo y contratación) realizada en 2005. Los intermediarios públicos representarían un 18,6 % de las contrataciones, por encima de la “cuota de mercado” de los “otros intermediarios” (10,8 %): Cf. C. Bessy y E. Marchal, *L’usage des canaux de recrutement par les entreprises*, CEE, 2007, n° 89; véase también E. Marchal et G. Rieucau, *op. cit.*, p. 20 y ss.

Unido, pero inferior a la que se puede observar en España⁴. Lo cierto es que al centrarse en la intermediación en el mercado de trabajo desde el punto de vista de los “canales formales de contratación”, olvidando los canales informales (redes de relación, contratación sucesiva de un trabajador,...), tan sólo se aborda una parte del fenómeno. Sin embargo, el alcance de las reformas del marco jurídico e institucional que han tenido lugar en Francia, justifica en sí mismo la adopción de un enfoque restrictivo.

Es conocido el impacto que ha tenido en esta materia el derecho de la competencia⁵, la jurisprudencia del TJCE⁶, y también la evolución -por no decir el cambio de enfoque- en derecho internacional, en particular por la aprobación del Convenio n° 181 de la OIT que reconoce “el papel que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado laboral”⁷. En cualquier caso a partir de estas orientaciones europeas e internacionales deben aproximarse la liberalización y la reestructuración del mercado de la intermediación que se han producido en Francia (1). Sin embargo, los cambios en el mercado no han tenido los resultados que se esperaban, en particular, sobre el desempleo masivo⁸. Así, el operador público no ha abordado el segmento de la colocación de los desempleados a menudo poco cualificados, mientras que las agencias de empleo privadas se interesan hoy por los asalariados cualificados ocupados o que demandan una reclasificación profesional⁹. No obstante, no se debe sobrevalorar, en la práctica, la dinámica de un derecho muy liberal. El impacto de la lógica de mercado queda en hechos bastante relativos (2).

⁴ Cf. C. Bessy et G. de Larquier, *Spécialisation et efficacité des intermédiaires du placement*, CEE, 2009, n° 113.

⁵ Cf. en particular G. Lyon-Caen, *Droit social et droit de la concurrence*, in « Les orientations sociales du droit contemporains, Mélanges offerts à J. Savatier, PUF 1992, p. 331 y ss.

⁶ Cf., en especial, STJCE 23 abril 1991, asunto C-41/90 Höfner, DOCE n° 132, 23 mayo 1991, p. 7. El monopolio de una oficina pública, en este caso la oficina federal alemana para el empleo, se juzga no conforme a las normas comunitarias de la competencia y por tanto abusivo.

⁷ Cf. Convenio n° 181 de la OIT sobre agencias de empleo privadas, adoptado el 19 de junio de 1997, que entró en vigor el 10 de mayo de 2000. Aunque una ley de 18 de enero de 2005 haya abierto la vía (misma definición de colocación), este Convenio aún no ha sido ratificado por Francia.

⁸ A finales de julio de 2011, 4.391.900 personas inscritas en Pôle emploi debían hacer actos positivos de búsqueda de empleo; entre ellas 2.756.500 se encontraban en situación de desempleo y 1.371.500 ejercían una actividad reducida, corta o larga (Cf. DARES, Indicateurs août 2011, n° 062).

⁹ Cf. en particular C. Bessy et G. de Larquier, *op. cit.*, p. 6 y ss.

1. LIBERALIZACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN

Durante el último cuarto de siglo y manera acelerada a lo largo de estos últimos años, la intermediación en el mercado laboral ha sido objeto de una liberalización. La orientación otorgada en este sentido por las reformas del derecho (a) se ha acompañado de una reorganización institucional. Si bien, esta última ha planteado algunas dificultades en la práctica (b).

1.1. Orientación: las reformas del derecho

Sin remontarse a Théophraste Renaudot¹⁰, la libertad presidía las operaciones de intermediación al principio del siglo XX. Pero eso no duró, “para actuar como contrapeso a las oficinas privadas, apareció una nueva categoría de intermediarios en el mercado laboral: las oficinas públicas de colocación y los fondos municipales de desempleo. Se partía de la idea de que la colocación responde a una misión de interés general, de servicio público. En concreto, el beneficio de un servicio gratuito de colocación se deducía del artículo 4 del Decreto de 9 de septiembre de 1905”¹¹. El primer cuarto del siglo se caracterizó por una firme voluntad de intervención del Estado en el mercado laboral ya sea en su organización o en su funcionamiento. En consecuencia, el régimen de Vichy y la reconstrucción afectaron profundamente a la organización del mercado laboral, “situado en adelante bajo la rigurosa vigilancia de los poderes públicos”¹². La colocación se convierte en uno de los instrumentos de la intervención del Estado “en la persecución de objetivos de interés general: garantizar las necesidades de mano de obra, así como la fluidez y la transparencia del mercado laboral”. (...) “De 1945 a 1967, la misión de colocación ejercida por el Estado fue asumida por los agentes de los servicios locales del Ministerio de Trabajo (servicios de trabajo y mano de obra)”¹³. Después, con el deseo de dotarse de un instrumento más eficaz, se creó, por una resolución de 13 de julio de 1967, la Agencia nacional para el empleo (ANPE). Tan solo subsisten algunas raras excepciones al monopolio público de colocación de la

¹⁰ En 1628, Théophraste Renaudot, autor de un *Traité des pauvres*, crea en la isla de la Cité en París una “oficina de direcciones y encuentro”, considerada como la primera oficina de colocación moderna. Es también el fundador de la *Gazette* en la cual parecen los primeros anuncios, al principio utilizados para reclutar personal de servicio doméstico en las grandes ciudades (Cf. B. Balzani, *Du bureau des pauvres à l'industrie du placement des travailleurs : un héritage controversé pour les associations intermédiaires*, communication aux Journées de sociologie du travail, Aix-en-Provence, 21-23 juin 2001).

¹¹ C. Willmann, *Placement et recrutement*, LexisNexis 2009, Travail Traité Fasc. 17-10, p. 10.

¹² *Idem*.

¹³ *Idem*.

ANPE¹⁴. Este último fue enterrado definitivamente en 2005. La ley consagra entonces la existencia de un mercado de la intermediación (1) y establece un “servicio público de empleo” con una geometría compleja (2).

1.1.1. La consagración de un mercado de la intermediación

El monopolio público de la colocación, instaurado en 1945, fue cuestionado por una resolución de 20 de diciembre de 1986. Con la condición de ser autorizados y celebrar un convenio con la ANPE, se reconoció a otros organismos el derecho a intervenir en el mercado laboral. La resolución de 1986 permitió “pasar de un régimen de monopolio casi exclusivo a un régimen de reparto, controlado por los poderes públicos, entre la ANPE y sus interlocutores”¹⁵. Este cambio normativo puede parecer leve, sin embargo lo cierto es que va servir como base para una importante evolución en relación a la posibilidad de recurrir a operadores externos¹⁶. Esto se produjo, sobre todo, en un momento bastante particular, en el que “se establecía un mercado único en Europa (1985) y en el que una resolución de 31 de diciembre de 1986 relativa a la libertad de los precios generalizaba la libre competencia”¹⁷. Si se debe tener en cuenta este “doble movimiento concomitante”¹⁸ de externalización de algunas prestaciones por parte de la institución pública¹⁹ y de generalización del derecho de la competencia, también se debe observar cómo “en las relaciones entre operadores públicos y subcontratistas”, el derecho de la competencia se impuso lentamente, la ANPE y también los servicios del Estado (direcciones de trabajo y empleo) continuaron durante unos diez años “eligiendo discrecionalmente concesionario o delegado, sin formalismo vinculante”²⁰. Con respecto a la concurrencia entre servicio público e intermediarios privados, cabe situar al TJCE en el origen del predominio de las reglas del mercado sobre el mo-

¹⁴ Se trata de las oficinas de colocación gratuitas creadas antes de la resolución de 1967, en particular, por sindicatos profesionales, “bolsas de trabajo”, sociedades de socorros mutuos y asociaciones de antiguos alumnos, organismos de colocación gratuitos que depende de organismos paritarios, asociaciones de utilidad pública, o antiguos alumnos que hayan celebrado un convenio con la ANPE, autorizadas por el Ministerio de Trabajo y convertidas en “interlocutores” de la ANPE. La Asociación para el empleo de los ejecutivos, ingenieros y técnicos (APEE) será el primer organismo que vuelve en 1969 a este marco.

¹⁵ C. Willmann, *op. cit.*

¹⁶ Cf. en particular, D. Balmay, *Politique de l'emploi et recours à des opérateurs externes, Rapport au Commissariat au Plan*, 2003.

¹⁷ Y. Rousseau, *Nouvelle gouvernance du marché du travail: institutions, acteurs et services pour l'emploi, Conclusions*, CES-MATISSE, 28 janvier 2008 (http://matisse.univ-paris1.fr/semtemps/25janv_conclu.pdf).

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ En la época de la Agencia Nacional para el Empleo y, por ejemplo, las prestaciones para la reincorporación al mercado de trabajo de mujeres subcontratadas por la asociación « *Retrauvailer* » creada por Evelyne Sullerot.

²⁰ Y. Rousseau, *op. cit.*

nopolio público²¹. Como es sabido el juez comunitario condenó “no sólo este monopolio sino también las legislaciones que vienen a limitar la competencia en cualquier forma de mediación”²².

Cerca de veinte años más tarde, la ley de 18 de enero de 2005 de “programación para la cohesión social”²³ vino a acabar “de suprimir el monopolio público de colocación establecido por una resolución de 24 de mayo de 1945”²⁴. La ley suprimió la prohibición, sancionada penalmente, de las oficinas privadas de colocación, autorizando la intervención de las agencias privadas del empleo. La ley establece que “la actividad de colocación consiste en proporcionar, con carácter habitual, servicios destinados a acercar ofertas y demandas de empleo, sin que la persona física o jurídica que garantice esta actividad se convierta en parte de las relaciones laborales que se deriven de la misma”. Esta definición legal, muy liberal, quiere distinguir la colocación de la negociación o de la actividad de trabajo temporal puesto que la persona que lleva a cabo esa labor de colocación no forma parte de la relación laboral. No obstante, si lo que se debe distinguir son las actividades, esto no prohíbe que una empresa de trabajo temporal intervenga como una agencia privada de colocación. La ley precisa simplemente que “toda persona física o jurídica de derecho privado cuya actividad principal consiste en prestar servicios de colocación debe hacer una declaración previa a la autoridad administrativa”²⁵.

No obstante, permanecen dos restricciones o condiciones. En primer lugar, “ningún servicio de colocación puede ser negado a una persona en busca de un empleo o a un empleador por uno de los motivos”²⁶ enumerados hoy por el Código del trabajo, es decir, por razón de su origen, su sexo, sus costumbres, su orientación sexual, su edad, de su situación familiar, o su embarazo, de sus características genéticas, su pertenencia o no, verdadera o supuesta, a una etnia, una nación o una raza, de sus opiniones políticas, de sus actividades sindicales o mutualistas, de sus convicciones religiosas, su apariencia física, su apellido, o debido a su estado de salud o a su discapacidad²⁷. Del mismo modo, “ninguna oferta de empleo puede hacer referencia a alguna de estas características”²⁸.

²¹ Cf. STJCE de 23 abril de 1991, Höfner, *op. cit.*; STJCE de 11 de diciembre de 1997, asunto C 55/96 Job Center, Rec. TJCE 1997; M. Nicoletta, Le monopole des bureaux publics de placement de main-d'œuvre est abusif s'il n'est pas en mesure de satisfaire la demande de marché du travail: Gaz. Pal. 1998, 2, somm. p. 306).

²² Y. Rousseau, *op. cit.*

²³ Ley n° 2005-32 de 18 enero 2005.

²⁴ Cf. not. M. Véricel, Restructuration du marché du travail et ouverture à la concurrence du service public de l'emploi, Dr. ouvr. 2008 p. 209.

²⁵ Cf. art. 4 de la ley de programación para la cohesión social de 18 de enero de 2005.

²⁶ Art. L. 5321-2 del Código del trabajo.

²⁷ Art. L. 1132-1 del Código del trabajo.

²⁸ Art. L. 5321-2 del Código del trabajo.

Por otra parte, “no puede exigirse ninguna remuneración, directa o indirecta, a las personas que busquen un empleo como contrapartida de la prestación de servicios de colocación (...)”²⁹, con las salvedades de las disposiciones específicas establecidas para algunas profesiones; en efecto, la colocación a título oneroso se autorizaba y permanece para intermediarios como los agentes de artistas del espectáculo³⁰, los titulares de una licencia de agencia de modelos³¹ o de una licencia de agente deportivo³².

1.1.2. El establecimiento legal de un “servicio público de empleo”

El concepto de “servicio público de empleo” (SPE) apareció por primera vez, en un contexto de desempleo masivo creciente, en una circular administrativa de 1984³³, es decir, sin base legal o reglamentaria. Esta definición por vía de circular, completada por una resolución en 1986³⁴, ya propone un “SPE” muy fragmentado entre los servicios descentralizados del Ministerio de Empleo, encargados de la aplicación de las políticas de empleo y la gestión de la mayoría de las ayudas públicas a la colocación, la ANPE se ocupa de la colocación de los solicitantes de empleo, la UNEDIC (Unión nacional para el empleo en la industria y el comercio) y la red ASSEDIC (Asociaciones para el empleo de la industria y el comercio) garantizan las prestaciones económicas por desempleo y se encargan de la inscripción de los solicitantes de empleo, y la AFPA (Asociación nacional para la formación profesional de adultos) actúa como el principal instrumento de la política de formación profesional para adultos. Además, la composición de este “SPE” aparece singularmente incompleta puesto que numerosos organismos no citados también colaboran con este servicio, en particular, en la misión de colocación. De hecho, a principios de los años 90, “la legislación francesa relativa a la intervención en el mercado laboral aparecía como un laberinto impenetrable para los usuarios, e incluso para los responsables de los propios servicios. La diversidad de los organismos, la superposición de los instrumentos, la fragmentación de las financiaciones, la complejidad de los procedimientos, desafiaban la racionalidad”³⁵.

²⁹ Art. L. 5321-3 del Código del trabajo.

³⁰ Art. L. 7121-9 y L. 7121-10 del Código del trabajo.

³¹ Art. L. 7123-11 del Código del trabajo.

³² Art. L. 222-6 del Código del deporte.

³³ Circular ministerial de 7 de marzo de 1984 relativa a la puesta en marcha del servicio público de empleo, BO TR 84/32.

³⁴ La resolución de 20 de diciembre de 1986 completó la configuración del SPE añadiendo otros participantes, en particular las “células de reclasificación en el marco de un plan de protección del empleo”, o también las “asociaciones intermediarias” (Cf. en particular B. Brunhes, *Un service public de l’emploi pour les années 1990, Rapport au Commissaire au Plan 1989*).

³⁵ Ph. Auvergnon, P. Martin, *The reform of the Public Employment Service in France: Modernisation and New Governance Issues*, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Kluwer, 2009, n° 71, p. 147.

Las críticas formuladas contra el “balcanización” del SPE llevaron a los poderes públicos a instaurar mecanismos de concertación. Pero, las rigideces institucionales y culturales entre los distintos socios de esta fórmula (en particular, la ANPE y los centros locales destinados a la inserción social y profesional de los jóvenes denominados “missions locales”) perjudicaron mucho su colaboración y probablemente la calidad del servicio prestado. Así, de 1984 a 2004 coexistieron un “servicio público de colocación”, organizado legalmente por el Código del trabajo, y un “servicio público de empleo”, que no tenía otro fundamento que la circular de 1984, y “sin duda era más real para la Administración que para el público”³⁶.

La ley de 18 de enero de 2005 persiguió “más lejos y más radicalmente la lógica de apertura del mercado laboral a todos los participantes del mercado de trabajo, abandonando el concepto de “servicio público de la colocación” en favor del más amplio y más vago, de “servicio público de empleo”³⁷. La consagración legal de este concepto no se inscribe en una dinámica de aproximación “sino, por el contrario, de fragmentación puesto que se incorporan nuevos participantes (agencias privadas de empleo, empresas de trabajo temporal) al círculo de los agentes del servicio público de empleo”³⁸. De hecho, la ley de 2005 dibuja un “SPE” en tres círculos que corresponden a tres grandes categorías de participantes. El primer círculo integra a los que “garantizan” el servicio público de empleo (Servicios del Estado, la ANPE después « Pôle emploi », prestaciones por desempleo y AFPA)³⁹; la ley previó que este círculo debería ser organizado por un convenio tripartito celebrado entre el Estado, la ANPE y la UNEDIC, por su parte la AFPA sería llamada a firmar un Anexo. En la práctica, efectivamente se firmó un convenio tripartito a nivel nacional⁴⁰, con dificultades y bajo algunas condiciones, en particular, de reafirmación de la

³⁶ Y. Rousseau, *Du monopole public du placement à un nouveau service public de l'emploi*, Dr. soc. 2005, p. 460.

³⁷ C. Willmann, *Placement et recrutement*, LexisNexis 2009, *Travail Traité* Fasc. 17-10, p. 8 ; voir en particulier : Y. Rousseau, *op. cit.*, p. 456 et s. ¿Cabe preguntarse, recordando a Léon Duguit en relación con la noción de «servicio público», sobre el hecho de saber si se hace una referencia correcta a este último cuando se menciona el «servicio público de empleo» ? ¿Se trata de una terminología superada pero políticamente útil? ¿Este concepto corresponde lo mejor posible a la idea europea de servicios de interés general?.

³⁸ C. Willmann, *op. cit.*, p. 18.

³⁹ Art. L. 5311-2 del Código del trabajo.

⁴⁰ Convenio Estado-ANPE-UNEDIC de 5 de mayo de 2006 relativo a la coordinación de las acciones del servicio público, LS. de 6 jun 2006, n° 8699, D4, 426. Si la ley de 18 de enero de 2005 proporcionó la base para el establecimiento de convenios de colaboración entre los agentes del SPE a nivel nacional, regional o local, numerosos convenios ya se habían concluido y ponían de manifiesto la voluntad de trabajar juntos o por lo menos del establecimiento formal de tal voluntad (Cf. en particular, Convenio ANPE/Unédic de 23 de julio de 1983 denominado convenio Gide, etc).

autonomía de los agentes sociales. El segundo círculo es el de las Administraciones territoriales y sus agrupaciones que “contribuyen” al servicio público de empleo⁴¹, mientras que el tercero reúne a “los organismos públicos o privados cuyo objeto consiste en la prestación de servicios relativos a la colocación, a la inserción, a la formación y a la orientación de los demandantes de empleo”, los organismos especializados en la inserción profesional de las personas discapacitadas, los organismos vinculados al Estado por un convenio relativo “a la inserción por la actividad económica de personas con dificultades sociales y profesionales particulares” (empresas y asociaciones de inserción), y las empresas de trabajo de temporal⁴². La ley de 2005 no dice nada de las condiciones de “contribución” o “participación” en “el servicio público de empleo”. Se puede observar que “contribución y participación en un servicio público son conceptos que parecen no corresponder a ninguna definición jurídica que distinga uno del otro o de la de asociación”⁴³. Pragmáticamente, se puede considerar que “estos participantes, en particular, los operadores privados, no tienen una misión de servicio público, pero la totalidad o parte de sus actividades entra en el campo definido como el del SPE: esta es la razón por la que participan en este (sometiéndose a sus normas de no discriminación y gratuidad para los solicitantes de empleo)”⁴⁴.

Esta configuración legal del “servicio público de empleo”, efectuada en 2005, no fue cuestionada por la ley de 13 de febrero de 2008 relativa a la organización del servicio público de empleo; esta unió en un mismo conjunto las instituciones del primer círculo del SPE principalmente encargadas de la colocación (ANPE) y los subsidios por desempleo (Red ASSEDIC). Esta “fusión” a la que el legislador de 2005 no se había atrevido, correspondía a un compromiso del candidato elegido para la Presidencia de la República en 2007.

1.2. Organización: las dificultades específicas

Las reformas relativas a la intermediación en el mercado laboral han dado lugar a ciertas dificultades. Resultado de ellas fue la opción en 2008 por una fusión brutal en “Pôle Emploi” de la ANPE, establecimiento encargado de la

⁴¹ Art. L. 5311-3 del Código del trabajo. Aunque el empleo sea una responsabilidad Estado, desde hace tiempo se invita a las Administraciones territoriales a contribuir a su desarrollo y a la lucha contra el desempleo. Según la ley de 18 de enero de 2005, estas Administraciones y sus agrupaciones “contribuyen” al servicio público de empleo. Las formas según las cuales los departamentos (inserción) y los municipios (colocación) deben concluir un convenio con el Estado y, si fuese necesario, con la ANPE, ya estaban previstas por la resolución de 1986, y siguen estando en vigor. Ninguna lo está para las regiones.

⁴² Art. L. 5311-4 del Código del trabajo.

⁴³ Y. Rousseau, *op. cit.*, p. 461.

⁴⁴ C. Willmann, *op. cit.*, p. 15.

colocación, y de la red ASSEDIC, asociaciones privadas administradas por los interlocutores sociales que garantizaban el subsidio. El hecho de que esta fusión se haya producido en un momento en el que se agravó la situación del empleo (crisis de 2008) no arregló las cosas (1). De manera mucho menos coyuntural, las dificultades específicas se deben a las incertidumbres relativas al control territorial de la cuestión del empleo (2).

1.2.1. La elección y las incidencias de una fusión institucional en tiempos de crisis

La ley de 13 de febrero de 2008 eligió como estatuto jurídico del nuevo operador, posteriormente denominado “Pôle Emploi”⁴⁵, el de una institución nacional pública dotada de personalidad jurídica y autonomía financiera⁴⁶. Como ya se ha señalado, las misiones anteriormente atribuidas a la ANPE y la ASSEDIC se encomendaron a la nueva institución, la UNEDIC sólo conservó la carga de la gestión de las prestaciones por desempleo.

Además de posibles acciones confiadas por el Estado, las Administraciones territoriales y la institución gestora de las prestaciones por desempleo (UNEDIC)⁴⁷, la ley atribuye a “Pôle Emploi” cinco misiones: estudiar el mercado laboral, acoger y acompañar a los solicitantes de empleo, registrar a los solicitantes de empleo, abonar los subsidios de desempleo (UNEDIC) y de solidaridad (Estado), recoger y difundir los datos relativos al mercado laboral⁴⁸. La primera de sus misiones contempla expresamente la intermediación puesto que se trata “de estudiar el mercado laboral, desarrollar un peritaje sobre la evolución de los empleos y cualificaciones, proceder a la recogida de las ofertas de empleo, ayudar y aconsejar a las empresas en su contratación, garantizar la relación entre las ofertas y las demandas de empleo y participar activamente en la lucha contra las discriminaciones en la contratación y por la igualdad profesional”⁴⁹.

La institución, según la ley, es “administrada por un consejo de administración y dirigida por un director general”⁵⁰. Si de la composición de su consejo de administración parece extraerse una gobernanza tripartita⁵¹, lo cierto es

⁴⁵ La creación del nuevo logo de la institución habría costado 135.000 euros en el marco de una licitación atribuida a la sociedad Nomen. En cuanto al “coste” de la fusión podría ascender en 5 años a 500 millones de euros (Cf. J.P. Alduy, Rapport d’information fait au nom de la mission commune d’information relative à Pôle emploi, Rapport du Sénat, 2011, n° 713, p. 47).

⁴⁶ Art. L. 5312-1 del Código del trabajo.

⁴⁷ Art. L. 5312-1, 6° del Código del trabajo.

⁴⁸ Art. L. 5312-1, 1° à 5°.

⁴⁹ Art. L. 5312-1, 1°.

⁵⁰ Art. L. 5312-2

⁵¹ Art. 5312-4 del Código del trabajo. El consejo de administración está compuesto por 18 miembros (representantes del Estado (5), de los empresarios (5), de los sindicatos (5), de las Administraciones territoriales (1) a los que se añaden los designados por el ministro de trabajo (2)).

que “el elemento fuerte” es el director general, nombrado por decreto, previo dictamen del consejo de administración. “Ejerce la dirección de la institución en el marco de las orientaciones definidas por el consejo de administración; prepara las deliberaciones de este consejo y garantiza su ejecución”⁵². Ciertamente, el consejo de administración “puede, por mayoría de dos tercios de sus miembros, solicitar su revocación”⁵³, pero los dos tercios no podrán ser reunidos sin la voluntad del Estado...⁵⁴ Por su parte, el consejo de administración regula por sus deliberaciones los asuntos relativos al objeto de la institución. Las decisiones que conciernen “al presupuesto y a los préstamos así como a los importes máximos de los créditos pendientes de tesorería se adoptarán por mayoría de dos tercios de los miembros presentes”⁵⁵.

El presupuesto de “Pôle Emploi” comprende cuatro secciones “no fungibles”⁵⁶: las dos primeras se refieren a las prestaciones y subsidios en las situaciones de desempleo: “Seguro de desempleo” (prestaciones y cotizaciones sociales correspondientes a estas prestaciones), “Solidaridad” (subsidios y ayudas concedidas por cuenta del Estado); las dos secciones restantes conciernen directamente a la actividad de intermediación a través de los medios “de Intervención” (gastos que contribuyen a la colocación, a la orientación, a la inserción profesional, a la formación y al acompañamiento de los demandantes de empleo) y al “Funcionamiento e inversión” (gastos de personal y funcionamiento,...). Se prevé que “la financiación de estas dos últimas secciones esté garantizada por una contribución del Estado y una contribución del organismo gestor del régimen de seguro de desempleo (...) así como, cuando proceda, por las subvenciones de las Administraciones territoriales y otros organismos públicos y los productos recibidos como prestaciones por los servicios realizados, todos los ingresos autorizados por las leyes y reglamentos vigentes, los productos financieros y los productos excepcionales”⁵⁷. La ley indica de manera más o menos tranquilizadora que “la contribución del Estado y la contribución del organismo gestor de las prestaciones por desempleo se fijan en un nivel compatible con la continuación de las actividades de la institución, habida cuenta de la evolución del mercado laboral”⁵⁸.

In fine, cabe destacar que un “convenio plurianual concluido entre el Estado, el organismo gestor de las prestaciones por desempleo (...) y la institución pública mencionada (...), define los objetivos asignados a “Pôle Emploi” res-

⁵² Art. L. 5312-4 del Código del trabajo.

⁵³ Article L. 5312-6.

⁵⁴ De los 18 miembros del Consejo de administración 5 representan al Estado y 2 son designados por el ministro de trabajo ...

⁵⁵ Art. L. 5312-5 del Código del trabajo.

⁵⁶ Art. L. 5312-7.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Idem*.

pecto “a la situación del empleo y habida cuenta de los medios provisionales que le son asignados por el organismo gestor de las prestaciones por desempleo y el Estado”. En particular, el convenio debe precisar: las personas que deben beneficiarse prioritariamente de las intervenciones de “Pôle Emploi”, los objetivos de mejora de los servicios prestados a los demandantes de empleo y a las empresas, en concreto el número de solicitantes de empleo que, por término medio, son objeto de seguimiento por un asesor, la evolución de la organización territorial de la institución, las condiciones de recursos para los organismos privados que ejercen una actividad de colocación, las condiciones en las cuales las acciones de la institución se evalúan a partir de indicadores de resultado⁵⁹.

Un informe del Senado relativo a “Pôle Emploi” concluyó recientemente que, en principio, estaba bien fundada la decisión de fusionar la ANPE y la ASSEDIC; destaca a este respecto la simplificación de las gestiones para los usuarios⁶⁰, la supresión de redundancias administrativas, el desarrollo interno de nuevas prestaciones⁶¹ y un tratamiento más igualitario singularmente entre solicitantes de empleo que se benefician o no de un subsidio por desempleo⁶². No obstante, el informe hace hincapié en el hecho de que la fusión se desarrolló en un corto plazo de tiempo, que no fue facilitada por un contexto de fuerte subida del desempleo⁶³ y, sobre todo, que se cometieron algunos errores. Si esta “fusión” debía traducirse casi de forma mecánica en una mayor eficacia de la intermediación, más de tres años después lo que se constata es una calidad de acompañamiento de los demandantes de empleo deteriorada⁶⁴.

El convenio plurianual firmado entre el Estado, UNEDIC y “Pôle emploi”, el 2 de abril de 2009 fijaba como objetivo para 2011 una proporción de 60 demandantes de empleo asistidos por un asesor, dando prioridad al seguimiento de los colectivos más alejados del empleo. Sería como mínimo un promedio de 100 a 110⁶⁵. Si el propio convenio llegó a establecer en su Anexo hasta treinta y tres “indicadores de resultado”, al menos el contexto de crisis y la fusión efectuada de forma abrupta en un momento de empeoramiento de la situación

⁵⁹ Art. L. 5312-3 del Código del trabajo.

⁶⁰ Los demandantes de empleo ya no tienen que dirigirse a lugares diferentes dependiendo de que su solicitud se refiera a su subsidio o a su búsqueda de empleo. Disponen de un único número de acceso a los servicios telefónicos, el 3949, los empresarios por su parte el 3995. Existe un único sitio (pole-emploi.fr).

⁶¹ Por ejemplo, la transferencia de los psicólogos del trabajo de AFPA ha permitido a “Pôle emploi” desarrollar una nueva prestación de orientación profesional especializada (Pops).

⁶² Antes de la fusión, la ANPE y la ASSEDIC disponían de sus propios dispositivos de ayuda a la contratación y a la vuelta al empleo. La ASSEDIC reservaba sus ayudas a los demandantes de empleo con derecho a subsidio, lo que representaba alrededor de un desempleado sobre dos.

⁶³ Cf. Crisis financiera de 2008 y agravación de la crisis del empleo.

⁶⁴ J.-P. Alduy, Rapport d’information fait au nom de la Mission commune d’information relative à Pôle emploi, Rapport du Sénat 2010-2011, n° 713, tomo 1, 5 julio 2011.

⁶⁵ J.-P. Alduy, *op. cit.*, p. 9.

del empleo, llevaron a garantizar ante todo las prestaciones por desempleo antes que cualquier mejora en cuanto al apoyo de los demandantes de empleo.

Los problemas suscitados por la integración en la misma institución, de “equipos mixtos” de 30.000 colaboradores de la ANPE y de 15.000 asalariados de la ASSEDIC, parece que en la actualidad se han solucionado en parte⁶⁶. No obstante, no se puede silenciar el coste humano y financiero de la operación⁶⁷. La idea que había presidido la fusión de la instauración de un “único oficio” no terminó de tener efectos negativos. Después de un período de formación, el conjunto de los agentes debía, ser capaz de ejercer indiferentemente su trabajo tanto en materia de subsidios como de colocación. Esta polivalencia habría aportado a “Pôle emploi” una formidable flexibilidad en la gestión de su personal y habría permitido poner frente a cada solicitante de empleo un asesor capaz de responder a todas las cuestiones⁶⁸. Pero la fusión, además de un coste financiero, históricamente muy subestimado⁶⁹, tuvo y sigue teniendo un importante “coste humano” vinculado al malestar y al estrés que implicó para el personal. Se constató un importante, y a veces dramático (suicidios), incremento de los riesgos psicosociales⁷⁰. *In fine*, cabe destacar que las condiciones en las cuales se operó la fusión, por el momento, no han permitido verdaderamente a “Pôle emploi”, a pesar de sus estructuras regionales⁷¹, mejorar su sujeción territorial⁷².

⁶⁶ En el transcurso del primer semestre de 2011 se desplegó por fin un sistema informático denominado Neptuno.

⁶⁷ Además de la existencia de dos direcciones generales y de dos “redes”, antes de la fusión el personal de la ASSEDIC estaba compuesto de asalariados de derecho privado mientras que el personal de la ANPE estaba formado por agentes de derecho público sometidos a un estatuto reglamentario establecido por el decreto n° 1370 de 31 de diciembre de 2003. Las dos categorías de agentes han sido transferidas de pleno derecho a Pôle emploi. A partir de la entrada en vigor el 1 de enero de 2010 del “convenio colectivo nacional de los agentes de derecho privado de Pôle emploi”, los agentes de la ANPE tuvieron un plazo de 2 años para conservar su estatuto u optar por el convenio colectivo (en julio de 2011 el 60% había optado por este último y... se habían beneficiado de una subida salarial de alrededor de un 20 %).

⁶⁸ J.-P. Alduy, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁹ J.-P. Alduy, *op. cit.*, p. 46.

⁷⁰ J.-P. Alduy, *op. cit.*, p. 48 à 54.

⁷¹ El art. L. 5312-10 del Código del trabajo precisa: “En el seno de cada dirección regional, un organismo paritario, compuesto por representantes de los empresarios y de los trabajadores designados por las organizaciones empresariales y sindicales representativas a nivel nacional e interprofesional, vigila la aplicación del acuerdo relativo al seguro de desempleo previsto en el artículo L. 5422-20 y es consultado con respecto a la programación de las intervenciones a nivel territorial”.

⁷² Si la fusión en un periodo corto de tiempo y en una situación de crisis agravada del empleo ciertamente ha inducido a una “excesiva centralización”, se debe subrayar que la aplicación en cada región del convenio tripartito Estado-UNEDIC-Pôle emploi debe permitir una “impregnación regional”, incluso en términos más de autonomía, también la financiera, de las direcciones regionales y de las agencias de Pôle emploi (Cf. R.-M. van Lerberghe, Rapport sur la territorialisation de Pôle emploi, 2010)

1.2.2. Las incertidumbres del control territorial de la cuestión del empleo

En tiempos de discursos recurrentes sobre la globalización, sobre la flexibilidad - ¡segura o no! -, la movilidad profesional y geográfica,... puede parecer paradójico en materia de intermediación, sobre todo proponerse hablar de proximidad, realidades locales, agentes y redes locales. Realmente, la “territorialización” de la intermediación está justificada por la constatación de una baja propensión a la movilidad geográfica que, en hipótesis, sólo sería una respuesta para demandantes de empleo singularmente cualificados. La eficacia residiría pues en abordar en la proximidad las cuestiones de empleo. Esta tiene la ventaja de basarse no sólo en el conocimiento de las realidades socioeconómicas sino también en el ejercicio de responsabilidades locales; así, cuanto más se aplicasen las políticas y medidas de empleo que tienen en cuenta las particularidades de las situaciones locales de empleo, más eficaces resultarían.

En Francia, país sin embargo conocido por su “jacobinismo”, el problema viene hoy más bien de la existencia de una pluralidad de niveles territoriales de competencias y decisiones; se hace aquí referencia a las distintas categorías de Administraciones territoriales⁷³ y también a diferentes niveles de iniciativa y cooperación, como las “cuencas de empleo”, los “países”,... A esto se añade, como se indicó, un “Servicio público de empleo” al cual “contribuyen”, en adelante, las “Administraciones locales y sus agrupaciones” y en el que “participan” todos los organismos públicos y privados que intervienen en materia de inserción profesional. Esta oficialización refuerza “el peso de estos diferentes organismos”⁷⁴. Pero inmediatamente se ha planteado la hipótesis de que “la multiplicación de los miembros del servicio público a nivel departamental y sobre todo local conlleva el riesgo de dificultar más aún la coordinación de sus acciones”⁷⁵. Efectivamente la confrontación del “servicio público de empleo” con las especificidades de la organización territorial y de la distribución de competencias, implica hoy un verdadero problema de animación y coordinación de la intermediación del SPE a nivel local (a). Por otra parte, al margen de que quepa felicitarse o no por ello, las Administraciones territoriales hoy son socios inevitables en materia de intermediación (b), como, por otro lado, los agentes locales “de la inserción por la actividad económica” (c).

⁷³ En 2011 Francia cuenta con 27 regiones, entre las que están 5 de Ultramar y 101 departamentos, de estos 5 de Ultramar y 36.682 municipios. El nivel regional y departamental corresponde a la vez a una Administración territorial específica y a una circunscripción administrativa de descentralización de los servicios del Estado. En cuanto a los municipios, se observa que su número es claramente más elevado que en la inmensa mayoría de los países europeos en los que existe una división territorial similar. También existen diversas formas de cooperación entre los municipios, así, sindicatos de municipio, comunidades de municipios...

⁷⁴ M. Véricel, *La réorganisation du service public de l'emploi*, La Semaine Juridique Ed. G., 2005, 1115.

⁷⁵ *Idem*.

a) La coordinación de la intermediación del SPE a nivel local

En este caso deben plantearse dos cuestiones: por una parte, la razón de ser de las denominadas “Maisons de l’emploi” (Casas del Empleo); y, por otra, el control del Servicio público de empleo local (SPEL). Es aquí donde la deficiencia (actual) de “territorialización” de “Pôle emploi” seguramente se hace sentir más.

Las “Maisons de l’emploi” fueron promovidas por la ley de 18 de enero de 2005⁷⁶. Se trataba de instaurar a nivel local una especie de “ventanilla única” para el conjunto de los servicios que se le proporcionan al desempleado. Sobre la base del éxito de la experiencia obtenida en una ciudad de la que había sido alcalde⁷⁷ el Ministro del empleo de la época, se proponía sobre todo responder a la fragmentación institucional y geográfica de las prestaciones de la ANPE y la ASSEDIC, puesto que políticamente no se había atrevido “a fusionar” las dos redes. Dado que se hizo esto tres años más tarde, las misiones de las “Maisons de l’emploi” se revisaron con la finalidad de no duplicarlas teniendo en cuenta las de “Pôle emploi”. En la actualidad, estas “Maisons” cooperan “en la coordinación de las políticas públicas y en la colaboración local de los agentes públicos y privados que actúan en favor del empleo, la formación, la inserción y el desarrollo económico”, ejercen una “misión de estudio de la situación del empleo y de anticipación de los cambios económicos”, contribuyen “a la coordinación de las acciones del servicio público de empleo” y participan de forma complementaria con “Pôle emploi”, las redes especializadas y los agentes locales en cumplimiento de las competencias de las regiones y los departamentos en la recepción, la información, la orientación y el acompañamiento de las personas que buscan una formación o un empleo, así como en el “mantenimiento y desarrollo de la actividad y el empleo, y en la creación y continuación de una empresa”⁷⁸. Realmente, quienes hayan sido elegidos a nivel local y hayan deseado tener “su” “Maison de l’emploi”, políticamente no pueden asumir su supresión; hoy estas estructuras, generalmente, tan sólo parecen aportar un poco de complejidad. Su muerte dulce o su colocación en situación de coma profundo parecen adelantarse a través de la reducción de sus financiaciones, singularmente por la vía del Estado, y ello a pesar de la resistencia de los políticos locales.

No son las “Maisons de l’emploi” las que coordinan y menos aún las que controlan el Servicio público de empleo local (SPEL). ¿Quién se encarga entonces?, ¿hay un control en el SPEL? Parece que el Estado tenga aquí ciertas veleidades⁷⁹. Una circular de 2011 invita a los servicios del Estado a organizar

⁷⁶ Cf. En particular, el art. 49 de la ley de 18 de enero de 2005 de programación de la cohesión social.

⁷⁷ La ciudad: Valenciennes; el ministro: Jean-Louis Borloo.

⁷⁸ Art. L. 5313-1 del Código del trabajo.

⁷⁹ ¿Detrás de estas “veleidades” no hay simplemente más que una manifestación de defensa de la corporación de los prefectos y sobre todo de los “subprefectos” a quienes habría que ocupar para perpetuar?

cada mes una reunión del SPEL en la cual deben obligatoriamente participar un responsable de la Direccte⁸⁰, un responsable de “Pôle emploi” y los responsables de las misiones locales de la cuenca de empleo en cuestión. Además, “corresponde a cada subprefecto ampliar el SPEL a todos los socios útiles asociando, con carácter facultativo: las Maisons de l’emploi, Cap emploi (red nacional red nacional de organismos de colocación especializados al servicio de las personas discapacitadas y de los empresarios para la adecuación, empleo, competencias y discapacidad), los cargos electos locales, las empresas, la red consular, los interlocutores sociales locales (...), la red de contables...”⁸¹. Como se ha indicado “esta implicación del Estado en el funcionamiento del SPEL es legítima y útil”, no obstante “los prefectos y los subprefectos, habida cuenta de los medios de los que disponen y de sus cambios frecuentes de asignación, (...), difícilmente pueden prever la coordinación del funcionamiento diario del SPEL”. Efectivamente se puede temer “que la coordinación que llevan a cabo sea más formal que realmente operativa”⁸². En la práctica, “Pôle emploi” se asimila cada vez más al SPE, no se entiende cómo este operador central dotado de medios bastante superiores a los de otros componentes, incluidos los servicios especializados del Estado, no garantiza esta tarea de coordinación⁸³.

b) La asociación inevitable de las Administraciones territoriales

Al margen de los problemas que se plantean en relación con las “Maisons de l’emploi”, hay que tener en cuenta que la acción intermediadora de algunos alcaldes a veces se puede prestar a debate⁸⁴. Aún así, hay que considerar el hecho de que el alcalde de un municipio está “en primera línea” frente a sus administrados en lo que se refiere a las cuestiones de empleo y “no podría dar la impresión de pasividad ante el incremento del desempleo en su municipio o al impacto social del cierre de una empresa”⁸⁵. La ley vino a oficializar su posible papel en la intermediación previendo, en particular, que “en los municipios donde no existe agencia de “Pôle emploi”, ni una oficina de un organismo que haya celebrado un convenio con “Pôle emploi”, los alcaldes están encargados de recibir e inscribir las declaraciones de los solicitantes de empleo

⁸⁰ Dirección regional de las empresas, de la competencia, del consumo, del trabajo y del empleo (<http://direccte.gouv.fr>).

⁸¹ Instrucción DGEFP n° 2011-09 de 3 de marzo de 2011 relativa a la movilización para el empleo al nivel infra-departamental.

⁸² J. P. Alduy, *op. cit.*, p. 170.

⁸³ El informe sobre la territorialización de Pôle emploi (R.-M. Van Lerberghe, *op. cit.*) señala que Pôle emploi quizás sea el agente clave de la colaboración local o, para los proyectos más alejados de su actividad principal, simple «contribuidor».

⁸⁴ Así cuando se prestan por exceso a las exigencias de las empresas negociando su implantación local, o también velan por el empleo de familiares en los servicios de su municipio, etc.

⁸⁵ J. Marimbert, *Rapport sur le rapprochement des services de l’emploi, Rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, 2004, p. 144.

y transmitir las a estos organismos⁸⁶. Del mismo modo, los municipios pueden recibir ofertas de empleo y realizar operaciones de colocación en favor de sus administrados cuando busquen un empleo, después de haber celebrado a tal efecto un convenio con el Estado y “Pôle emploi”⁸⁷. En términos más generales “los municipios y sus agrupaciones tienen responsabilidades en materia de desarrollo económico y, gracias a sus competencias en materia de urbanismo, están informados de todos los proyectos de implantación de empresas en su territorio. Por tanto, tienen una información esencial para favorecer posibles colocaciones. Pueden pues contribuir provechosamente al análisis de las necesidades y a la elaboración de los diagnósticos locales”⁸⁸.

Un colaborador del primer círculo del SPE, y singularmente de “Pôle emploi”, parece también adecuado a nivel departamental. El Consejo general del departamento es competente en materia de atribución y de seguimiento de los titulares de la Renta de Solidaridad Activa (RSA)⁸⁹, dispositivo que sustituye a la Renta mínima de Inserción (RMI). A pesar de que han existido experiencias, desgraciadamente hoy no parece que hayan tenido una continuidad en materia de acompañamiento reforzado, a la vez social y profesional, de los beneficiarios de este dispositivo que resultan bastante a menudo muy “alejados” del mercado laboral⁹⁰.

Por último, cabe destacar la importancia de la coordinación con los “Consejos regionales” precisamente en el ámbito de la formación, materia que ahora es de competencia regional. Actualmente “entre un 80 % y un 85 % de la formación de los solicitantes de empleo se financia por las regiones y un 15 % por Pôle emploi”. No se puede sino desear una complementariedad de las políticas de formación. En parte este es el caso, el operador público financia más bien la formación de adaptación al puesto de trabajo, y los Consejos regionales la formación profesional. En algunas regiones existen “plataformas de colaboración en la formación” que permiten la coordinación diaria entre los servicios de “Pôle emploi” y los del Consejo Regional (Región Norte), a veces, ambas instituciones han celebrado un convenio en materia de formación (región Aquitania) o en la práctica han creado una agrupación de adquisición de formación (Regiones de Borgoña y Ródano-Alpes). No es menos cierto que las relaciones parecen aún hoy poner de manifiesto más la iniciativa específica que la coordinación sistemática⁹¹. ¿Es por lo que las Regiones, competentes en materia de formación, reivindican cada vez más claramente la animación de la “red de los agentes de la formación (...) y del acompañamiento hacia el

⁸⁶ Art. L. 5322-1 del Código del trabajo.

⁸⁷ Art. L. 5322-2 del Código del trabajo.

⁸⁸ J. Alduy, *op. cit.*, p. 172.

⁸⁹ Más información: www.rsa.gouv.fr.

⁹⁰ J. Alduy, *op. cit.*, p. 172.

⁹¹ J. Alduy, *op. cit.*, p. 175.

empleo” así como “la responsabilidad y el control de los servicios públicos de recepción y acompañamiento de las personas en la búsqueda de un empleo como empresarios que prevén contrataciones”⁹².

c) El interés de la colaboración con los agente locales de inserción

El nivel local es ciertamente aquel donde se puede trabajar para acercar al mercado laboral a los colectivos más frágiles. A este respecto, “Pôle emploi” tiene interés en desarrollar colaboraciones con los agentes de inserción. Esto puede pasar, en particular, por una implicación en el funcionamiento de los “Planes locales para la inserción y el empleo” (PLIE)⁹³ creados a iniciativa de un municipio o de una agrupación de municipios; estos últimos movilizan al conjunto de los agentes de inserción social y profesional a nivel local con el fin de favorecer el acceso o la vuelta al empleo de las personas con mayores dificultades⁹⁴.

Del mismo modo, una acción de coordinación particular se lleva a cabo, a veces y de manera muy desigual⁹⁵, por “Pôle emploi” con los agentes “de la inserción por la actividad económica”. Esta última tiene por objeto “permitir a personas en situación de desempleo, con dificultades sociales y profesionales particulares, beneficiarse de contratos de trabajo con el fin de facilitar su inserción profesional. Pone en práctica modalidades específicas de acogida y acompañamiento”⁹⁶. Los agentes de este segmento de la intermediación tienen pues vocación de acompañar hacia el empleo a unas personas que están muy alejadas del mismo, siendo - normalmente de manera transitoria - su empresario⁹⁷. Para ello, cuando adopten la forma de empresa de inserción, de empresa de trabajo temporal de inserción, talleres y obras de inserción o asociaciones intermediarias, podrán celebrar convenios con el Estado⁹⁸. En el marco particular de estos últimos, está permitido poner, con carácter oneroso, a la

⁹² Cf. ARF, Des Régions plus fortes pour une France plus efficace, Dossier de l'Association des Régions de France, 2011 (<http://www.arf.asso.fr/2011/04/des-regions-plus-fortes-pour-une-france-plus-efficace-2.html>).

⁹³ Hoy se contarían 188 « PLIE ». Este antiguo dispositivo ha sido confirmado por la ley n° 98-657 de 29 de julio de 1998 de orientación en relación a la lucha contra las exclusiones. Los PLIE tienen estatutos jurídicos variados: asociaciones, agrupación de interés público, establecimiento intermunicipal,...

⁹⁴ Entre 2000 y 2006 los PLIE habrían guiado a 303.968 personas con una “tasa de salida positiva media del 45 % del empleo sostenible (CI (contrato indefinido) o CDD (contrato de duración determinada) de más de 6 meses) o una formación profesional” (Cf. Informe del Senado 2011, p. 177)

⁹⁵ Se puede esperar una mejora de esta colaboración después de la firma en 2011 de un “acuerdo marco” entre el Estado, Pôle emploi y las redes de inserción por la actividad económica (Cf. J. Alduy, *op. cit.*, p. 177).

⁹⁶ Art. L. 5132-1 del Código del trabajo.

⁹⁷ Cf. en particular S. Molla, Structures d'insertion par l'activité économique : CDD d'insertion et autres dispositions, JCP S 2009, p. 1076.

⁹⁸ Cf. art. L. 5132-4 del Código del trabajo. El convenio prevé en particular el importe de la ayuda del Estado respecto al número, tipo de apoyo y seguimiento de las personas contratadas de forma temporal, a menudo en el marco de un CDD (contrato de duración determinada) de inserción, es decir, de un contrato en sí mismo “ayudado” (exento de cotizaciones sociales).

persona contratada a disposición de personas físicas o jurídicas⁹⁹, incluidos establecimientos públicos, a condición de celebrar un convenio de cooperación con “Pôle emploi”¹⁰⁰. Por lo que se refiere al público beneficiario de esta intermediación particular, se ha subrayado muy acertadamente cómo “la referencia a personas en situación de desempleo es no obstante incómoda”¹⁰¹. En la práctica, en efecto, “las asociaciones intermediarias ven llegar en sus centros “nuevos pobres”: asalariados modestos, comerciantes en quiebra, familias monoparentales o no con un único salario, personas aisladas en zona rural para quienes es preciso encontrar una solución”. Una circular administrativa parece no obstante reconocer una cierta flexibilidad a la asociación intermediaria en cuanto a la valoración de su “público”, dirigiéndose, en particular, a las “personas que carecen de todo tipo de recursos, en situación de ruptura familiar, en estado de desamparo psicológico”¹⁰².

Aunque la intervención de los agentes de la inserción por la actividad económica puede tener efectos limitados¹⁰³, su intermediación entre las personas que tienen enormes dificultades y el mercado laboral es innegablemente importante en términos de dignidad de las personas y también de cohesión social. Estas “estructuras privadas” deben obviamente distinguirse de operadores privados como las “agrupaciones de empresarios”¹⁰⁴; estos últimos pueden contribuir a la contratación y a la puesta a disposición de personal, la mayoría de las veces cualificado, a ofrecer soluciones locales de empleo. Sobre todo no deben confundirse con operadores cuya actividad de intermediación tiene por objeto lograr beneficios financieros. Sin embargo, como se verá, no es posible sobrevalorar el impacto de la liberalización, la penetración de la lógica de mercado o creer en la existencia de una competencia generalizada.

⁹⁹ Art. L. 5132-7 del Código del trabajo.

¹⁰⁰ Art. L. 5132-9 del Código del trabajo.

¹⁰¹ Art. L. 5132-9 del Código del trabajo.

¹⁰² Circular DGEFP, n° 2005/12 de 21 de marzo de 2005.

¹⁰³ Cf. en particular M. Cervera et H. Defalvard, *Accompagnement dans et vers l'emploi : pertes et profits dans les structures d'insertion par l'activité économique*, Travail et Emploi 2009, n° 119, p. 51.

¹⁰⁴ Estas agrupaciones pueden poner trabajadores a disposición de sus miembros en el marco de operaciones con un fin no lucrativo (Cf. art. L. 1253-1 y ss. del Código del trabajo). Ver en particular: Ph. Auvergnon, *El agrupamiento de empleadores : relacion triangular de trabajo y fórmula jurídica de empleo adaptada al sector de la agricultura*, en « Monográfico sobre las Relaciones Triangulares de Trabajo », *Temas laborales*, 56/2000, p. 163 ; J. Dalichoux et P. Fadeuilhe, *Les groupements d'employeurs*, Ed. Liaisons, 2008, 251 p. Una ley de 28 de julio de 2011, n° 893, para el desarrollo de la alternancia y la seguridad de los itinerarios profesionales vino a flexibilizar el marco jurídico de las agrupaciones de empresarios.

2. IMPACTO RELATIVO DE LA LÓGICA DE MERCADO

La evolución del derecho parece probar que ha desaparecido el compromiso establecido en 1945 entre colocación que depende del único operador público y actividades privadas de contratación marginalmente toleradas. En adelante, la intermediación en el mercado laboral parece remitir más a una multiplicidad de mercados que a una actividad de servicio público. Con todo, más allá de los discursos, la existencia de una competencia entre los agentes públicos y privados de la intermediación no debe exagerarse. El mercado de la colocación permanece dominado por el operador público (a), si el de la contratación es ahora reconocido, la competencia entre intermediarios sigue siendo limitada (b).

2.1. Colocación: el mercado dominado

Aunque se suprimió el monopolio público de colocación, “Pôle emploi”, sucesor de la Agencia nacional para el empleo (ANPE), sigue siendo el agente dominante de la intermediación en el mercado laboral. Históricamente la crisis de mediados de los años setenta responsabilizó a la institución pública del problema de la colocación de la inmensa cantidad de demandantes de empleo. “Pôle emploi” intenta garantizar esta misión solo o en contratación conjunta (“co-traitance”), lo que ha sido muy criticado pero en la práctica poco controvertido (1). Por otro lado, si desde hace cerca de treinta años los operadores privados realizan una parte de la actividad por cuenta del operador público, esto pone de manifiesto un desarrollo innegable de esta subcontratación (2).

2.1.1. Un operador público criticado pero indiscutible

Ser un generalista de la intermediación en el mercado laboral en un contexto de desempleo masivo es una actividad por lo menos difícil. ¿Se acompaña por otra parte hacia el empleo o en el desempleo, en cuanto no se cree que sea ni el derecho ni una institución quienes crean el empleo?¹⁰⁵. En cambio, se puede juzgar a una organización con respecto a la realidad de la prestación que anuncia. A pesar de las reformas y objetivos indicados, la calidad y, en particular, la personalización de los servicios de “Pôle emploi” no se garantizan (a). Sin embargo, la institución pública intenta tener en cuenta la especificidad de la colocación de categorías particulares de demandantes de empleo en el marco de relaciones de contratación conjunta (“co-traitance”) con determinadas redes (b). En cualquier caso los operadores privados no se apresuran por competir con “Pôle emploi”, ya que la colocación debe seguir siendo gratuita para el demandante de empleo.

¹⁰⁵ De forma general las políticas del empleo no juegan sobre la longitud de la fila sino (lo mejor posible) sobre la prioridad en la fila...

a) La personalización de los servicios no garantizada

Algunos esperaban de la fusión de la ANPE y la ASSEDIC un “salto cualitativo” de los servicios a los demandantes de empleo y, sin duda, sobre todo una mayor eficacia de su intermediación que permitiese una mejora de las cifras del desempleo. Más allá de los discursos, se debe constatar que “Pôle emploi no consiguió mantener la calidad del servicio”¹⁰⁶. Manifiestamente se dio preferencia en el acompañamiento de los demandantes de empleo a la otra función de la nueva institución, esto es, los subsidios. Se puede comprender “políticamente” tal elección¹⁰⁷. Pero una vez pasada la fusión, la mejora del tratamiento personalizada se impone en cuanto se inscribe - ¿se debe recordar? - en un discurso generalizado de activación de los gastos pasivos del desempleo, de supuesta “activación de los parados”¹⁰⁸. Sólo sería para no dejar ver demasiado el ridículo de un discurso de culpabilización de los desempleados cuando no se tiene empleo que proponerles, “Pôle emploi” debe “activarse” urgentemente para poder proporcionarles una mejor ayuda.

Cuando se considera el recorrido de un demandante de empleo que acude a “Pôle emploi”, se observa que, en teoría, la preocupación por ofrecerle un servicio personalizado está presente en cada etapa¹⁰⁹. En efecto, desde su inscripción se elabora con “su” asesor “su” “proyecto personalizado de acceso al empleo”. Este último, creado por una ley de 2008 relativa “a los derechos y deberes de los solicitantes”¹¹⁰, precisa las acciones que “Pôle emploi” se compromete a aplicar, en particular en materia de acompañamiento personalizado y, en su caso, de formación y ayuda a la movilidad. También indica, teniendo en cuenta la formación de la persona, su cualificación, sus conocimientos y aptitudes adquiridas en el curso de sus experiencias profesionales, su situación personal y familiar, así como la del mercado de trabajo local, la naturaleza y las características del empleo o de los empleos buscados, la zona geográfica privilegiada y el nivel de salario esperado. En otras palabras, determina los criterios a partir de los que “Pôle emploi” le propondrá “ofertas razonables

¹⁰⁶ J. P. Alduy, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰⁷ Un trabajador que haya adquirido derecho a subsidio y que deba vivir sin empleo puede obviamente comprender menos la ausencia de percepción de subsidio por desempleo que una espera de propuesta de empleo.

¹⁰⁸ *Cf.* en particular M. Béraud, A. Eydoux, *Activation des chômeurs et modernisation du service public de l'emploi : les inflexions du régime français d'activation*, Travail et Emploi, 2009, n° 119, p. 9.

¹⁰⁹ Queda obviamente por preguntarse sobre un cambio de naturaleza de esta atención personalizada (*Cf.* not. L. Lavitry, *De l'aide au contrôle. Les conseillers à l'emploi à l'épreuve de la personnalisation*, Travail et Emploi 2009, n° 119, p. 63).

¹¹⁰ Ley n° 2008-758 de 1 de agosto de 2008 relativa a los derechos y deberes de los demandantes de empleo.

de empleo”¹¹¹. En caso de que el sujeto continúe en situación de desempleo al cabo de tres meses de búsqueda de empleo, a partir del cuarto mes se beneficiará de una entrevista de seguimiento personalizado con “su” asesor¹¹².

En realidad “Pôle emploi” debe administrar tales flujos que no siempre obtiene “la personalización espera”¹¹³. La institución tiene “una tendencia a la “taylorización” de las tareas, que puede ser útil para obtener beneficios de productividad, pero que puede también, si se aplica con demasiado rigor, entrar en contradicción con el objetivo de personalización”¹¹⁴. En la práctica, según el balance de actividad de « Pôle emploi » para 2010, la tasa de realización de entrevistas de seguimiento mensual personalizado sería del 35,7 %¹¹⁵. ¡Estas entrevistas de algunos minutos a veces son sustituidas por sesiones en grupo de una veintena personas o, en el 20 al 25 % de los casos, son realizadas vía conversaciones telefónicas o por correos electrónicos!¹¹⁶. Así mismo si el objetivo se fijó en 60 solicitantes de empleo por asesor, el cociente medio se establecía en 2010 en 105,8. Esta media no daba cuenta de la tensión profesional sufrida por muchos asesores. De hecho, en ciertas cuencas de empleo « damnificadas », algunos están a cargo de 130 e incluso de 200 demandantes de empleo; por otro lado, las cifras avanzadas sólo toman en consideración la « cartera activa » del consejero, por ejemplo, se excluyen los parados que siguen una formación, quienes continúan dirigiéndose a sus asesores¹¹⁷.

En estas circunstancias, no debe sorprender que los resultados en materia de retorno al empleo sean decepcionantes si se compara, en concreto, con los de otros países europeos. En Francia, el tipo de «salidas mensuales hacia el empleo» equivaldría a 4,8 % del «stock » de demandantes de empleo, frente al 8,2 % en el Reino Unido y 9,1 % en Alemania¹¹⁸.

¹¹¹ Sobre el concepto de oferta razonable de empleo y las consecuencias de su rechazo (Cf. en particular Informe del Senado p. 75).

¹¹² El objetivo consiste entonces en hacer balance de las gestiones relativas a la búsqueda de empleo, pero también “construir” con el asesor un plan de acción que debe realizarse: contacto con empresas, participación en “talleres”, evaluación de las competencias,...

¹¹³ J. P. Alduy, *op. cit.*, p. 76.

¹¹⁴ *Idem*. Por ejemplo 30 minutos para una entrevista de elaboración del PPAE, 20 minutos para una entrevista de seguimiento personalizado.

¹¹⁵ Mientras que en 12 meses, un solicitante de empleo es recibido, en teoría, durante cinco horas, la duración real de los contactos con un asesor se estima por la IGF que es aproximadamente de una hora. A título de comparación, un solicitante de empleo británico pasa 7 horas 25 cara a cara con su asesor en 12 meses (J. P. Alduy, *op. cit.*, p. 80).

¹¹⁶ ... pero contabilizados en las estadísticas de Pôle emploi como verdaderos «cara a cara» (Cf. J. P. Alduy, *op. cit.*, p. 80).

¹¹⁷ J. P. Alduy, *op. cit.*, p. 81.

¹¹⁸ Cf. V. Hespel, P-E. Lecerf, E. Monnet, Etude comparative des effectifs des services publics de l’emploi en France, en Allemagne et au Royaume-Uni, Rapport IGF, 2011, synthèse p. 21 et annexe 5.

b) La contratación conjunta (“co-traitance”) de colectivos particulares

Antes de la existencia de “Pôle emploi”, el operador público principal mantuvo relaciones con las redes de agentes que contribuyeron a la inserción profesional de categorías particulares de trabajadores, en el marco de una relación de contratación conjunta (“co-traitance”). Esto significa que «Pôle emploi» delega en una red especializada el seguimiento de una determinada categoría de solicitantes de empleo. Este fue el caso de la Asociación para el empleo de ejecutivos (APEC) desde los primeros años de la ANPE y con “Pôle emploi” hasta 2010 principalmente en el marco de un acuerdo concluido fuera de las reglas de la contratación pública y que delega a la APEC la colocación de ejecutivos demandantes de empleo¹¹⁹. La APEC percibía una cuota que era decidida en el marco convencional, pero que se hizo obligatoria por decisión reglamentaria, esta parte de su financiación se asimiló a una ayuda del Estado. Bajo la presión del derecho de la competencia y, sobre todo, de la Comisión Europea, la APEC ya no interviene en el acompañamiento de los ejecutivos demandantes de empleo salvo en los casos en los que responde simultáneamente a otros organismos a licitaciones de “Pôle emploi”¹²⁰. Hoy “Pôle emploi” continúa trabajando en el marco de la contratación conjunta (“co-traitance”) con dos redes, la de las «Missions locales» et la de « Cap-emploi ».

Las “Missions locales pour l’insertion professionnelle et sociale des jeunes” (“Misiones locales para la inserción profesional y social de los jóvenes”) pueden constituirse entre el Estado, las Administraciones territoriales, los establecimientos públicos, las organizaciones profesionales y sindicales y las asociaciones¹²¹. En el marco de su misión de servicio público para el empleo, tienen por objeto ayudar a los jóvenes de dieciséis a veinticinco años cumplidos a resolver el conjunto de los problemas que conlleva su inserción profesional y social, asegurando funciones de acogida, información, orientación y acompañamiento¹²². Las relaciones entre “Pôle emploi” y las “Missions locales” están regidas por un convenio marco¹²³. En virtud de la contratación conjunta (“co-traitance”) un asesor de “Pôle emploi” puede “destinar” a un joven a una “Mission locale” (Misión local) en las siguientes hipótesis: un proyecto

¹¹⁹ Alrededor de 30.000 por año, 35.000 en 2009.

¹²⁰ A título indicativo, la licitación de “Pôle emploi” denominada “Atouts cadres” que concierne de 30 a 35.000 ejecutivos por año, la cantidad previamente tratada por la APEC se tradujo en la asignación de 5 lotes o el 44 % del mercado a un competidor de la APEC denominado « Ingeus » (Cf. Rapport d’information du Sénat, *op. cit.*, p. 150)

¹²¹ L. 5314-1 del Código del trabajo. Las “Missions locales” adoptan la forma de asociación o de agrupación de interés público.

¹²² L. 5314-2 del Código del trabajo.

¹²³ Cf. En la actualidad el Convenio Marco de 26 de enero de 2010 cubre el periodo 2010-2014. Este convenio ha sido objeto de 26 “aplicaciones” regionales, se han computado 471 convenios a nivel local.

profesional mal definido, o inadaptado al mercado de trabajo, una situación personal susceptible de ser un freno al acceso o al mantenimiento en el empleo, una falta de referencia o de red en la búsqueda de empleo, o un desánimo por sucesivos fracasos, un nivel de cualificación insuficiente respecto al proyecto profesional. En contrapartida, “Pôle emploi” aporta a las “Missions locales” una serie de fondos, lo que no está correlacionado con el logro del objetivo de volver al empleo¹²⁴.

La red Cap emploi reúne cerca de 120 organismos especializados en la colocación de las personas discapacitadas. Financiada por la Asociación de gestión del fondo para la inserción profesional de las personas discapacitadas (AGEFIPH)¹²⁵, la red comprende un millar de profesionales. Un convenio conjunto precisa las misiones de las estructuras agrupadas bajo la etiqueta « Cap emploi»: elaborar itinerarios de inserción y acompañar a los beneficiarios hacia el empleo sostenible en el medio ordinario de trabajo, lograr la colocación del público beneficiario y aportar su apoyo a las empresas de acogida, en particular para el seguimiento de las inserciones que hayan tenido lugar, intervenir en las situaciones individuales de las que tengan conocimiento¹²⁶. Las relaciones de contratación conjunta (“co-traitance”) entre “Pôle emploi” y la red “Cap emploi” están organizadas en el marco de un convenio¹²⁷. En la práctica, existe una cierta desconfianza entre los sujetos que intervienen en esa contratación (“co-traitants”), al menos a nivel nacional. En concreto, un problema recurrente para Cap Emploi parece ser la idea de que la ANPE ayer y “Pôle emploi” hoy les enviarían demandantes de empleo que se encuentran en unas situaciones particularmente complicadas para integrarse de nuevo en el mercado laboral, guardando para sus propios agentes los colectivos más próximos al empleo¹²⁸.

¹²⁴ A título indicativo, Pôle emploi ha abonado 35 millones de euros en 2010 a las “Missions locales” por el acompañamiento de 150.000 jóvenes. Por otra parte, fuera de la contratación conjunta, en el marco de una “asociación fortalecida”, las “Missions locales” aseguran las actividades de subcontratación de Pôle emploi.

¹²⁵ La misión de Agefiph es desarrollar la inserción profesional de las personas discapacitadas y su mantenimiento en el empleo (www.agefiph.fr). El Fondo que administra está constituido a partir de las aportaciones de las empresas que no respetan la obligación legal de empleo de las personas minusválidas (el 6% de los efectivos de las empresas de 20 asalariados y más).

¹²⁶ www.unith.org/Le-reseau-Cap-Emploi

¹²⁷ A título de la contratación conjunta (“co-cotraitence”) Pôle emploi habría abonado en 2010 a la red « Cap emploi » 26 millones de euros. Si se acepta la cifra de 375 euros por persona que ha sido objeto de seguimiento, alrededor de 70.000 personas discapacitadas habrían estado pues afectadas. El convenio entre Pôle emploi y la red Cap emploi prevé la acogida por este último de una media anual de 70.000 personas. Tendencialmente, Pôle emploi acompaña a dos tercios de los trabajadores discapacitados y la red Cap emploi al otro tercio.

¹²⁸ J. P. Alduy, op. cit., p. 143.

2.1.2. Un desarrollo innegable de la subcontratación

La subcontratación por el operador público en el marco del servicio público de empleo de prestaciones puntuales (taller de búsqueda de empleo, evaluación de competencias...) no es algo nuevo. Esto existió antes de que la ley de cohesión social de 2005 eliminase el monopolio estatal de colocación¹²⁹. Sin embargo, los operadores privados de colocación han ocupado desde entonces un lugar preponderante no en la subcontratación puntual y parcial sino en el acompañamiento global de los solicitantes de empleo a través de una «subcontratación global». La justificación para recurrir al sector privado es -¿paradójicamente? - mejorar la eficiencia de los servicios públicos de empleo permitiendo una vuelta al empleo más rápida y sostenible¹³⁰. En este sentido cabe adelantar dos argumentos principales. El primero subraya que la competencia entre los operadores públicos y las empresas privadas constituye un factor de emulación recíproca; debe favorecer la experimentación y permitir el intercambio de experiencias. El segundo argumento es más pragmático: la subcontratación es un medio para el operador público de ajuste del nivel de medios necesarios en función de los niveles de desempleo. Por una vez este “medio de ajuste” ha estado muy “movilizado” desde el año 2008. Dos programas de subcontratación global - “Cible emploi” («Objetivo empleo») y “Mobilisation vers l’emploi” («Movilización hacia el empleo») - se iniciaron en 2008 y dieron lugar a delegar a operadores privados de colocación el seguimiento de 900.000 desempleados en el período 2009-2010. Tras la fusión y frente al empeoramiento de la situación del empleo, el operador público ha establecido tres programas de subcontratación adicionales. El primero al que se ha referido, denominado “Atouts cadres” (“Ventajas ejecutivos”), atañe de 30 a 35.000 personas por año; el segundo programa “Trajectoire” (“Trayectoria”), a los solicitantes de empleo con dificultades de inserción sostenible; y el tercer programa, relativo a los despidos, “licenciés économiques”. El objetivo de estos dos últimos programas es delegar en dos años a operadores privados de colocación el acompañamiento de 320.000 solicitantes de empleo¹³¹.

Este uso repentino e importante de la subcontratación global de operadores privados se explica en gran parte por la necesidad de responder a un fuerte empeoramiento de la situación del empleo en el mismo momento en el que “Pôle emploi” se ponía en marcha. ¿Esta externalización va a seguir aumentando, se va a mantener o va a disminuir? El director general de “Pôle emploi”

¹²⁹ Cf. not. D. Balmay, Politique de l’emploi et recours à des opérateurs externes, *op. cit.*

¹³⁰ Cf. not. J. P. Alduy, *op. cit.* p. 153.

¹³¹ Los resultados de los procedimientos de licitación demuestran muy claramente el reparto del mercado entre una diversidad de actores, entre ellos figuran, en buena posición, “Manpower” y “Adecco”.

habló de reducirla¹³². Todo dependerá, sin duda de una recuperación o de una profundización de la crisis de empleo. En cualquier caso, la experiencia de los tres últimos años no ha llamado al entusiasmo de ninguno de los agentes. Los subcontratistas de “Pôle emploi” han criticado “la gestión errática de los flujos de demandantes de empleo que orienta hacia ellos”¹³³. Además de la rigidez de los pliegos de condiciones que no dejarían lugar “a la personalización y a la innovación”¹³⁴, se denuncia el hecho de que “Pôle emploi no siempre respetaba el nivel de actividad “mínima” previsto inicialmente en el contrato. Desde luego esto tiene incidencia en términos de amortización de costes fijos (locales, consultores)¹³⁵. Además, los flujos de demandantes de empleo confiados a los operadores privados, en el marco de un mismo contrato de subcontratación, tendrían un carácter irregular e imprevisible. Cabe citar como ejemplo “la recepción de 500 personas una semana y dos sólo la semana siguiente”¹³⁶. Esto tendría como consecuencias la precariedad de las estructuras de acogida y una calidad de acompañamiento degradada.

Del lado de “Pôle emploi”, las vacilaciones en cuanto a la continuación del desarrollo de la subcontratación global con los operadores privados tienen su origen en el hecho de contar con recursos financieros limitados, y en una puesta en la balanza del coste/ retorno al empleo. En efecto, la evaluación de una serie de experiencias llevadas a cabo permitió poner de relieve algunos resultados interesantes, en particular, en cuanto a la eficacia comparada, por una parte, de un acompañamiento “reforzado” con relación a un acompañamiento “normal” y, por otra, de un acompañamiento público con respecto a un acompañamiento privado¹³⁷. Estos resultados ponen de manifiesto claramente que invertir en un acompañamiento “reforzado” es “rentable” en términos de salida del desempleo, y también que “el sesgo ideológico sobre la eficacia comparada del acompañamiento privado o público no encuentra inevitablemente confirmación empírica: agentes públicos puestos en situación de hacer otra actividad diferente a la gestión estadística de flujos obtienen resultados comparables a los del sector privado”¹³⁸.

¹³² Cf. Charpy, Director General de Pôle emploi ante la Comisión común de información del Senado relativa a Pôle emploi (Informe p. 156).

¹³³ Cf. not. J. P. Alduy, *op. cit.* p. 159.

¹³⁴ Cf. B. Guesné, directora de Ingeus France, ante la Comisión común de información del Senado relativa a Pôle emploi (Informe p. 158)

¹³⁵ Cf. P. Beretti, PDG de Altédia ante la Comisión común de información del Senado relativa a Pôle emploi (Informe p. 160). Altédia es la filial de Adecco. La empresa Altédia fue creada por R. Soubie, Consejero social del Presidente de la República francesa elegido en 2007.

¹³⁶ Cf. M. Gomez, directora de Manpower France, ante la Comisión común de información del Senado relativa a Pôle emploi (Informe p. 160).

¹³⁷ Cf. not. S. Divay, Nouveaux opérateurs privés du SPE: les pratiques des conseillers sont-elles novatrices?, Travail et Emploi 2009, n° 119, p. 37.

¹³⁸ Cf. J. P. Alduy, *op. cit.*, p. 157.

2.2. Contratación: el mercado reconocido

Fuera de la participación en el servicio público de empleo en el marco de operaciones de subcontratación específica o global, los operadores privados pueden desarrollar, de manera indudablemente legal desde 2005, una actividad de contratación. Si bien algunas empresas de consultoría siguen situando su actividad en el segmento de mercado de los “ejecutivos”, otras han aprovechado la oportunidad de una diversificación (2). En el mercado de la ayuda a las empresas, el operador público “Pôle emploi” intenta, de manera un tanto voluntarista, existir (1).

2.2.1. Un operador público voluntarista pero poco eficaz

La primera de las misiones atribuida hoy por la ley a “Pôle emploi” es “estudiar el mercado laboral, desarrollar un peritaje sobre la evolución de los empleos y cualificaciones, proceder a la recogida de las ofertas de empleo, ayudar y aconsejar a las empresas en su contratación, garantizar la relación entre las ofertas y las solicitudes de empleo y participar activamente en la lucha contra las discriminaciones en la contratación y por la igualdad profesional”¹³⁹. “Pôle emploi” es, por tanto, legítimo en un papel de recogida y publicación de las ofertas de empleo, es decir, en una función de transparencia del mercado laboral (a). El principal operador público debe también, desde 2005 con carácter lucrativo, proponer distintos servicios a las empresas que desean contratar (b). Su cultura histórica de servicio público “gratuito” parece no obstante, en la práctica, destruir por el momento los incentivos legales a la mercantilización de estas prestaciones.

a) Una función de transparencia del mercado de trabajo

La Ley de « cohesión social » de 19 de enero de 2005 suprimió la obligación (anteriormente ya muy virtual) de las empresas de notificar sus puestos de trabajo vacantes a la Agencia nacional para el empleo (ANPE), que se convirtió en 2008 en “Pôle emploi”. La ley liberalizó la difusión de las ofertas de empleo y, en particular, puso fin a la obligación de los directores de publicación de transmitir sus ofertas a la Institución pública encargada del empleo. A pesar de esta liberalización, la recogida de las ofertas de empleo permanece no solo como una misión legal sino como una actividad significativa de “Pôle emploi”. Caricaturizando un tanto este “paso al mercado”, está permitido decir que el operador público ya no espera recibir las ofertas de empleo sino que “va a buscarlas en una red de más de 470.000 “empresas clientes”¹⁴⁰. No obstante, la «cuota de mercado» de «Pôle emploi» o su impacto en términos de trans-

¹³⁹ Cf. Art. L. 5312-1 del Código del trabajo.

¹⁴⁰ Cf. J. P. Alduy, *op. cit.*, p. 122. De este modo, en 2010 Pôle emploi habría reunido 3,3 millones ofertas de empleo.

parencia del mercado parece escasa. El operador público tan sólo recoge el 15 % del conjunto de las ofertas de empleo¹⁴¹. Un análisis por segmentos del mercado en función de la duración del contrato revela que en realidad “Pôle emploi” ocupa una cuota de mercado muy escasa, apenas el 3 y 4 %, las ofertas de empleo ocasionales (contrato de duración determinada de menos de un mes) pero “posee” más de 35 % del mercado de los empleos más duraderos (contrato de duración de más de un mes y contrato indefinido)¹⁴². No es menos cierto que se constata una erosión significativa de la recopilación de ofertas de empleo por “Pôle emploi”¹⁴³. Este último optó por una política voluntarista¹⁴⁴. Los efectivos movilizados con destino a las empresas parecen suficientes pero posiblemente poco especializados¹⁴⁵. La prospección de las pequeñas y medianas empresas “clientes” es sin duda una pista a seguir¹⁴⁶.

b) La propuesta de una diversidad de servicios a las empresas

Para el ejercicio de sus misiones la ley de 18 de enero de 2005 había abierto en beneficio de la ex ANPE, la posibilidad de adquirir participaciones y crear filiales¹⁴⁷ que podían proporcionar servicios rentables¹⁴⁸. El operador público “Pôle emploi” puede pues jurídicamente facturar algunos de sus servicios a las empresas. De una forma bastante clara, el objetivo parecía ser el de permitir la extensión de su intervención a las acciones de las que estaba al margen o por las que, hasta entonces, no podía ser remunerado.

El Consejo económico y social había manifestado sus reservas sobre la adquisición de participaciones o la creación de filiales así como sobre la facturación de prestaciones a las empresas¹⁴⁹. Aquí, el temor era, por una parte, que este tipo de actividades lucrativas se llevase a cabo en detrimento de la

¹⁴¹ Cf. B. Roger-Vasselín, presidente de la comisión de relaciones de trabajo en Medef, ante la Comisión común de información del Senado relativa a Pôle emploi (Informe, *op. cit.* p. 123).

¹⁴² Cf. J. P. Alduy, *op. cit.*, p. 124. Se destaca que esta “especialización” de Pôle emploi en recoger ofertas de empleo de mayor duración responde a una forma de racionalidad económica ya que el coste que conlleva la recopilación de una oferta es el mismo cualquiera que sea la duración del contrato de trabajo propuesto.

¹⁴³ La variación entre 2007 y 2010 es de - 18,7% (Cf. Fuente: Pôle emploi).

¹⁴⁴ Sin embargo, esta política parece que debe ir más allá de la creación de una página web en Internet y de un número corto, el “3995”, dedicado, en particular, a las empresas que desean depositar ofertas de empleo.

¹⁴⁵ Pôle emploi movilizaría más personal con destino a las empresas que los homólogos europeos. No obstante, estos últimos no estarían especializados en la relación con la empresa y garantizarían una polivalencia de funciones poco eficaces (Cf. J. P. Alduy, *op. cit.*, p. 128 y ss.).

¹⁴⁶ Cf. J.-M. Pottier, presidente de la comisión de formación y educación de la CGPME, ante la Comisión común de información del Senado relativa a Pôle emploi (Informe, *op. cit.* p. 131).

¹⁴⁷ Cf. Art. R. 5312-30 del Código del trabajo.

¹⁴⁸ Salvo para los demandantes de empleo (Cf. L. 5321-3 y R. 5312-55 del Código del trabajo).

¹⁴⁹ Cf. J. Bastide, D. Bourdeaux, H. Brin et C. Larose, L’avant-projet de loi de programmation pour la cohésion sociale, présentation de l’avis du Conseil économique et social, 2004, sp. p. 27 (www.vie-publique.fr/documents-vp/avis_ces_04083125.pdf).

misión fundamental de ayudar a los desempleados a reincorporarse al mercado laboral, y, por otra parte, que así se generase una distorsión de la competencia con los operadores privados¹⁵⁰. El cambio de estatuto introducido por la ley de 2005 efectivamente le permite, gracias a las filiales, situarse, por ejemplo, en el seguimiento de los planes de protección del empleo de las grandes empresas y la animación de las células de reclasificación desarrollando una oferta de servicios¹⁵¹. Pero, los temores del Consejo económico y social, por muy justificados que fuesen, no se hicieron realidad, seguramente a causa de una impregnación profunda de la cultura del servicio público de los agentes (y quizá incluso de los responsables) de “Pôle emploi”. Hoy la práctica está lejos de las posibilidades otorgadas por la ley. Seis años más tarde: Punto de filial, punto de facturación¹⁵².

En cambio, la gama de los servicios propuestos a las empresas por “Pôle emploi” pone de manifiesto una voluntad “de intermediación activa en el mercado laboral suprimiendo los distintos obstáculos a la aproximación de la oferta y la demanda”¹⁵³. En este sentido se puede citar en particular: una ayuda a los empresarios para definir sus necesidades antes de la formalización de las ofertas de empleo (perfil de los candidatos, análisis de puesto de trabajo, elección del tipo de contrato, ayudas al empleo disponibles, redacción de la oferta, consejos sobre el método de contratación, ...), de los servicios de preselección de los candidatos (en función de sus expedientes, evaluación en el medio de trabajo o también mediante el método de contratación por simulación¹⁵⁴), un acompañamiento para facilitar la integración y la adaptación de los futuros asalariados,...

Por otra parte, “Pôle emploi” desarrolla “una acción de naturaleza más estructural que contribuye a hacer evolucionar las condiciones de funcionamiento del mercado laboral”¹⁵⁵. En este sentido, cabe destacar una actividad de definición y anticipación de la evolución de las necesidades de mano de obra de las empresas (estadísticas, asociaciones con las grandes empresas o IRP (instituciones representativas del personal)), la adquisición o la recomendación

¹⁵⁰ *Idem*.

¹⁵¹ *Cf.* en particular, C. Willmann, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵² Fuente: Dirección regional de Pôle emploi Aquitaine.

¹⁵³ *Cf.* J. P. Alduy, *op. cit.*, p. 125.

¹⁵⁴ El “método de contratación por simulación” (MRS), puesto en práctica por unas estructuras de Pôle emploi llamadas “plataformas de vocación” (!!!), ocupa hoy un lugar no desdeñable en la panoplia de servicios ofrecidos por Pôle emploi. Se trata de ver las “habilidades” a través de ejercicios prácticos que reconstruyen las condiciones del puesto de trabajo que debe cubrirse. Hoy se cuentan con 115 lugares de MRS (al menos uno por departamento) que emplean a 500 asalariados. Su trabajo permitió, en 2009, evaluar cerca de 140.000 demandantes de empleo, dando lugar al final a 39.000 contrataciones (*Cf.* J. P. Alduy, *op. cit.*, p. 127).

¹⁵⁵ *Idem*.

de una formación que responda a las necesidades de mano de obra actuales o futuras de las empresas, acciones de información y sensibilización para las empresas destinadas a modificar su política y sus criterios de contratación a favor de determinados colectivos.

2.2.2. Los operadores privados entre tradición y oportunidades

Antes de la ley de 2005, la intervención privada en forma de “consultoría en contratación”, no era lícita, pero se toleraba; en la práctica existía en el “nicho” de la contratación de los ejecutivos. Esta intermediación privada tradicional sigue siendo la de las agencias de contratación o “cazatalentos”, pero también han sido desarrolladas otras actividades de “recursos humanos” y participan de formas de intermediación en el mercado laboral (a). A través de la tradición y la evolución de las empresas de consultoría, todo operador privado puede hoy intervenir con la condición de gratuidad para los demandantes de empleo y de no discriminación. Esta apertura general al mercado constituyó innegablemente una oficialización de la diversidad de actividades de las empresas de trabajo temporal y una oportunidad de desarrollo de diversificación para este último (b)

a) La tradición de la contratación de ejecutivos y la evolución de las empresas de consultoría

Las “empresas de consultoría en contratación” han desarrollado desde hace mucho tiempo las actividades de prestación de servicios vinculados puntualmente a la contratación o que corresponden abiertamente a la búsqueda y a la selección de candidatos para un puesto o una función¹⁵⁶. Estos “operadores privados” están sometidos - ¿es necesario recordarlo? - al principio de transparencia y de pertinencia establecidos por el Código del Trabajo en materia de métodos y técnicas de ayuda a la contratación¹⁵⁷. No obstante, no se debe ser demasiado inocente; la función de base del reclutador es, primero, verificar las competencias objetivas de los candidatos, y, después, asegurarse de la compatibilidad del candidato con el “perfil” deseado por la empresa cliente¹⁵⁸. Con respecto a esta última, las obligaciones de los « reclutadores » tienen su origen en el contrato¹⁵⁹. Se trata de una obligación de medios. Es la empresa cliente la que debe aportar la prueba de incumplimiento de las obligaciones por la con-

¹⁵⁶ Esta vía de contratación sigue siendo marginal: “En la encuesta sobre el empleo de 2006, menos del 2 % de las contrataciones se imputaron a empresas de consultoría” (Cf. E. Marchal et G. Rieucan, *op. cit.*, p. 61).

¹⁵⁷ Cf. L. 1221-8 del Código del trabajo. Para un ejemplo de «disgresiones de la vida privada» en los procedimientos de contratación: E. Marchal et G. Rieucan, *op. cit.*, p. 95.

¹⁵⁸ Por ejemplo, la investigación sobre el pasado profesional y las opciones de vida privada no parecen, en esta perspectiva, inútiles...

¹⁵⁹ Sobre estos aspectos jurídicos: C. Willmann, *op. cit.*, p. 31 ; P.-H. Antonmattéi, *Le recours à un cabinet de conseil en recrutement, in Les aspects juridique du recrutement, Litec 1994, p. 94.*

sultora. La empresa tiene por su parte la obligación de proporcionar una determinada información, así como la de pagar la prestación; obligación que en la práctica suele ser motivo de litigios. El “Syntec”, sindicato de la consultoría en contratación, reivindicando el hecho de ser la “única estructura representativa de la profesión”¹⁶⁰ ha establecido una Carta de deontología¹⁶¹.

Si se dejan de lado algunas agencias de “cazatalentos”, especializadas en la “caza” de los responsables de la empresa de un nivel elevado (« *General Manager* », « *Top Executive* »)¹⁶², las empresas de consultoría en contratación intervienen esencialmente en la búsqueda de “ejecutivos” de distintos niveles y especializaciones. La profesión permanece muy fragmentada entre numerosas “empresas muy pequeñas”¹⁶³ y algunas grandes sociedades de envergadura nacional o incluso internacional¹⁶⁴.

Las empresas de consultoría en contratación han evolucionado con motivo de la llegada de competencia extranjera y de la crisis cíclica del empleo. Durante mucho tiempo, en Francia, se trató de una corporación que funcionaba sobre la base de un contrato de exclusividad, en cuanto al puesto que debía cubrirse, y del pago a la firma del contrato. La llegada al mercado de consultorías anglosajonas, que no exigían la exclusividad y que sólo requerían que se abonasen sus servicios “en caso de éxito”, ha modificado la situación. Esto ha conducido a importantes cambios en las prácticas profesionales. A pesar de todo, las técnicas, e incluso las concepciones de la práctica de la contratación parecen coexistir. Por una parte, algunos de los grandes proveedores fundan su actividad en el hecho de que cuentan con un elevado número de candidatos, lo que permite una rápida puesta a disposición de los perfiles que corresponden al objetivo del cliente¹⁶⁵. Por otra parte, las consultoras en contratación proponen una intermediación más sofisticada, primero, prestando ayuda en la definición de las necesidades y perfiles de los candidatos, después aplicando el “*sourcing*” con respecto al puesto que ha de cubrirse y a la estrategia de la empresa, y por último, aconsejando a la empresa sobre la integración del candidato elegido¹⁶⁶. Entre estas últimas, se pueden encontrar agencias que exigen la exclusividad de la operación de contratación, más

¹⁶⁰ Syntec reunió alrededor de 150 agencias de contratación. (www.syntec-recrutement.org).

¹⁶¹ www.syntec-recrutement.org

¹⁶² El consultor de este tipo de agencia “juega un papel activo en la construcción del intercambio”; por otra parte, su modo de tarificación alimentaría “tensiones inflacionistas en mercados de ejecutivos muy segmentados”. (Cf. J. Gautié, O. Godechot, P.-E. Sorignet, *Arrangement institutionnel et fonctionnement du marché du travail, le cas des cabinets de chasseurs de tête* », *Sociologie du travail*, vol. 47, n° 3, p. 383-404).

¹⁶³ Cerca del 80 % de sociedades unipersonales llevarían a cabo un 50 % del volumen de negocios de las agencias de contratación. A diferencia de la actividad de *outplacement*, la estricta de contratación demanda poca logística.

¹⁶⁴ Cf. Altédia, BPI, *Right management*...

¹⁶⁵ Ej. el grupo internacional (¡por no decir anglosajón!) « Michael Page » (www.michaelpage.fr).

¹⁶⁶ En particular, es el caso de las agencias asociadas al SYNTEC (www.syntec-recrutement.org).

raramente el pago a la firma del contrato... Más a menudo la remuneración de la prestación corresponde hoy a una parte fija y a una parte variable¹⁶⁷; se abona un porcentaje a la firma del contrato, después en el momento de la validación por el cliente de la « *short list* » de candidatos seleccionados o del candidato elegido y, por último, tras la consolidación en el empleo del candidato contratado¹⁶⁸. La estricta obligación jurídica de medios se cruza pues con una obligación de resultados; no obstante, aquí la sanción es esencialmente financiera y de imagen, aunque los contenciosos existen¹⁶⁹.

Con los cambios de los años 1980-90, la profesión se adaptó a la crisis cíclica del empleo añadiendo a la actividad de la contratación la de la « recolocación ». Así, las agencias se lanzaron al oficio de la reclasificación profesional, diversificándose o especializándose en el *outplacement*¹⁷⁰. Este se refirió en primer lugar a « altos ejecutivos » de los que las empresas se querían desprender « limpiamente ». La empresa abona el coste del acompañamiento en el intervalo hacia el empleo¹⁷¹. Se observa que al principio, « en los años 80, el *outplacement* se refería a los ejecutivos de más de 50 años, edad especialmente crítica en Francia para la vuelta al empleo ». Hoy se trataría también de trabajadores a partir de 30 años. « Puede ser un joven que trabaja bien pero que no se adecúa al puesto »¹⁷². Por otra parte, no habría « oficio susceptible de ser objeto de un *outplacement* más que otro »¹⁷³. Se está claramente aquí ante operaciones de « fluidificación » de la ruptura de la relación laboral, a menudo asociada a nivel jurídico a una transacción, destinándose pues a evitar los problemas con la persona interesada y

¹⁶⁷ Si la contratación por un « caza talentos » de un « *Hight manager* » (comité de dirección) puede ser facturada a nivel del 35 e incluso del 40 % del salario bruto anual, la de un « *Top manager* », o incluso la de un « *Middle manager* », equivaldría a una media del 15 al 20 % del salario bruto anual de la persona contratada. No obstante, aquí se debe tener en cuenta la existencia de prácticas de « fidelización », incluidos los acuerdos marco celebrados a veces a nivel mundial con empresas clientes, acuerdos que prevén la exclusividad del recurso y/o una misión para varias contrataciones por un precio medio que puede situarse en el 10 % del salario anual bruto.

¹⁶⁸ La « consolidación en el empleo » corresponde a un período determinado contractualmente y, en cualquier caso, al período de prueba previsto en el contrato de trabajo de la persona contratada. En la práctica, en caso de ruptura de hecho o no de la empresa, en función de los contratos, no se pagaría del 20 al 40 % de la remuneración de la prestación y/o se reanudaría gratuitamente la « misión ».

¹⁶⁹ Se referirían al clásico impago por parte del cliente; serían suscitados por la « desatención » del consultor de la agencia, la estafa del candidato o la mala fe del cliente. Hoy estos contenciosos se verían incrementados a causa de los progresos de la cultura del resultado (Cf. *entretien RH Partners*).

¹⁷⁰ En estas operaciones de « reclasificación externa », véase en particular: D. Porot, *Outplacement mode d'emploi*, Les Editions d'organisation, Paris 1977 ; F. Héas, *le reclassement du salarié en droit du travail*, LGDJ Paris 1999, p. 277 et s.

¹⁷¹ Cf. B. Rousselet, *L'outplacement ou comment ne pas abandonner un salarié à son sort*, novembre 2010 (www.entreprise-et-droit.com)

¹⁷² *Idem*.

¹⁷³ *Idem*.

también a no preocupar o a culpabilizar a los que permanecen. La agencia vende tiempo y una calidad de atención que parece, en estas condiciones, que no puede proporcionar en ningún caso el operador público «Pôle emploi»¹⁷⁴.

Por otra parte, el aumento y la sofisticación de los procedimientos de despido por causas económicas (planes sociales) contribuyó a crear otro mercado del *outplacement*. Se crearon así algunas “agencias de recursos humanos” o « sociedades de consultoría » sobre el “sector” de la gestión social de las reestructuraciones¹⁷⁵. Las agencias que ya existían para la contratación vinieron a completar su actividad - ¡o garantizar su final de mes! – con el *outplacement* de los despedidos por causas económicas. La necesaria validación por la administración de trabajo de los «planes de despidos por razones económicas», denominados «sociales» o de «salvaguarda del empleo», hizo que a veces esta última determinase la intervención de algunas agencias en operaciones de *outplacement*, en ocasiones de más de un centenar de trabajadores, sin distinción de oficios. Se está sobre todo aquí ante una operación de acompañamiento social de las supresiones de empleos¹⁷⁶.

Las agencias privadas especializadas en la “reclasificación profesional” en la actualidad compiten con las filiales de las grandes empresas de trabajo temporal, cuando no son absorbidas por estas últimas¹⁷⁷.

b) La oportunidad de una diversificación oficial de la actividad de las empresas de trabajo temporal

La ley de cohesión social de 18 de enero de 2005 permitió a las “Empresas de trabajo temporal” (ETT), fuera de sus prestaciones de trabajo temporal y junto a posibles prestaciones de acompañamiento de los demandantes de empleo, “posicionarse”¹⁷⁸ en las funciones de contratación con un contrato indefinido (CI) o con un contrato de duración determinada (CDD)¹⁷⁹. De hecho antes, jugando con el marco legal, estas empresas tan sólo proporcionaban

¹⁷⁴ En función de la prestación prevista en el contrato el *outplacement* de un ejecutivo costaría a la empresa de 6 a 12.000 euros. Aquí el coste no sería el problema a diferencia del relativo a las operaciones de *outplacement* realizadas en el marco de planes sociales (Cf. infra)

¹⁷⁵ Así « Bernard Brunhes Consultants », sociedad de consultoría creada en 1987 o también « Altédia », empresa de consultoría en recursos humanos fundada en 1992 por Raymond Soubie.

¹⁷⁶ La actividad no es la misma que la del *outplacement* individual. Aquí se da respuesta a la obligación legal relativa al « plan de salvaguarda del empleo », a menudo privilegiando a la agencia de *outplacement* menos cara (una media de 2.000 a 3.000 euros por asalariado incluido en el plan).

¹⁷⁷ En la actualidad « Altédia » está integrada en el grupo Adecco, « *Right management* » forma parte del grupo Manpower.

¹⁷⁸ Prestaciones de acompañamiento de demandantes de empleo ya sea subcontratadas a Pôle emploi (Cf. *supra*), ya sea en teoría sometidas al principio de gratuidad.

¹⁷⁹ En la práctica se trata de contrataciones, en el 80 % de los casos, con CI; lógicamente las empresas prefieren recurrir a las empresas de trabajo temporal o no pagar por efectuar una contratación de duración determinada. En 2010, 37.500 contrataciones se realizaron por medio de agencias de empleo (8.500 en el primer año tras la entrada en vigor de la ley de 2005). Estas contrataciones se incrementarían en un 20 % en 2011. (Fuente: PRISME « Bilan économique et social 2010 et perspectives 2011 »).

trabajadores para sustituir a otros. Desde su legalización en Francia en 1972, se las vinculó a una mano de obra precaria, cuando no se recurría ellas para tener “a prueba”, como “trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal », a quienes posteriormente serían contratados con un CI. La ley de 2005 en cierto modo “blanquea” esta forma de intermediación preexistente aunque ilícita de las ETT. Entonces estas últimas innegablemente aprovecharon la oportunidad de establecer una diversificación de su actividad. En esto es revelador que la organización profesional del sector del trabajo temporal decidiese cambiar de denominación comercial, así desde 2008¹⁸⁰ cada “empresa de trabajo temporal” debía convertirse en una “agencia de empleo”. Esto no solo se vincula con el título del Convenio n° 181 de la OIT¹⁸¹ sino también con la voluntad de aparecer como “prestadores de soluciones globales en materia de recursos humanos”. Las Agencias (privadas) de empleo se proponen así situarse como participantes en las funciones de contratación (para la cesión de trabajadores y también con CI y con CDD)¹⁸², de colocación/acompañamiento de los solicitantes de empleo, de subcontratación sobre tareas de gestión de pagos o redacción de contratos de trabajo. El sector considera incluso que “la reflexión sobre la seguridad de los itinerarios profesionales refuerza la necesidad de un posicionamiento de las agencias de empleo como protagonistas de las transiciones profesionales y en consecuencia la movilización de competencias específicas para la contratación con CI-CDD”¹⁸³. Se trata de un desafío para las agencias privadas de empleo con respecto a la evolución de la intermediación en el mercado laboral en Francia, singularmente después de la creación de “Pôle emploi” en 2008: “La aparición de este nuevo operador” reforzaría “en la óptica competitiva la necesidad de una mayor formalización de la oferta de servicios de las agencias del empleo en materia de contratación con CI y CDD”¹⁸⁴.

Las grandes redes anuncian así hoy, en el conjunto del territorio francés, sus “agencias de empleo y oficinas de contratación”¹⁸⁵, generalmente espe-

¹⁸⁰ Cf. « Prisme » (Professionnels de l'intérim, services et métiers de l'emploi). Esta organización reivindica 600 empresas afiliadas, lo que corresponde al 90 % del volumen de negocios de la profesión. Sin embargo, la denominación queda a la conveniencia de cada empresa. La denominación jurídica sigue siendo la de empresas de trabajo temporal. La Confederación Internacional se denomina desde 2005 «Confederación Internacional de las agencias de empleo privadas».

¹⁸¹ Cf. El Convenio n° 181 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas, adoptado en 1997, entró en vigor en el año 2000 (www.ilo.org/ilolex).

¹⁸² Algunas páginas web de redes de agencias de empleo privadas ofrecen a la persona que busca empleo la posibilidad de marcar a su elección: CI, CDD, trabajo temporal, empleo formación, empleo estacional, cursos u otros (www.adecco.fr/trouver-un-emploi/Pages/trouver-un-emploi.aspx).

¹⁸³ Cf. OTT, Les compétences des permanents face à la nouvelle activité que constitue le recrutement en CI et en CDD, In Les dossiers de l'Observatoire du Travail Temporaire, 2009, p. 8.

¹⁸⁴ *Idem*.

¹⁸⁵ Una red tal y como ADECCO anunció en 2009, en Francia: 845 agencias de empleo y oficinas de contratación, 3.670 colaboradores permanentes y 27.000 empresas clientes por semana.

cializadas por sector o profesión¹⁸⁶, siguiendo en esto la organización de las empresas de trabajo temporal. No obstante, si la profesión considera que es conveniente diferenciar las funciones de contratación para la cesión de trabajadores, de las funciones de contratación con CI-CDD¹⁸⁷, se inicia una reflexión estratégica en cuanto a la localización de las agencias privadas en el mercado de la intermediación. Según un estudio, se pueden extraer cinco grandes tendencias¹⁸⁸. En primer lugar algunas agencias de empleo desarrollaron su actividad en un sector similar al de las agencias de contratación, es decir, del CI en unos puestos que van del « *middle management* » al « *top management* »¹⁸⁹. Otras agencias se situaron en “mercados intermedios”, en los que habían invertido poco las agencias de contratación tradicionales, y definidos en función del tipo de puestos, contratos, empresas clientes¹⁹⁰. Por otra parte, sucede que las agencias de empleo privadas, en concreto, se han situado en mercados « en situación de escasez » que recurrían a una mano de obra cualificada¹⁹¹. Las grandes redes pudieron posicionarse en mercados nacionales; se trató entonces de acompañar a empresas clientes presentes en el conjunto del territorio (ej. Grandes bancos, empresas de distribución de energía) en el marco de operaciones de contratación de envergadura nacional¹⁹². Finalmente, las agencias de empleo optaron por una “oferta modular refererida solamente a algunos de los elementos del proceso completo de contratación: definición del puesto del trabajo, identificación de candidatos precalificación de las candidaturas, evaluación de los candidatos, etc »¹⁹³.

Se encuentra aquí una serie de ofertas de prestaciones de servicio que igualmente propone hoy el operador público “Pôle emploi”¹⁹⁴. En la práctica, en este mercado reconocido y completamente abierto de la contratación, las agencias de empleo privadas consideran que solamente las empresas de con-

¹⁸⁶ Estas «agencias locales de empleo» a menudo están especializadas, como actividad de trabajo temporal, por profesión o sector (construcción, hostelería/restauración, comercio/distribución, transporte, médico, servicios a la persona a domicilio).

¹⁸⁷ Cf. OTT, *op. cit.*, p. 44. Sin embargo, cabría preguntarse si no se trata fundamentalmente de “marketing”, mientras que en la práctica reinaría la polivalencia.

¹⁸⁸ Cf. OTT, *op. cit.*, p. 12.

¹⁸⁹ Algunos grupos cuya ocupación histórica es el trabajo temporal a veces pasaron por la adquisición de agencias de colocación especializados en perfiles de directivos.

¹⁹⁰ Así las pequeñas y medianas empresas que no disponen de servicio de “recursos humanos”.

¹⁹¹ Así del sector médico o de la construcción.

¹⁹² Algunas redes han puesto en marcha « plataformas », garantizando la realización en un único lugar de los test de personalidad o de competencias, que se transmiten a nivel local por las agencias de la red. (Cf. OTT, *op. cit.*, p. 13)

¹⁹³ OTT, *op. cit.*, p. 13. Las empresas clientes que disponen de una fuerte notoriedad pueden acudir a una Agencia de empleo privada solo para las prestaciones de calificación previa de las candidaturas. Las empresas que tengan dificultades de contratación podrán acudir antes a una AEP para la identificación de candidatos.

¹⁹⁴ Cf. *supra*.

sultoría en contratación pueden ser a veces sus competidores. Con respecto al conjunto de los intermediarios presentes en el mercado de la contratación, las citadas agencias alegan que tienen una serie de ventajas comparativas, entre las cuales se encuentra el hecho de poder contar con una gran cantidad de candidatos debido a su actividad de cesión de trabajadores; se diferenciarían de las agencias de contratación por su capacidad de respuesta, a causa de las prácticas de trabajo adquiridas en la cesión de trabajadores. Destacan por otra parte el hecho de encontrarse en segmentos de actividades donde pocos operadores privados están aún presentes (obreros cualificados, empleados, capataces). Por último, las agencias de empleo facturarían sus prestaciones a un coste ligeramente inferior al de las agencias de contratación¹⁹⁵.

En realidad, las contrataciones realizadas por medio de las agencias privadas de empleo corresponden a categorías profesionales que “no se beneficiaban antes” de los servicios de contratación de operadores privados¹⁹⁶. La posibilidad de una oferta competitiva también parece aquí deberse a una disfunción o ineficacia de “Pôle emploi”. Parece que verdaderamente existe competencia entre las “agencias de empleo” y las “agencias de contratación” en el segmento de los « *middle management* ».

A modo de conclusión:

El mercado de la intermediación en el mercado laboral es, en Francia, desde 2005, de libre acceso a toda persona, física o jurídica, que garantice la actividad de colocación, es decir, que proporcione, con carácter habitual, servicios destinados a acercar ofertas y demandas de empleo, con la sola condición de no discriminación y gratuidad para los solicitantes de empleo. Ciertamente, esta última obligación explica que, aunque el monopolio de colocación público se ha suprimido, los operadores privados no hayan visto interés en competir con el operador público “Pôle emploi”. En cambio, este desarrolló estos últimos años de manera muy importante la subcontratación privada del acompañamiento de un gran número de desempleados. Entonces se elogió la competencia entre intermediarios públicos y privados. No obstante, la experiencia no permite llegar a la conclusión de que existe un beneficio o incluso una mayor eficacia de los intermediarios privados. Este recurso a la subcontratación privada funcionó sobre todo como una variable de ajuste al aumento del número de las personas desempleadas. Básicamente, la situación de desempleo masivo «aplasta» todo

¹⁹⁵ Por razones evidentes de imagen las Agencias de empleo no desean aparecer como la fórmula « *low cost* » de la contratación. Se indica un nivel medio de facturación equivalente al de las agencias de contratación (Fuente: entretien Prisme). Las prestaciones se facturan a veces muy por debajo, las ETT o AEP están acusadas por algunas agencias de contratación de “reventar” los precios.

¹⁹⁶ En 2010 los candidatos reclutados por agencias de empleo mayoritariamente fueron empleados (54 %), pero también técnicos y capataces (18 %) y obreros (12 %), fuente: Prisme, *op. cit.*, p. 11.

debate sobre técnicas y métodos de intermediación¹⁹⁷. Estas cuestiones parece que tienen que esperar días más felices, en los que exista un desempleo menos importante, en concreto, de menor duración y unas personas más cualificadas.

Más allá de los encantamientos liberales, las “agencias privadas” siguen interviniendo en “nichos” tradicionales como la contratación de “ejecutivos” o «*managers*», o más recientes como el de la “reclasificación” individual o colectiva (*outplacement*). En cambio, la liberalización del mercado innegablemente permitió a las empresas de trabajo temporal oficializar una actividad distinta de la estricta de contratación de trabajadores para cederlos. La novedad reside sin duda alguna en un desarrollo de esta intermediación privada dirigida a categorías mal asumidas por el operador público (obreros cualificados, empleados especializados, capataces) o en competencia con las agencias de contratación (en concreto, para el segmento de los *middle management*). Se observan así algunos sutiles o potenciales desplazamientos de líneas en un mercado de la intermediación que sigue estando marcado por una pluralidad de agentes especializados que corresponden, en realidad, a una diversidad de segmentos particulares. En esto la competencia se queda más en el plano del discurso que en la realidad.

¿Todo el mundo debería por otra parte hacer todo? Se hace referencia a “Pôle emploi” como “generalista del empleo”; pero, fuertes indicios de mal funcionamiento de este operador público o de que sus servicios son “inadecuados” llevan a cuestionarse sobre la necesidad de su especialización en los colectivos que se encuentran en mayores dificultades, con el fin de contribuir, como institución pública, al derecho de todo ciudadano al empleo. Sería necesario aún que “Pôle emploi” no obedeciera a su propia lógica institucional, que la criatura no escapara de sus creadores, es decir, del Estado, de los interlocutores sociales¹⁹⁸. ... *In fine*, cabe señalar cómo la cuestión de la intermediación en el mercado laboral revela la parte ideológica del derecho. Se suprimió un “monopolio de la colocación pública” que, en la práctica, no existía; una institución pública puede crear filiales y facturar servicios a las empresas pero, desde 2005, no ha hecho ni lo uno ni lo otro. Algunos agentes privados denuncian su ineficacia pero estos evitan encargarse de la masa de demandantes de empleo. En cuanto a estos últimos, hay que señalar que está prevista su exclusión si

¹⁹⁷ Se podría volver aquí sobre el abandono sin problema del “CV anónimo”, previsto sin embargo por una ley de 2006 sobre la igualdad de oportunidades para las empresas de más de 50 asalariados. Es verdad que la ley no fue aplicada por falta de decretos de aplicación.

¹⁹⁸ Si los interlocutores sociales financian por dos tercios “Pôle emploi” mediante las cotizaciones por “desempleo”, el Estado tendría algún retraso en el pago del tercer tercio. Paradójicamente, parece cierto que la institución ha escapado sobre todo al control de los interlocutores sociales...

rechazan “en dos ocasiones una oferta razonable de empleo”¹⁹⁹ a pesar de que la mayoría de las veces no se les propone nada o se les ofrece cualquier cosa, al mismo tiempo que la intermediación que les concierne resulta la mayoría de las veces un fracaso.

¹⁹⁹ Cf. Art. L. 5412-1 del Código del trabajo, resultado de la ley n° 758 de 1 de agosto de 2008 relativa a los derechos y deberes de los demandantes de empleo.

GRADO Y TIPO DE UTILIZACIÓN EN ANDALUCÍA DEL CONTRATO DE APOYO AL EMPRENDEDOR DURANTE LOS PRIMEROS MESES DE REFORMA LABORAL*

MARÍA TERESA ARÉVALO QUIJADA
FCO. JAVIER CALVO GALLEGO
DOLORES GÓMEZ DOMÍNGUEZ

*Catedrática y Profesores Titulares
de la Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Palabras clave: Contrato de apoyo al emprendedor, reforma laboral, segmentación en el mercado

El contrato indefinido de apoyo al emprendedor es, sin duda, una de las grandes apuestas de la reforma laboral de 2012. Sin embargo durante estos primeros ocho meses desde su entrada en vigor su utilización en nuestra comunidad autónoma ha sido ciertamente escasa. De hecho, esta forma de contratación solo supone un 0,2% del total de contratos y, lo que sin duda es aún más importante, sólo un 5,64% de los contratos indefinidos, con una tendencia incluso decreciente. Si recordamos la práctica ausencia de requisitos exigidos a los trabajadores y la amplia base de empleadores a los que va dirigido, la única conclusión posible es que, al menos en esta fase inicial, marcada además por una clara recesión con efectos dramáticos sobre nuestro mercado de trabajo, esta modalidad no habría cubierto, ni de lejos, las expectativas que quizá pudo haber generado, sobre todo si recordamos su fuerte incentiación.

ABSTRACT

Keywords: Entrepreneur Support Contract, labour reform, market segmentation

The Entrepreneur Support Contract (CAE) is undoubtedly one of the strongest bets of 2012 Spanish Labour Reform. However, during these early eight months, the use of this type of contract has been certainly scarce in Andalusia. In fact, they only represent 0.2% of total labour contracts and, certainly and more important, only 5.64% of open ended contracts, with even a decreasing trend. If we remember the virtual absence of requirements for workers, and the huge number of employers that can use it, the only possible conclusion is --at least at this early stage, also characterised by a clear recession with dramatic effects on our labour market--, that this type of contract would not have reached the expectations, especially if we remember its strong incentive scheme.

* Proyecto DER 2012-36755

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: EL CONTRATO DE APOYO AL EMPRENDEDOR. RASGOS GENERALES Y SIGNIFICADO EN EL CONTEXTO DE LAS REFORMAS LABORALES DE 2012
2. EL GRADO DE UTILIZACIÓN EN ANDALUCÍA DEL CONTRATO DE APOYO AL EMPRENDEDOR DURANTE LOS OCHO PRIMEROS MESES TRAS LA REFORMA LABORAL: EVOLUCIÓN TEMPORAL
3. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA POBLACIÓN OCUPADA MEDIANTE ESTE CONTRATO: SEXO Y EDAD
4. EL USO O NO DE INCENTIVOS EN ESTA MODALIDAD: ¿HACIA UNA DUALIDAD EN SU UTILIZACIÓN?
5. DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE ESTA MODALIDAD EN ANDALUCÍA
6. DISTRIBUCIÓN POR SECTORES Y RAMAS DE ACTIVIDAD
7. ALGUNAS CONCLUSIONES INICIALES

1. INTRODUCCIÓN: EL CONTRATO DE APOYO AL EMPRENDEDOR. RASGOS GENERALES Y SIGNIFICADO EN EL CONTEXTO DE LAS REFORMAS LABORALES DE 2012

Desde la misma entrada en vigor del RDL 3/2012 de 10 de febrero, fue casi un lugar común en nuestra doctrina señalar al contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (CAE en adelante) como una de sus piezas fundamentales¹ --y, desde luego, una de las más polémicas--, destinada a potenciar --al menos teóricamente-- tanto la iniciativa empresarial como la creación de “empleo estable”.

Sin poder detenernos aquí a analizar detenidamente su régimen jurídico --contemplado actualmente en el art. 4 de la Ley 3/2012 de 6 de julio²-- nos limitaremos a señalar como este contrato, necesariamente formalizado por escrito y a jornada completa, puede ser estipulado, no ya tanto por los denominados “emprendedores” --concepto este ciertamente confuso en el campo jurídi-

¹ Los autores de este trabajo quisieran agradecer públicamente la permanente amabilidad de los componentes del Observatorio ARGOS, sin cuya paciente accesibilidad y colaboración no hubiera sido posible la elaboración de estas páginas.

Así, por mencionar algunos, M. N. Moreno Vida, “Novedades en materia de modalidades contractuales”, en *Temas Laborales*, 2012, n. 115, p. 194; J. Pérez Rey, “El contrato de apoyo a los nuevos emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo”, en *Revista de Derecho Social*, 2012, n. 57, p. 51; P. Aramendi Sánchez “Notas de urgencia sobre el RDL 3/2012”, en *Aranzadi Social*, 2012, n.2.

² Junto a los anteriores pueden consultarse igualmente R. Escudero Rodríguez, M. Lucas Durán, “El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores: régimen sustantivo, incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social”, en *Actum Social*, 2012, n. 61; F.J. Gomez Abelleira, “Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales”, en AAVV., *Reforma Laboral 2012*, (dir. I Garcia Perrote, J.R. Mercader Uguina), Lex Nova, Valladolid, 2012. Para una más amplia referencia bibliográfica véase F.J. Calvo Gallego, “Modalidades contractuales, dualidad en el mercado y reformas laborales en el bienio 2010 a 2012(II): la Ley 3/2012”, en *Documentación Laboral*, 2012, n. 95.

co³— sino, más correctamente, por toda empresa —en su acepción laboral, esto es, cualquier persona física o jurídica, o comunidad de bienes, con o sin ánimo de lucro, con independencia de que tenga o no personalidad jurídica e incluso de la propia naturaleza pública o privada de la misma⁴-- que tengan menos de cincuenta trabajadores y que, eso sí, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, no hubiera adoptado decisiones extintivas improcedentes --si bien esta última limitación únicamente afectará a las extinciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor de la señalada Ley, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo--.

En este sentido, es importante destacar como, tanto en el art. 4 RDL 3/2012, como en el posterior artículo de la Ley 3/2012, no se exigía ni se exige requisito alguno en relación con el demandante de empleo para su estipulación, aunque estos aspectos sí tendrán, como veremos, amplia trascendencia para su incentivación económica. De ahí que, en principio, esta modalidad estuviera teóricamente disponible —sobre todo durante los meses objeto de este estudio-- para buena parte de las 3.175.560 empresas --esto es, al 99,2% del total de empresas recogidas por el DIRCE para el año 2012— cuyo estrato de asalariados se situaba entre los cero y los cuarenta y nueve trabajadores⁵.

En cualquier caso, el fomento de esta modalidad se articulaba y se articula mediante un doble canal, aparentemente acumulativo. En primer lugar, y desde una perspectiva de flexibilidad laboral, mediante la imposición obligatoria de un periodo de prueba de un año de duración, con independencia, no ya solo del tipo de tareas para las que el trabajador vaya a ser contratado, sino también de la propia regulación convencional que pudiera existir sobre esta materia⁶. Más allá de la discutida compatibilidad de esta regulación tanto con el art. 35

³ Baste comparar las definiciones de “emprendedor” contempladas en normas como por ejemplo, la Ley 15/2011, de 15 de diciembre, de Emprendedores, Autónomos y Pymes de Castilla-La Mancha; el Decreto-ley 2/2012, de 13 de enero, de Medidas urgentes de apoyo a la iniciativa empresarial y a los emprendedores, microempresas y pequeñas y medianas empresas (pyme) de la Comunitat Valenciana, o la Ley 2/2012, de 4 de abril, Ley de Apoyo a los emprendedores y las emprendedoras y a la micro, pequeña y mediana empresa de Illes Balears con la asumida por este precepto.

⁴ A pesar de que, eso sí, algunos autores han dudado de su utilización por parte de las Administraciones Públicas —véase, por ejemplo R. Escudero Rodríguez, M. Lucas Durán, “El nuevo...”, cit., p. 37--. Sobre la ausencia de contratos en esta rama de actividad véase, igualmente, infra el Punto 6 de este mismo trabajo.

⁵ De acuerdo con los datos del DIRCE de las 3.199.617 empresas contabilizadas, 1.764.987, esto es, el 55,2% del total, serían sin asalariados; 867.550, esto es, el 27,1% tendrían de 1 a 2 asalariados; 288.896 —el 9,0%-- de 3 a 5 asalariados; 131.944 —el 4,1%-- de 6 a 9 asalariados; 79.113 —el 2,5%-- de 10 a 19 asalariados, y finalmente, 43.070 —el 1,3%-- de 20 a 49 asalariados.

⁶ La única aclaración que en este punto realizó la Ley 3/2012 es que no podría establecerse un periodo de prueba —obsérvese, aunque sí realizar el contrato-- cuando el trabajador hubiese desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación

CE como con el Convenio 158 OIT⁷, de lo que no cabía duda es de que, en principio, esta norma abría un periodo anual en el que no existían exigencias formales o causales –y por tanto, límites, salvo violación de derechos fundamentales-- para la extinción unilateral del contrato por voluntad del empresario. Y sin que además este tipo de extinción tuviera coste económico alguno para el empleador, a diferencia, obsérvese, de lo que ocurre con la finalización de los contratos temporales más utilizados en nuestro ordenamiento.

Por otra parte, y junto a esta incentivación mediante la flexibilidad laboral, el art. 4 de la Ley 3/2012 --en relación con la nueva redacción dada por su Disposición Final 17 al art. 43 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo--, establecía y aún establece una auténtica batería de incentivos económicos, centrados en bonificaciones y deducciones en la cuota del impuesto de sociedades.

En esencia podríamos simplificar este complejo normativo señalando que, en primer lugar, las contrataciones de desempleados inscritos en la Oficina de empleo de jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive, permitirán a las empresas aplicar una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía creciente e independiente de la retribución –lo que ob-

⁷ Sobre el tema véase F.J. Calvo Gallego, “Modalidades contractuales...”, cit.; M. Sepúlveda Gómez, (2012), “El periodo de prueba de un año como medida ambivalente de flexibilidad laboral en la reforma de 2012”, en AAVV *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de crisis económicas. XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, pendiente de publicación. Muy recientemente puede ser de interés la Decisión del European Committee Of Social Rights de 23 May 2012, en relación con la Reclamación No. 65/2011, en la que se consideró que una medida bastante similar a la española -- Section 17§5 of Act No. 3899 of 17 December 2010— que establecía un periodo de prueba de un año en los nuevos contratos indefinidos era incompatible con el art. 4 de la Carta social Europea. En concreto, el Comité señaló que “To date the Committee has not been required to rule specifically on the concept of probationary or trial periods, the length that such a period might last, in view, in particular, of the qualifications required for the post occupied, or the circumstances under which the extension of the period may be regarded as acceptable. However, it does go without saying that, while it is legitimate for such concepts to apply to enable employers to check that employees’ qualifications and, more generally, their conduct meet the requirements of the post they occupy, the concept should not be so broadly interpreted and the period it lasts should not be so long that guarantees concerning notice and severance pay are rendered ineffective”. Y de forma aún más global la misma Decision recordó que: “The Committee considers that a greater employment flexibility in order to combat unemployment and encourage employers to take on staff, should not result in depriving broad categories of employees, particularly those who have not had a stable job for long, of their fundamental rights in the field of labour law, protecting them from arbitrary decisions by their employers or from economic fluctuations. The establishment and maintenance of such rights in the two fields cited above is indeed one of the aims the Charter. In addition, doing away with such guarantees would not only force employees to shoulder an excessively large share of the consequences of the crisis but also accept pro-cyclical effects liable to make the crisis worse and to increase the burden on welfare systems, particularly social assistance, unless it was decided at the same time to stop fulfilling the obligations of the Charter in the area of social protection”.

viamente favorece su uso para actividades con una retribución más baja-- será 1.000 € en total del primer año, de 1.100 € en el segundo año, y de 1.200 € en el tercer año. En cambio, cuando la contratación se realizase con desempleados inscritos mayores de 45 años las bonificaciones serían de 1.300 euros/año durante tres años, ampliándose ambos tipos de bonificaciones cuando, dentro de estos mismos colectivos, los contratos se concertaran con mujeres en ocupaciones en las que este colectivo se encontrase menos representado. Estas bonificaciones, que serán compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad --siempre que la suma de las bonificaciones aplicables no supere el 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social--, fue mantenida en vigor por la DT 6 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Y en segundo lugar, el fomento fiscal --salvando ciertas dudas suscitadas por la originaria regulación del RDL 3/2012-- se encuentra contemplado, como ya hemos señalado, en el artículo 43 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades⁸. En la nueva redacción dada a este precepto se prevén, a su vez, dos vías de incentivación. La primera, consiste en establecer una deducción de la cuota íntegra del impuesto de 3.000 € para aquellas entidades que contraten a su primer trabajador que sea menor de 30 años a través de un CAE. Y en segundo lugar --y sin perjuicio de lo anterior--, la posibilidad de deducirse de la cuota íntegra el 50% del importe correspondiente a doce mensualidades de la prestación por desempleo que el asalariado tuviera reconocida --o, si fuera menor, el de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación-- siempre que el CAE se estipulase con un trabajador beneficiario de dicha prestación contributiva y que hubiera disfrutado de la misma durante, al menos, tres meses antes del inicio de la relación laboral⁹.

En cualquier caso, lo más importante de ambos incentivos es que, dejando a un lado requisitos específicos y ligeras diferencias en su regulación, lo que sí se exigía y se exige en ambos casos es que la empresa debería mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral, salvo que la extinción se produjese por causas objetivas

⁸ Recuérdese, no obstante, que de acuerdo con el art. 68.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, “a los contribuyentes por este Impuesto que ejerzan actividades económicas les serán de aplicación los incentivos y estímulos a la inversión empresarial establecidos o que se establezcan en la normativa del Impuesto sobre Sociedades con igualdad de porcentajes y límites de deducción”.

⁹ Recuérdese que de acuerdo con este mismo precepto, esta concreta deducción resultará de aplicación respecto de aquellos contratos realizados en el periodo impositivo hasta alcanzar una plantilla de 50 trabajadores, y siempre que, en los doce meses siguientes al inicio de la relación laboral, se produzca, respecto de cada trabajador, un incremento de la plantilla media total de la entidad en, al menos, una unidad respecto a la existente en los doce meses anteriores.

o despido disciplinario --cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente-- dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador¹⁰. En caso de incumplimiento de dichas obligaciones se debería proceder al reintegro de los incentivos.

En este contexto, y como decimos, más allá de los discusiones doctrinales sobre esta modalidad, del temor a la posible dualidad en su dinámica --básicamente en función de que recibiera o no algún tipo de incentivo y de que, por tanto, estén sometidos o no a la obligación de mantenimiento del empleo durante tres años--, al hecho de que los incentivos económicos pudieran llegar a cubrir el coste de su extinción a los tres años --con el consiguiente riesgo de una alta mortalidad en ese momento y de un uso ineficiente de los fondos públicos-- o incluso, de su posible papel como hipotético elemento de sustitución --aún más barato y seguro, al no necesitar justificación causal-- de la contratación temporal estructural¹¹, lo llamativo, como decimos, es que, transcurridos ya varios meses desde la entrada en vigor de esta regulación, no hemos detectado, en el momento de cerrar estas líneas, datos oficiales y públicos, en las series y en las principales publicaciones tanto del SEPE como del Ministerio de Trabajo, sobre el uso de esta modalidad.

De ahí que, a lo largo de estas páginas intentemos exponer brevemente cuál ha sido el grado y el tipo de utilización de lo que fue, y al menos en apariencia, aún es, una de las principales apuestas de la reforma laboral de 2012. Para ello utilizaremos los datos aportados desde el Observatorio Argos del Servicio Andaluz de Empleo, realizando una clasificación de estos CAE en función de los principales indicadores --tramos de edad, sexo, existencia o no de incentivación económica-- que se deducen de su régimen jurídico aquí brevemente reseñado. Y todo ello como anticipo, avanzamos ya, de un estudio algo más profundo y que versará sobre la estabilidad o no de estos contratos, su posible dualidad y su eficacia en la creación de una empleo realmente estable y de calidad. Pero vayamos, nuevamente, por partes.

¹⁰ En relación con las bonificaciones el art. 4.7 Ley 3/2012 establece que “deberá mantener el nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores durante, al menos, un año desde la celebración del contrato”; mientras que, en relación con la deducción ligada al previo disfrute de una prestación por desempleo, el art. 43 LIS condiciona además esta deducción a que en los doce meses siguientes al inicio de la relación laboral, se produzca, respecto de cada trabajador, un incremento de la plantilla media total de la entidad en, al menos, una unidad respecto a la existente en los doce meses anteriores.

¹¹ Posibilidad prevista incluso en el Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión la *Evaluación del programa nacional de reforma y del programa de estabilidad de España para 2012* que acompaña al documento *Recomendación del Consejo relativa al programa nacional de reforma de 2012 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el programa de estabilidad actualizado de España para 2012-2015*, Bruselas, 30.5.2012 SWD(2012) 310 final, p 19: “existe el riesgo de que las empresas utilicen el periodo de prueba de un año para transformar este contrato en un contrato temporal de hecho, de baja calidad y con costes de rescisión nulos”.

2. EL GRADO DE UTILIZACIÓN EN ANDALUCÍA DEL CONTRATO DE APOYO AL EMPRENDEDOR DURANTE LOS OCHO PRIMEROS MESES TRAS LA REFORMA LABORAL: EVOLUCIÓN TEMPORAL

Asumiendo, como decimos, los datos proporcionados por el Observatorio ARGOS y extraídos de la base de datos de contratación del Servicio Andaluz de Empleo, lo primero que seguramente deba destacarse es el escaso peso que esta modalidad ha tenido, al menos durante estos primeros ocho meses en nuestra Comunidad, sobre todo si la comparamos, tanto con el total de contratos estipulados en nuestra Comunidad durante este mismo periodo de tiempo, como con el conjunto de la contratación indefinida celebrada en este mismo ámbito geográfico.

De hecho, según estos mismos datos, durante este periodo --que abarcaría los meses de febrero a septiembre de 2012- se habrían formalizado en Andalucía sólo 4.273 CAE frente a un total de 2.128.863 contratos de trabajo y, sobre todo, frente a los 75.801 contratos indefinidos que fueron formalizados en nuestra región durante este mismo lapso temporal.

Ello significa --Tabla 1-- que esta forma de contratación solo supone un 0,2% del total de contratos laborales suscritos durante dicho periodo y, lo que sin duda es aún más importante, sólo un 5,64% de los contratos indefinidos estipulados en nuestra Comunidad. Si recordamos la práctica ausencia de requisitos exigidos a los trabajadores y la amplia base de empleadores a los que esta modalidad va dirigida, la única conclusión posible es que, al menos en esta fase inicial, marcada además por una situación de clara recesión, con efectos dramáticos sobre nuestro mercado de trabajo, esta modalidad no habría cubierto, ni de lejos, las expectativas que pudo haber generado, sobre todo si recordamos su fuerte incentivación, especialmente llamativa en un periodo de fuerte crisis de endeudamiento, y la amplitud del periodo de prueba previsto para el mismo.

Tabla 1: CAE estipulados en Andalucía. Total y porcentajes sobre el total tanto de contratos de trabajo como de contratos indefinidos (febrero-septiembre 2012).

| Mes | | Febrero | Marzo | Abril | Mayo | Junio | Julio | Agosto | Sept. | Total |
|-----------------------|-------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|
| CAE | Total | 19 | 789 | 745 | 750 | 637 | 510 | 338 | 485 | 4.273 |
| Total contratos | Total | 263.757 | 268.544 | 250.515 | 285.016 | 282.196 | 273.719 | 224.979 | 280.137 | 2.128.863 |
| | % CAE | 0,01% | 0,29% | 0,30% | 0,26% | 0,23% | 0,19% | 0,15% | 0,17% | 0,20% |
| Contratos indefinidos | Total | 8.021 | 11.246 | 9.685 | 10.390 | 9.899 | 9.263 | 6.608 | 10.689 | 75.801 |
| | % CAE | 0,24% | 7,02% | 7,69% | 7,22% | 6,43% | 5,51% | 5,12% | 4,54% | 5,64% |

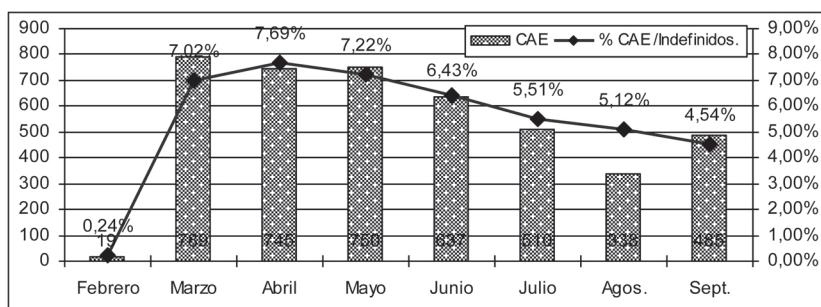
Fuente: ARGOS y elaboración propia

Por tanto, y repetimos, al menos en principio, esta modalidad no parece haber tenido un significativo efecto incentivador en el volumen de contratos indefinidos y, sobre todo, un claro efecto en la lucha contra la temporalidad. La inmensa mayoría de contratos formalizados en Andalucía siguen siendo temporales sin que, al menos por el momento, se haya apreciado ese posible efecto

sustitución de contratos temporales por CAE “aprovechando” su menor coste de extinción y su teórica mayor seguridad causal. Y, de hecho, resulta llamativo comprobar que esta modalidad está teniendo en estos primeros meses un comportamiento ciertamente peor que el que en su momento tuvo el ya extinto contrato de fomento de la contratación indefinida.

En cualquier caso, aún más llamativo, al menos a nuestro juicio, resulta este mismo análisis si se desarrolla desde una perspectiva temporal. Y ello porque quizás pudiera pensarse que estos datos vendrían lastrados por las cifras de los meses iniciales, contrayendo el posible “despegue” o incremento progresivo en el uso de de esta modalidad, una vez que esta fuera más conocida por los operadores económicos del sistema. Sin embargo, los datos proporcionados por ARGOS, al menos en Andalucía, y para estos primeros meses, parecen reflejar todo lo contrario --Gráfico 1--.

Gráfico 1: Evolución del número de CAE en Andalucía (febrero-septiembre 2012) y porcentaje sobre el total de la contratación indefinida



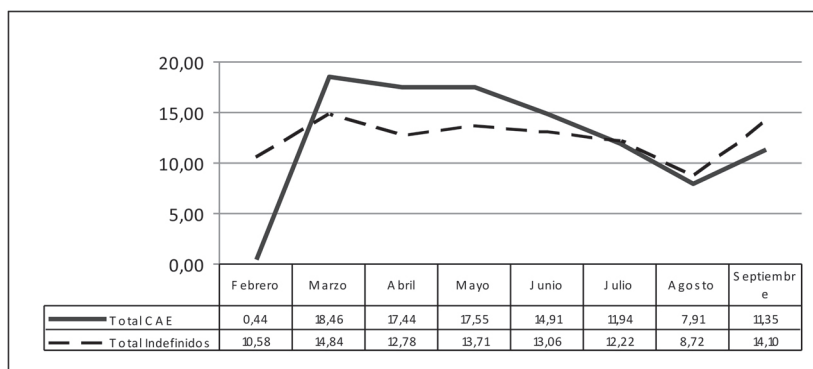
Fuente: ARGOS y elaboración propia

Y ello ya que, dejando a un lado el mes de febrero --evidentemente desechable por enmarcarse en él la aprobación del RDL 3/2012--, sorprende comprobar como, más allá de la simple evolución cuantitativa de esta modalidad, su peso dentro del conjunto de la contratación y, sobre todo, dentro del conjunto de la contratación indefinida, no sólo no se ha incrementado, sino que incluso ha sufrido una progresiva caída que ni tan siquiera la entrada en vigor de la Ley 3/2012 ha logrado, al menos por el momento, alterar. Tan sólo en el último mes del que se disponen de datos en el momento de cerrar estas líneas --septiembre-- se apreciaría un ligero incremento del número de CAE que, no obstante, seguramente se explica por el incremento global de contratos, ya que, como se observa tanto en el Gráfico 1 como en la Tabla 1, el peso porcentual de esta modalidad sobre el conjunto de indefinidos sigue decreciendo.

En definitiva, aunque es cierto que la evolución de los CAE sigue a grandes rasgos la de la contratación indefinida, también lo es que, como puede apreciarse en el Gráfico 2, su distribución temporal porcentual --esto es, el porcentaje

de contratos de cada mes sobre el total celebrado en el conjunto del periodo considerado— permite apreciar una cierta tendencia de disminución de su peso en el conjunto de la contratación indefinida.

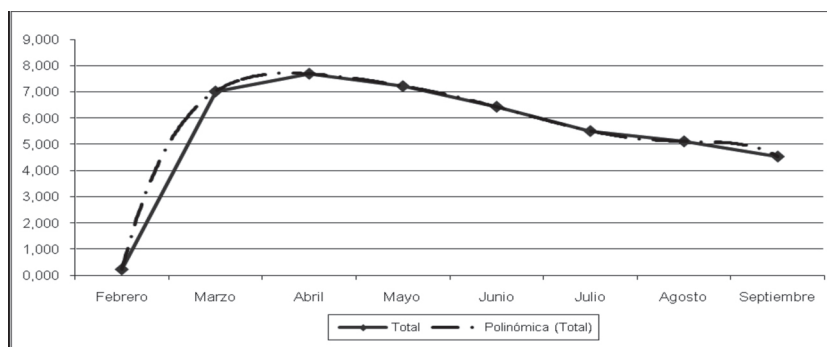
Gráfico 2: Evolución temporal CAE y contratos indefinidos en Andalucía (feb.-sep. 2012)



FFuente: ARGOS y elaboración propia

Es más, si a pesar de que el número de observaciones disponibles es ciertamente insuficiente para obtener una función de tendencia con un buen ajuste, nos atreviéramos, a realizar una cierta predicción --utilizando la línea de tendencia relativa a la evolución que ha tenido el número de contratos CAE sobre el número de contratos indefinidos-- obtendremos la línea discontinua que aparece en el Gráfico 3.

Gráfico 3: Línea de tendencia del peso de los CAE sobre la contratación indefinida



La función debiera ser, por tanto, de forma polinómica y de grado 4.

$$f(x) = -0,0298x^4 + 0,6888x^3 - 5,6613x^2 + 18,719x - 13,32$$

De ahí que cupiera incluso vaticinar que en el mes de octubre este porcentaje de contratos CAE sobre el total de indefinidos experimentaría un decrecimiento que lo acercaría al 3,2%¹².

3. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA POBLACIÓN OCUPADA MEDIANTE ESTE CONTRATO: SEXO Y EDAD

Analizando, en segundo lugar, la distribución por edades de los trabajadores contratados a través de esta modalidad se observa rápidamente una fuerte polarización del mismo, sobre todo entre las personas jóvenes. Este dato era previsible dada la fuerte focalización de las medidas de fomento en los jóvenes de hasta treinta años. Y de hecho, los datos parecen indicar que en este periodo de febrero a septiembre de 2012, el 48% de los contratos de este tipo se realizó en Andalucía con menores de 30 años y el 5,8 con personas de 30 años, lo que supone --Tabla 2-- cerca de 16 puntos y 1,6 puntos porcentuales más respectivamente que si comparamos esta misma distribución en el conjunto de los contratos indefinidos.

Tabla 2: CAE, contratos indefinidos y total de contratos celebrados en Andalucía por tramos de edad (febrero-septiembre de 2012)

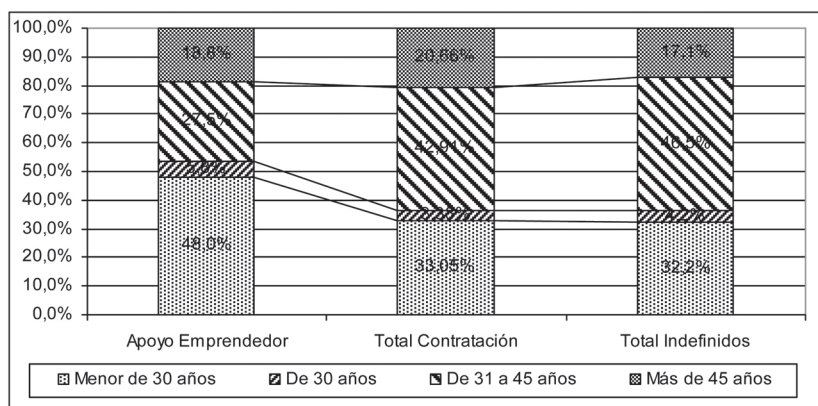
| EDAD | CAE | | Total Contratos | | | Contratos indefinidos | | |
|------------------|-------|-------------|-----------------|-------------------|--------------|-----------------------|------------|--------------|
| | Total | % Total CAE | Total | % CAE / Contratos | % por edades | Total | % CAE/Ind. | % por edades |
| Menor de 30 años | 2.050 | 48,0% | 703.535 | 0,29% | 33,05% | 24.414 | 8,40% | 32,2% |
| De 30 años | 247 | 5,8% | 71.984 | 0,34% | 3,38% | 3.166 | 7,80% | 4,2% |
| De 31 a 45 años | 1.173 | 27,5% | 913.492 | 0,13% | 42,91% | 35.232 | 3,33% | 46,5% |
| Más de 45 años | 803 | 18,8% | 439.852 | 0,18% | 20,66% | 12.989 | 6,18% | 17,1% |
| Total | 4.273 | 100,0% | 2.128.863 | 0,20% | 100,00% | 75.801 | 5,64% | 100,0% |

Fuente: ARGOS y elaboración propia

¹² Una vez cerradas estas notas, los datos proporcionados por Argos para el mes de octubre parecen indicar la continuidad de la serie y en su evolución. Así en el mes de octubre se habrían formalizado sólo 411 CAE lo que ya de por sí supondría 74 menos. Pero aún más significativo es que en este mismo mes de octubre el número de contratos indefinidos sí creció frente al mes anterior, alcanzando los 13.731. Ello provocó que el porcentaje de CAE sobre el total de contratos indefinidos cayera al 3%, la cuota más baja de toda la serie. Y, correlativamente, esta misma reducción de su importancia porcentual cabría apreciarla si analizáramos los datos totales de contratación, en los que los CAE suponen, siempre con respeto al mes de octubre, sólo el 0,12% del total de contratos registrados en nuestra Comunidad. En definitiva, la incorporación de estas cifras revelaría que en estos nueve primeros meses sólo se habrían formalizado en nuestra Comunidad un total de 4684 CAE frente a los cerca de noventa mil contratos indefinidos --lo que supondría que los CAE son solo el 5,23% de estos contratos-- y frente a los 2.462.145 contratos formalizados en este mismo lapso en nuestra comunidad --lo que reduciría el peso porcentual de nuestra modalidad sobre el conjunto de contratos al 0,19%--.

En cualquier caso, lo que sí resulta llamativo es que esta distribución porcentual parece seguir claramente el esquema marcado por los incentivos económicos, en la medida en la que si bien la proporción de personas contratadas mayores de 45 años es 1,7 puntos más alta en el caso del CAE que en el conjunto de los indefinidos, su uso es, en cambio, mucho menos frecuente en el caso de la cohorte de 31 a 45 años en donde no existe bonificación de las cuotas de Seguridad Social.

Gráfico 4: Composición por edades de los trabajadores contratantes de los tipos de contrato



Fuente: ARGOS y elaboración propia

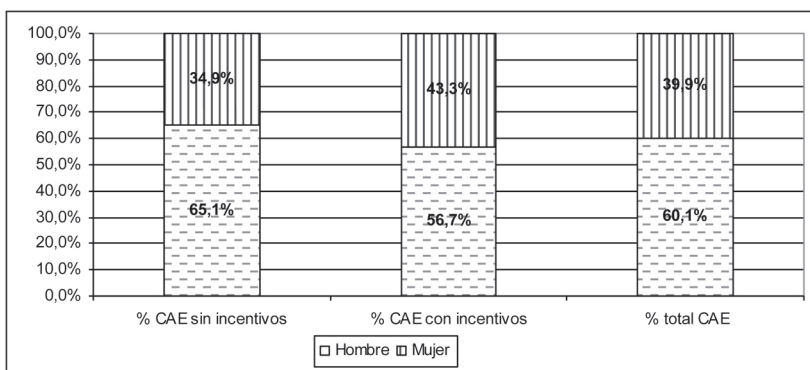
Por otra parte, si analizamos esta misma distribución en función del sexo del contratante se aprecia rápidamente una cierta masculinización de la población contratada a través de esta modalidad, lo que puede resultar llamativo dado el aparente impacto, antes señalado, de las bonificaciones a la Seguridad Social en la selección de los candidatos. De hecho, no debe olvidarse que en el caso de las bonificaciones, el art. 4 tanto del RDL 3/2012 como de la Ley 4/2012 incrementaba la cantidad al menos en aquellos sectores en los que este colectivo femenino se encontraba infrarrepresentado. De ahí que una vez constatado que, como veremos, este contrato no parece centrarse en sectores fuertemente masculinizados, sólo pudiera pensarse en el hecho de que la decisión empresarial haya supervalorado la posible alegación de motivos discriminatorios en caso de resolución de la relación durante el periodo de prueba, lo que debiera conducir a que este sesgo fuera especialmente llamativo en el caso de la modalidad no incentivada en la que no existe obligación de permanencia trianual de la relación.

Tabla 3: Distribución por sexo y disfrute o no de incentivos económicos de los CAE celebrados en Andalucía (feb.-sep. 2012)

| | CAE sin incentivos | | CAE con algún incentivo | | Total CAE | |
|--------|--------------------|----------------------|-------------------------|----------------------|-----------|--------------|
| | Total | % CAE sin incentivos | Total | % CAE con incentivos | Total | % total CAE |
| Hombre | 1.114 | 65,1% | 1.452 | 56,7% | 2.567 | 60,1% |
| Mujer | 598 | 34,9% | 1.109 | 43,3% | 1.707 | 39,9% |
| Total | 1.712 | 100,0% | 2.561 | 100,0% | 4.274 | 100,0% |

Fuente: ARGOS y elaboración propia

Y de hecho, los datos así parecen indicarlos --Tabla 3 y Gráfico 5--. Baste indicar por ahora que si en el caso de los contratos con bonificaciones o deducciones la proporción entre hombre y mujeres es mucho más cercana, del 56,7% en el caso de los hombres y del 43,3% en el caso de las mujeres, este diferencial se “dispara” --si se nos permite la expresión-- en el caso de los contrato sin incentivos en donde el 65,1% de los CAE se realizan con hombres, mientras que solo el 34,9% con mujeres. Pero volveremos inmediatamente sobre ello.

Gráfico 5 Distribución porcentual por sexo y disfrute o no de incentivos económicos de los CAE celebrados en Andalucía (feb.-sep. 2012)

Fuente: ARGOS y elaboración propia

Por ahora nos interesa resaltar como durante estos ocho meses de vigencia de la reforma de cada 100 CAE estipulados en Andalucía, sesenta fueron realizados con hombres y sólo cuarenta con mujeres; unas cifras estas que, como decimos, contrastan con la proporción de 55 hombres frente a 45 mujeres extraídas de la contratación indefinida en este mismo periodo

Tabla 4: CAE, contratos indefinidos y total de contratos por sexo y edad (febrero-sept. 2012)

| SEXO | EDAD | Apoyo Emprendedor | | | Total Contratos | | | Contratos indefinidos | | |
|--------------|------------------|-------------------|-------------------------|-------------|-----------------|-----------------|-------------------|-----------------------|-------------|-----------------|
| | | Total | % / Total CAE por sexos | % Total CAE | Total | % AE /Contratos | % Total Contratos | Total | % AE /Indef | % Total Indefi. |
| HOMBRE | Menor de 30 años | 1.077 | 42,0% | 25,2% | 387.149 | 0,28% | 18,19% | 12.295 | 8,76% | 16,22% |
| | De 30 años | 127 | 4,9% | 3,0% | 40.942 | 0,31% | 1,92% | 1.680 | 7,56% | 2,22% |
| | De 31 a 45 años | 796 | 31,0% | 18,6% | 518.983 | 0,15% | 24,38% | 20.093 | 3,96% | 26,51% |
| | Más de 45 años | 566 | 22,1% | 13,2% | 247.836 | 0,23% | 11,64% | 7.768 | 7,29% | 10,25% |
| Total HOMBRE | | 2.566 | 100,0% | 60,1% | 1.194.910 | 0,21% | 56,13% | 41.836 | 6,13% | 55,19% |
| MUJER | Menor de 30 años | 973 | 57,0% | 22,8% | 316.386 | 0,31% | 14,86% | 12.119 | 8,03% | 15,99% |
| | De 30 años | 120 | 7,0% | 2,8% | 31.042 | 0,39% | 1,46% | 1.486 | 8,08% | 1,96% |
| | De 31 a 45 años | 377 | 22,1% | 8,8% | 394.509 | 0,10% | 18,53% | 15.139 | 2,49% | 19,97% |
| | Más de 45 años | 237 | 13,9% | 5,5% | 192.016 | 0,12% | 9,02% | 5.221 | 4,54% | 6,89% |
| Total MUJER | | 1.707 | 100,0% | 39,9% | 933.953 | 0,18% | 43,87% | 33.965 | 5,03% | 44,81% |
| Total | | 4.273 | | 100,0% | 2.128.863 | 0,20% | 100,00% | 75.801 | 5,64% | 100,00% |

Fuente: ARGOS y elaboración propia

En cualquier caso, lo que sí parece claro es que la utilización mayoritariamente juvenil de esta modalidad --antes identificada-- se hace aún más intensa en el caso del colectivo femenino. Si en el caso de los hombres cerca del 47% de los CAE realizados con personas de este sexo eran realizados con jóvenes de treinta o menos años, en el caso de las mujeres esta proporción llegaba 64%, lo que conducía obviamente, a que la utilización del mismo en franjas superiores de edad fuera ciertamente más escasa entre las mujeres que entre los hombres.

4. EL USO O NO DE INCENTIVOS EN ESTA MODALIDAD: ¿HACIA UNA DUALIDAD EN SU UTILIZACIÓN?

Pero sin duda una de las grandes dudas que planteaba el análisis teórico de esta modalidad era el grado o no de utilización de los incentivos económicos que se ofrecían con la misma. Y ello ya que si bien es cierto que la amplitud del periodo de prueba --incentivo laboral-- no era formalmente incompatible con las bonificaciones y deducciones fiscales previstas, sí que parecía existir una posible disfunción en el uso conjunto de ambas vías de incentivación. Y ello ya que la extinción durante el periodo de prueba impediría, al menos aparentemente, el disfrute de las bonificaciones y deducciones que exigían una cierta estabilidad del contrato durante el periodo de disfrute de la misma.

De ahí que incluso cupiera plantear la posibilidad de una dualidad en el uso de esta modalidad. Y ello ya que mientras en el caso de los incentivados económicamente era posible esperar una cierta estabilidad, al menos durante el periodo que durara la misma –con independencia de que posteriormente la finalización de las bonificaciones y deducciones pudiera generar una alta mortalidad, causada quizás por la “financiación” de las posibles indemnizaciones por despido con estos mismos incentivos, lo que nos llevaría, paradójicamente a unos contratos materialmente temporales, cuya indemnización “financiaría” el propio Estado--, en el caso de los CAE no incentivados el temor a una resolución durante su primer año de vida era ciertamente alto.

Pues bien, más allá como decimos de que estas cuestiones serán el eje de un trabajo posterior de este mismo proyecto de investigación, lo que nos interesa resaltar ahora, en relación siempre con los datos de estos primeros ocho meses, es el hecho, ciertamente significativo de que cerca del 60% de estos CAE fueron bonificados o incentivados, siendo cuantitativamente más frecuente la bonificación –el 55,5% del total de CAE disfrutarían de la misma– que los incentivos fiscales, que solo serían reclamados, por lo que parece, por el 26,2% de los CAE firmados durante este periodo de febrero a septiembre de 2012.

Tabla 5: CAE por disfrute o no de bonificaciones y/o deducciones (febr-sept. 2012)

| | | Mes | | | | | | | | Total Feb.- Sept. |
|--|----------------|-----------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|-------|----------------------|
| | | Febr. | Mar. | Abr. | May. | Jun. | Jul. | Ago. | Sept. | |
| Sin bonificaciones ni deducciones | Total | 4 | 250 | 252 | 280 | 280 | 235 | 152 | 259 | 1.712 |
| | % Total CAE | 21,1% | 31,7% | 33,8% | 37,3% | 44,0% | 46,1% | 45,0% | 53,4% | 40,1% |
| Con bonifica- ciones o deducciones | Total | 15 | 539 | 493 | 470 | 357 | 275 | 186 | 226 | 2.561 |
| | % Total CAE | 78,9% | 68,3% | 66,2% | 62,7% | 56,0% | 53,9% | 55,0% | 46,6% | 59,9% |
| Con deducciones | Total | 8 | 227 | 234 | 237 | 147 | 126 | 60 | 82 | 1.121 |
| | % Total CAE | 42,1% | 28,8% | 31,4% | 31,6% | 23,1% | 24,7% | 17,8% | 16,9% | 26,2% |
| Con bonificaciones | Total | 15 | 499 | 445 | 435 | 332 | 249 | 180 | 217 | 2.372 |
| | % Total CAE | 78,9% | 63,2% | 59,7% | 58,0% | 52,1% | 48,8% | 53,3% | 44,7% | 55,5% |
| Total CAE | | 19 | 789 | 745 | 750 | 637 | 510 | 338 | 485 | 4.273 |

Fuente: ARGOS y elaboración propia

Lo que en cambio resulta llamativo es que el 40,1% de estos mismos CAE no señalen en sus contratos la utilización ni de los incentivos de Seguridad Social, ni los incentivos fiscales. Y lo es, aún más, si tenemos en cuenta que en bastantes de estas ocasiones el trabajador cumplía al menos el requisito de la edad exigido básicamente –si se trataba, eso sí, de un desempleado inscrito

previamente en la oficina de empleo— para tener derecho, al menos, a la bonificación anteriormente señalada. Esto sucede significativamente, y como ya hemos visto, en las franjas de menores de 30 y mayores de 45 años.

Tabla 6: CAE sin incentivos ni bonificación celebrados en Andalucía por sexo y edad (enero a septiembre de 2012)

| SEXO | EDAD | Mes | | | | | | | | Total CAE |
|--------------|------------------|------|------|------|------|------|------|------|-------|--------------|
| | | Feb. | Mar. | Abr. | May. | Jun. | Jul. | Ago. | Sept. | |
| Hombre | Menor de 30 años | | 26 | 30 | 39 | 36 | 39 | 13 | 27 | 210 |
| | De 30 años | | 6 | 6 | 5 | 6 | 5 | 6 | 7 | 41 |
| | De 31 a 45 años | 3 | 122 | 99 | 107 | 101 | 83 | 70 | 89 | 674 |
| | Más de 45 años | 1 | 33 | 26 | 28 | 37 | 27 | 16 | 21 | 189 |
| Total Hombre | | 4 | 187 | 161 | 179 | 180 | 154 | 105 | 144 | 1.114 |
| Mujer | Menor de 30 años | | 16 | 29 | 25 | 29 | 28 | 10 | 26 | 163 |
| | De 30 años | | 3 | | 4 | 4 | 4 | 3 | 7 | 25 |
| | De 31 a 45 años | | 38 | 53 | 61 | 50 | 38 | 28 | 65 | 333 |
| | Más de 45 años | | 6 | 9 | 11 | 17 | 11 | 6 | 17 | 77 |
| Total Mujer | | | 63 | 91 | 101 | 100 | 81 | 47 | 115 | 598 |
| Total | | 4 | 250 | 252 | 280 | 280 | 235 | 152 | 259 | 1.712 |

Fuente: ARGOS y elaboración propia

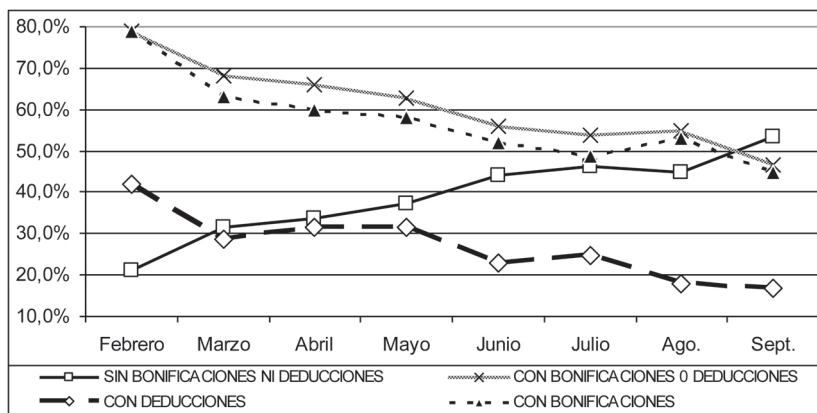
En cualquier caso —y remitiéndonos a lo ya señalado anteriormente en relación con la diferente distribución proporcional y por sexos de estos contratos según disfruten o no de algún incentivo económico¹³-- no podemos dejar de señalar que, analizados temporalmente, estos datos parecen reflejar una cierta evolución en la composición proporcional de este colectivo; una evolución constante y, por lo que parece, progresiva.

En primer lugar, porque el peso correspondiente tanto a los contratos bonificados, como a los contratos incentivados con medidas fiscales está cayendo significativamente en relación con el conjunto de CAE celebrados cada mes —Gráfico 6 y Tabla 5—. Así, si en el mes de marzo de 2012 —dejamos por tanto a un lado febrero ya que el escaso número de contratos estipulados lo hace poco representativo-- el 68,3% de los CAE estaba incentivado económicamente —un 63,2% de los CAE estipulados ese mes disfrutarían de bonificaciones y cerca de un treinta por ciento (28,8%) de deducciones fiscales--, en el mes de septiembre, en cambio, solo un 46,6% de contratos se acogían a estas bonificaciones, siendo el descenso especialmente drástico entre los contratos que se consideraban con derecho a deducciones fiscales --sólo 82, esto es, el 16,9%

¹³ Véase supra el Punto 3 CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA POBLACIÓN OCUPADA MEDIANTE ESTE CONTRATO: SEXO Y EDAD y, en especial, la Tabla 3 y el Gráfico 5.

del total de CAE estipulados ese mes--, pero sin que la caída de los contratos bonificados dejara de ser igualmente significativa – del 63,2% de marzo habríamos pasado al 44,7% en septiembre--.

Gráfico 6: Evolución de CAE por disfrute o no de bonificaciones y/o deducciones (febr-sept. 2012)



Fuente: ARGOS y elaboración propia

Y en segundo lugar porque, lejos de ser una cuestión puntual, el análisis de la serie temporal parece mostrar una tendencia clara hacia un mayor desarrollo de la modalidad no incentivada económicamente, lo que, como se comprenderá puede llegar a tener un impacto sobre la estabilidad material de este creciente segmento de esta modalidad contractual. De hecho, si en el mes de marzo de 2012 –el primero que, como ya hemos señalado vamos a analizar-- solo 250 CAE carecían de derecho a bonificación o deducción fiscal –lo que suponía el 31,7% de los 789 contratos estipulados en dicho mes– en el mes de septiembre se formalizaron 259 CAE de este mismo tipo, lo que suponía y el 53,4% del total¹⁴.

¹⁴ No obstante, esta tendencia parece haberse limitado o reducido durante el mes de octubre. En este mes –a cuyos datos se tuvo acceso por los autores una vez cerrado estas páginas– los CAE sin deducciones ni bonificaciones ascendieron a 170, lo que supone el 41,4% de los 411 CAE estipulados durante este mes; esto es, algo más de la media de los primeros ocho meses –40,1%–, pero notablemente inferior al 53,4% que suponían este subtipo de CAE en el mes de septiembre de 2012. Correlativamente el número de CAE incentivados económicamente experimentó durante este mes de octubre un notable incremento –241 CAE, el 58,6%– muy por encima de este mismo dato para el mes de septiembre –46,6%–, apreciándose este incremento tanto en el porcentaje de contratos con deducciones fiscales –84 CAE, el 20,4% del total– como, y sobre todo, en el caso de los bonificados –219 contratos, el 53,3%–. Estos datos parecen, por tanto, sugerir una cierta modificación en la tendencia antes mencionada, orientándose a la media de los ocho meses anteriores antes señalada. Pero, en cualquier caso, y dado lo escaso de la muestra, sugieren la necesidad de continuar con el análisis de esta cuestión.

5. DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DE ESTA MODALIDAD EN ANDALUCÍA

Si analizamos el uso de esta modalidad en función del territorio, se observa, en primer lugar, que más de la mitad de los CAE formalizados durante estos meses en nuestra Comunidad autónoma se han estipulado en las provincias de Málaga y Sevilla (57%), lo que, por otra parte, resulta lógico –aunque no deje de ser sintomático– si tenemos en cuenta que es en estas dos provincias donde mayor número de acuerdos se suelen formalizar mensualmente¹⁵.

En el otro extremo se situarían Huelva, en la que el número de CAE no llega al 4%, precedida por Jaén y Almería –que se sitúan por encima del 5% y sin llegar al 6% del total de CAE formalizados en nuestra Comunidad–, lo que, en cualquier caso, también resulta lógico teniendo en cuenta el volumen de contratación indefinida que estas provincias presentan sobre el total propio de nuestra Comunidad.

Tabla 7: Distribución de CAE por provincias. Total y porcentajes en función del disfrute o no de incentivos (feb-sep. 2012)

| | Almería | Cádiz | Córdoba | Granada | Huelva | Jaén | Málaga | Sevilla | Total |
|------------------|---------|--------|---------|---------|--------|--------|--------|---------|--------|
| Total | 240 | 448 | 353 | 401 | 165 | 225 | 1370 | 1071 | 4273 |
| sin incentivo | 63 | 174 | 139 | 99 | 55 | 75 | 667 | 440 | 1712 |
| con incentivos | 177 | 274 | 214 | 302 | 110 | 150 | 703 | 631 | 2561 |
| % total | 5,62% | 10,48% | 8,26% | 9,38% | 3,86% | 5,27% | 32,06% | 25,06% | 100,00 |
| % sin incentivos | 26,25% | 38,84% | 39,38% | 24,69% | 33,33% | 33,33% | 48,69% | 41,08% | 40,07 |
| %con incentivos | 73,75% | 61,16% | 60,62% | 75,31% | 66,67% | 66,67% | 51,31% | 58,92% | 59,93 |

Fuente: ARGOS y elaboración propia

Desde esta misma perspectiva, y si analizamos en segundo lugar la distribución territorial de estos mismos CAE en función del disfrute o no de incentivos económicos –cuestión esta, que como ya hemos señalado, resultará ciertamente importante a la hora de analizar la estabilidad real de estas relaciones– se observan, ya a primera vista, notables diferencias territoriales.

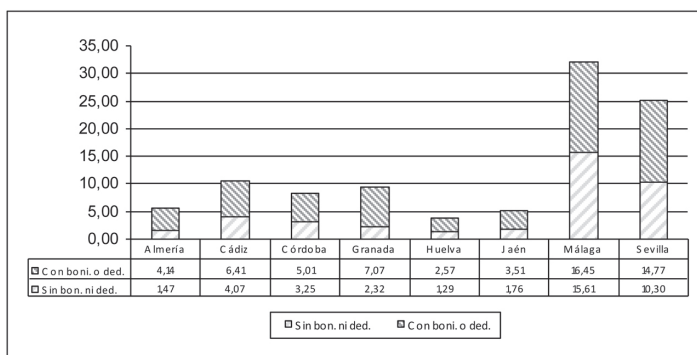
Así es cierto que en algunas provincias la distribución es similar a la que hemos detectado para el conjunto de Andalucía –a grandes rasgos, 40% sin incentivo y 60% con incentivos–: esto sucedería, por ejemplo, en Sevilla, Córdoba o Cádiz. Pero en otras demarcaciones territoriales se detectan importantes diferencias, eso sí divergentes y que, por tanto, tienden a compensarse. De este modo, y por ejemplo, resulta cuanto menos llamativo que en la provincia de Málaga cerca del 49% de los CAE –siempre según los datos

¹⁵ No obstante, obsérvese que la proporción de contratos realizados en Málaga y Sevilla sobre el total de la contratación andaluza no llega durante el periodo estudiado a este 57%, ni si analizamos el total de la contratación –en donde ambas provincias representan el 40% con un 16,8% y un 23,2% respectivamente–, ni si nos limitamos a la contratación indefinida –en donde, siempre durante estos meses, la contratación de estas dos provincias representó el 49,6% del total, con un 25,1 y un 24,5% respectivamente–.

proporcionados por ARGOS— no hayan solicitado ningún tipo de incentivo económico, mientras que en el extremo opuesto se situarían provincias como Granada o Almería donde el porcentaje de contratos incentivados sobre el total de los celebrados en la provincia ronda o incluso supera el 75%.

En este sentido, quizás deba llamarse la atención –ver Gráfico 7-- sobre el hecho de que son precisamente aquellas dos provincias en las que se ha realizado un uso cuantitativo y seguramente cualitativo o proporcional más intenso de esta modalidad las que mayor proporción presentan de CAE sin incentivos.

Gráfico 7: Distribución de CAE por provincias y solicitud o no de incentivos



Fuente: ARGOS y elaboración propia

En tercer lugar, si analizamos estos datos y los ponemos en relación con el número total de contratos indefinidos realizados durante el mismo tiempo en la Comunidad Autónoma de Andalucía, –ver Tabla 8 y Gráfico 8-- podemos comprobar que sólo en las provincias de Málaga y Sevilla el número de contratos CAE representan más del 1% de los contratos indefinidos celebrados en nuestra Comunidad durante este mismo periodo de tiempo

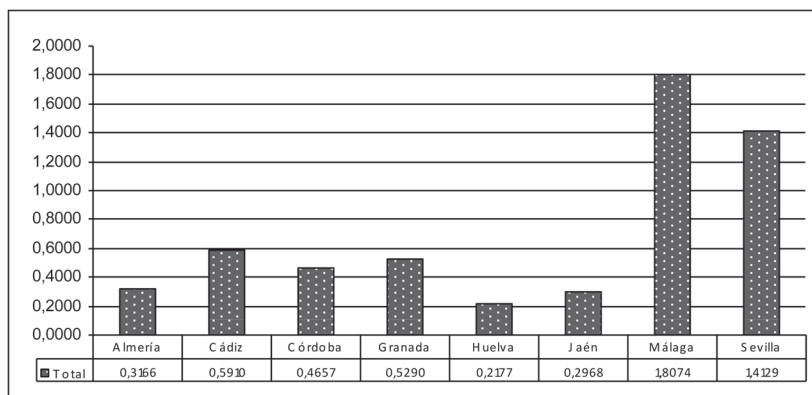
Tabla 8: Porcentaje que suponen los CAE celebrados en cada provincia sobre el total de contratos indefinidos estipulados en la Comunidad autónoma de Andalucía (febrero-septiembre 2012)

| Provincia | Febrero | Marzo | Abril | Mayo | Junio | Julio | Agosto | Septiembre | Total |
|-----------|---------|-------|-------|-------|-------|-------|--------|------------|--------------|
| Almería | 0,01% | 0,32% | 0,36% | 0,31% | 0,33% | 0,40% | 0,51% | 0,30% | 0,32% |
| Cádiz | 0,04% | 0,89% | 0,44% | 0,90% | 0,71% | 0,52% | 0,61% | 0,48% | 0,59% |
| Córdoba | 0,09% | 0,63% | 0,47% | 0,53% | 0,51% | 0,56% | 0,26% | 0,51% | 0,47% |
| Granada | 0,02% | 0,60% | 0,98% | 0,65% | 0,47% | 0,44% | 0,64% | 0,36% | 0,53% |
| Huelva | 0,00% | 0,24% | 0,30% | 0,29% | 0,25% | 0,16% | 0,21% | 0,23% | 0,22% |
| Jaén | 0,01% | 0,44% | 0,54% | 0,38% | 0,25% | 0,26% | 0,18% | 0,20% | 0,30% |
| Málaga | 0,02% | 1,65% | 2,60% | 2,59% | 2,35% | 1,95% | 1,62% | 1,32% | 1,81% |
| Sevilla | 0,04% | 2,25% | 1,99% | 1,57% | 1,56% | 1,21% | 1,09% | 1,13% | 1,41% |
| Total | 0,24% | 7,02% | 7,69% | 7,22% | 6,43% | 5,51% | 5,12% | 4,54% | 5,64% |

Fuente: ARGOS y elaboración propia

En el resto de las provincias —lo que resulta lógico, dado el volumen de contratación global de las mismas— esta proporción ni siquiera llega al 1% siendo en Huelva en donde menor porcentaje representan los CAE en ella estipulados --sólo el 0.2%-- sobre el total de los contratos indefinidos formalizados en el conjunto de nuestra Comunidad

Gráfico 8: Porcentaje que suponen los CAE celebrados en cada provincia sobre el total de contratos indefinidos estipulados en la Comunidad Autónoma de Andalucía (febrero-septiembre 2012)



Fuente: ARGOS y elaboración propia

No obstante, y como ya hemos señalado, es obvio que estos datos vienen en gran parte condicionados por el peso de cada provincia sobre el total de la contratación andaluza. De ahí la necesidad de analizar más pormenorizadamente estas mismas cifras pero confrontando el número de CAE con el número de contratos indefinidos estipulados en cada provincia durante el mismo lapso de tiempo.

Y desde esta nueva perspectiva, atendiendo, como decimos, al número de contratos indefinidos de cada provincia, se puede observar que la distribución dista igualmente de ser uniforme, de la misma manera que lo es si consideramos sólo las provincias occidentales o las orientales. La Tabla 9 muestra cuál ha sido la proporción de contratos CAE sobre los contratos indefinidos realizados en cada una de las provincias y en cada uno de los meses en los que el RDL 3/2012 —y posteriormente, la Ley 3/2012— ha estado vigente.

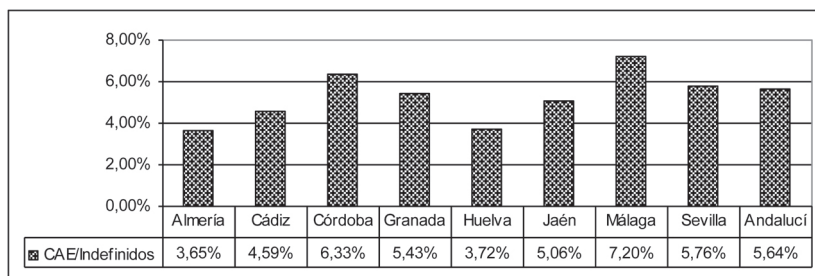
Tabla 9: Distribución de contratos CAE sobre contratos indefinidos de cada Provincia

| Provincia | Febrero | Marzo | Abril | Mayo | Junio | Julio | Agosto | Septiembre | Total |
|-----------|---------|-------|-------|-------|-------|-------|--------|------------|--------------|
| Almería | 0,17% | 3,05% | 4,88% | 4,15% | 4,72% | 4,29% | 5,21% | 2,95% | 3,65% |
| Cádiz | 0,28% | 7,86% | 3,83% | 7,00% | 5,00% | 3,58% | 4,38% | 3,92% | 4,59% |
| Córdoba | 1,21% | 7,51% | 7,31% | 7,48% | 7,09% | 7,77% | 3,82% | 6,30% | 6,33% |
| Granada | 0,23% | 5,81% | 9,19% | 6,48% | 5,80% | 4,98% | 7,38% | 3,56% | 5,43% |
| Huelva | 0,00% | 4,33% | 4,87% | 3,97% | 4,04% | 3,39% | 3,41% | 4,73% | 3,72% |
| Jaén | 0,25% | 7,89% | 9,67% | 6,14% | 3,89% | 4,24% | 3,56% | 3,06% | 5,06% |
| Málaga | 0,10% | 6,96% | 9,91% | 9,76% | 9,40% | 7,28% | 6,22% | 5,70% | 7,20% |
| Sevilla | 0,14% | 9,10% | 7,71% | 6,95% | 6,05% | 5,40% | 4,61% | 4,57% | 5,76% |
| Andalucía | 0,24% | 7,02% | 7,69% | 7,22% | 6,43% | 5,51% | 5,12% | 4,54% | 5,64% |

Fuente: ARGOS y elaboración propia

Así, se puede observar que Almería y Huelva, una en cada extremo de la comunidad, son las provincias en las que el peso de los CAE dentro de los contratos indefinidos es menor, representando éstos alrededor del 3,7% de los contratos de este tipo realizados en cada una de ellas. En estos resultados quizás haya influido el peso, al menos en la primera, del sector agropecuario en el que, como veremos más tarde, la utilización del CAE ha sido más limitada.

En cambio --Gráfico 9-- en Cádiz, Jaén, Granada y Sevilla el número de CAE en relación con el total de indefinidos se sitúa entre el 4,5% y el 5,8%, destacando, en el otro extremo, Córdoba con el 6,3% de contratos CAE --siempre sobre el total de indefinidos celebrados en dicho territorio-- y Málaga en la que el mismo porcentaje alcanzó durante el conjunto de estos meses el 7,2%.

Gráfico 9: Porcentaje que suponen los CAE sobre el total de contratos indefinidos estipulados en cada provincia (febrero-septiembre 2012)

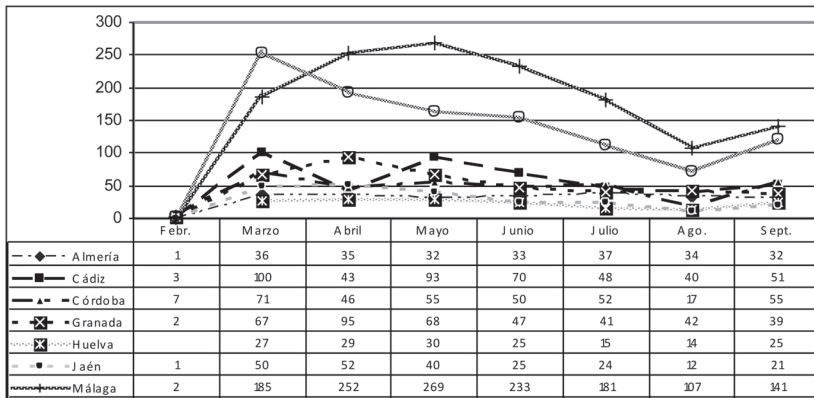
Fuente: ARGOS y elaboración propia

Desde esta doble perspectiva, podríamos destacar seguramente que Mála-

ga es, en cualquier caso, la provincia mejor situada o más proclive a la utilización de los CAE. Y ello, quizás --y como veremos-- por la propia composición de su tejido productivo y la fuerte presencia en el mismo de algunas de las ramas de actividad en las que esta modalidad parece haber tenido mayor éxito.

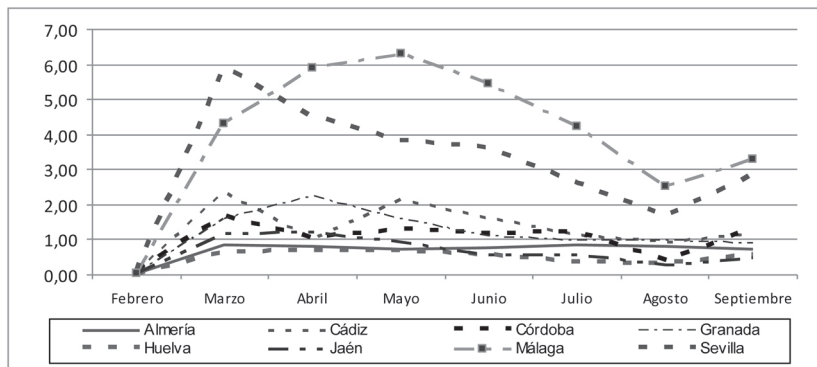
Sea como fuere, y si finalmente atendemos a su evolución temporal – obviando el mes de febrero, en el que los contratos CAE nacen--, es posible constatar como en la mayoría de ellas se produce una clara evolución decreciente desde el máximo alcanzado normalmente en los meses de marzo y abril --sólo en Málaga este máximo se produce algo más tarde, en el mes de mayo— hacia un mínimo que normalmente se alcanzan en agosto, con un ligero repunte de un mes de septiembre que, como veremos, sólo acontece por el mayor número general de contrataciones realizadas en dicho mes. Si acaso, cabría llamar la atención sobre el caso de Almería, con una elevada estabilidad cuantitativa, en una horquilla bastante cerrada de CAE por mes, con un mínimo de 32 contratos en los meses de mayo y septiembre y un máximo de 37 en el mes de julio.

Gráfico 10: Evolución en el número de CAE por provincias y meses en Andalucía (feb-sep. 2012)



Fuente: ARGOS y elaboración propia

Y unos resultados obviamente muy similares se obtienen si analizamos la evolución de la ratio que representan los CAE estipulados durante cada mes en cada provincia sobre el total de CAE estipulados durante estos ocho meses en el conjunto de la Comunidad.

Gráfico 11: Porcentaje que suponen los CAE estipulados en cada provincia sobre el total celebrados en Andalucía en el conjunto del periodo considerado

Fuente: ARGOS y elaboración propia

Ya por último, si analizamos esta misma evolución en relación con el peso que los CAE suponen sobre el total de la contratación indefinida—dejando a un lado, por las razones tantas veces expuestas los datos del mes de febrero— se observa que en general, la mayoría de provincias alcanzan el máximo en los primeros meses de marzo -Sevilla y Cádiz— o abril -Granada, Huelva, Jaén y Málaga—, iniciándose a continuación una progresiva caída en estos valores—básicamente en Jaén, Málaga y Sevilla—, con algún repunte en el caso de Cádiz -mayo— o Granada -agosto—. Sólo en el caso de Almería y Córdoba estos máximos se alcanzan en los meses de agosto y julio respectivamente seguramente como consecuencia de una aparente mayor estabilidad en sus series mensuales.

Tabla 10: CAE por cada 100 contratos indefinidos celebrados en cada provincia y mes (Andalucía, marzo septiembre 2012)

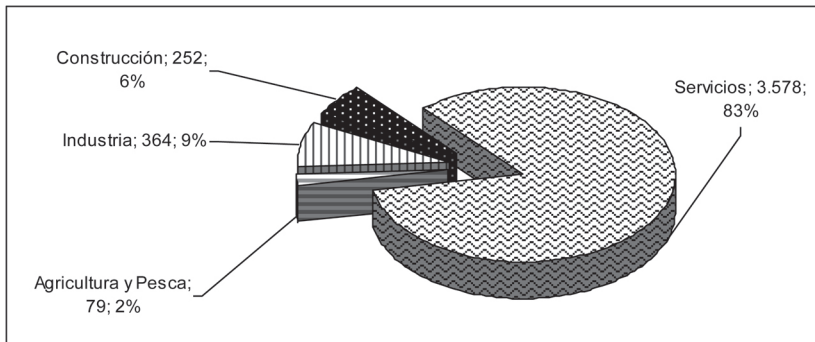
| Provincia | Marzo | Abril | Mayo | Junio | Julio | Ago. | Sep. | Feb-sept. |
|-----------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|
| Almería | 3,05% | 4,88% | 4,15% | 4,72% | 4,29% | 5,21% | 2,95% | 3,65% |
| Cádiz | 7,86% | 3,83% | 7,00% | 5,00% | 3,58% | 4,38% | 3,92% | 4,59% |
| Córdoba | 7,51% | 7,31% | 7,48% | 7,09% | 7,77% | 3,82% | 6,30% | 6,33% |
| Granada | 5,81% | 9,19% | 6,48% | 5,80% | 4,98% | 7,38% | 3,56% | 5,43% |
| Huelva | 4,33% | 4,87% | 3,97% | 4,04% | 3,39% | 3,41% | 4,73% | 3,72% |
| Jaén | 7,89% | 9,67% | 6,14% | 3,89% | 4,24% | 3,56% | 3,06% | 5,06% |
| Málaga | 6,96% | 9,91% | 9,76% | 9,40% | 7,28% | 6,22% | 5,70% | 7,20% |
| Sevilla | 9,10% | 7,71% | 6,95% | 6,05% | 5,40% | 4,61% | 4,57% | 5,76% |
| Andalucía | 7,02% | 7,69% | 7,22% | 6,43% | 5,51% | 5,12% | 4,54% | 5,64% |

Fuente: ARGOS y elaboración propia

6. DISTRIBUCIÓN POR SECTORES Y RAMAS DE ACTIVIDAD

Finalmente, si consideramos la contratación realizada bajo esta nueva modalidad, desagregada por sectores de actividad, resulta evidente que la mayor parte de los CAE --como no podía ser de otro modo dada la composición sectorial del empleo en Andalucía-- se ha realizado en el sector servicios, en el que se habrían estipulado 3.578 CAE lo que supondría el 83% del total. A mucha distancia quedarían Industria y Construcción, situándose en último lugar el sector Agropecuario.

Gráfico 12: CAE por sectores de actividad. Total y porcentajes. Andalucía feb-sep. 2012



Fuente: ARGOS y elaboración propia

Pues bien, si desde esta perspectiva, contextualizamos tales datos, comparándolos con el total de contratos y de contratos indefinidos realizados en cada sector de actividad el resultado es similar a la consideración conjunta que reflejábamos en la tabla 1, salvo en el sector de la agricultura y pesca --Tabla 11--.

Tabla 11: Contratación total, contratación indefinida y CAE por sectores de actividad (2:2012, 9:2002)

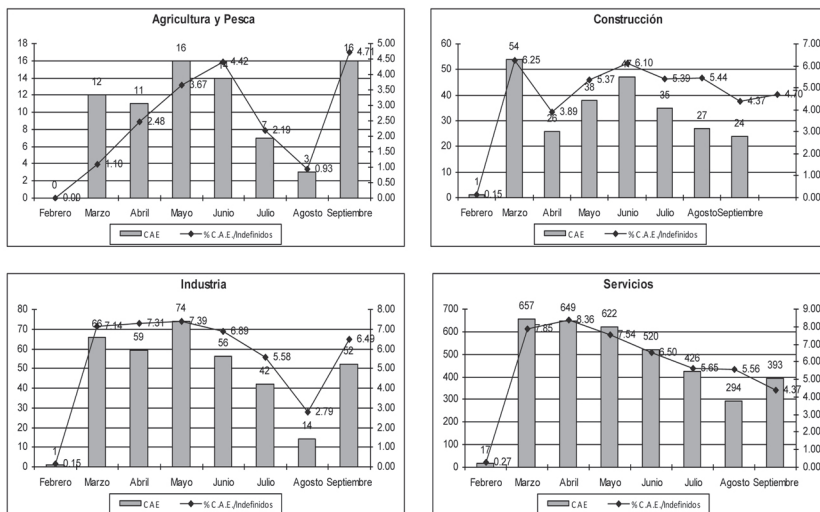
| | Mes | | | | | | | | | | | | Total | |
|---------------------|-------------------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|--|--|--|-------|-----------|
| | Feb. | Marzo | Abril | Mayo | Junio | Julio | Agos. | Sept. | | | | | | |
| Agricultura y Pesca | CAE | 0 | 12 | 11 | 16 | 14 | 7 | 3 | 16 | | | | | 79 |
| | Total contratos | 110.496 | 90.875 | 69.766 | 78.147 | 67.315 | 51.917 | 50.175 | 74.031 | | | | | 592.722 |
| | % CAE | 0.00 | 0.01 | 0.02 | 0.02 | 0.02 | 0.01 | 0.01 | 0.02 | | | | | 0.01 |
| | Total indefinidos | 289 | 1.088 | 444 | 436 | 317 | 320 | 324 | 340 | | | | | 3.558 |
| | % CAE | 0.00 | 1.10 | 2.48 | 3.67 | 4.42 | 2.19 | 0.93 | 4.71 | | | | | 2.22 |
| | CAE | 1 | 66 | 59 | 74 | 56 | 42 | 14 | 52 | | | | | 364 |
| Industria | Total contratos | 10.849 | 12.513 | 12.398 | 12.803 | 12.561 | 13.077 | 11.829 | 13.889 | | | | | 99.919 |
| | % CAE | 0.01 | 0.53 | 0.48 | 0.58 | 0.45 | 0.32 | 0.12 | 0.37 | | | | | 0.36 |
| | Total indefinidos | 664 | 925 | 807 | 1.001 | 813 | 753 | 501 | 801 | | | | | 6.265 |
| | % CAE | 0.15 | 7.14 | 7.31 | 7.39 | 6.89 | 5.58 | 2.79 | 6.49 | | | | | 5.81 |
| | CAE | 1 | 54 | 26 | 38 | 47 | 35 | 27 | 24 | | | | | 252 |
| Construcción | Total contratos | 27.180 | 30.763 | 28.435 | 32.316 | 29.174 | 24.716 | 23.062 | 25.241 | | | | | 220.887 |
| | % CAE | 0.00 | 0.18 | 0.09 | 0.12 | 0.16 | 0.14 | 0.12 | 0.10 | | | | | 0.11 |
| | Total indefinidos | 654 | 864 | 669 | 707 | 771 | 649 | 496 | 549 | | | | | 5.359 |
| | % CAE | 0.15 | 6.25 | 3.89 | 5.37 | 6.10 | 5.39 | 5.44 | 4.37 | | | | | 4.70 |
| | CAE | 17 | 657 | 649 | 622 | 520 | 426 | 294 | 393 | | | | | 3578 |
| Servicios | Total contratos | 115.232 | 134.393 | 139.916 | 161.750 | 173.146 | 184.009 | 139.913 | 166.976 | | | | | 1.215.335 |
| | % CAE | 0.01 | 0.49 | 0.46 | 0.38 | 0.30 | 0.23 | 0.21 | 0.24 | | | | | 0.29 |
| | Total indefinidos | 6.414 | 8.369 | 7.765 | 8.246 | 7.998 | 7.541 | 5.287 | 8.999 | | | | | 60.619 |
| | % CAE | 0.27 | 7.85 | 8.36 | 7.54 | 6.50 | 5.65 | 5.56 | 4.37 | | | | | 5.90 |

Fuente: Argos y elaboración propia.

El peso que esta modalidad de contratos tiene sobre la contratación indefinida en el sector de la agricultura y pesca es del 2,22% muy por debajo del 5,64% que representa el CAE en el conjunto de la contratación indefinida. En realidad, es en los sectores de la industria y los servicios en donde, sobre todo en términos porcentuales, observamos un mayor peso del nuevo CAE pues representan respectivamente un 0,36% y un 0,29% del total de contratos y 5,81% y 5,90% sobre número total de contratos indefinidos. En el sector de la construcción –especialmente afectado por la recesión económica desde el colapso de la burbuja a finales de 2006- los CAE representan, no obstante, el 4,70% de la contratación indefinida. Podríamos por tanto concluir, que por el momento, esta modalidad de contrato no encuentra un peso significativo dentro de los indefinidos en ninguno de los cuatro sectores, al menos cuando analizamos los datos agregados de los nueve primeros meses de su vigencia, si bien es evidente su mayor presencia en el sector servicios.

Por otra parte, y desde una perspectiva temporal ligada a cada sector de actividad -- Gráfico 13-- la evolución en el número de CAE para los distintos sectores refleja, en el caso del sector servicios, el mismo perfil que la consideración conjunta ya analizada en el Gráfico 1. En cambio, en el sector industria se registra el mayor número de esta modalidad de contratos en mayo, mientras en los meses siguientes el peso del CAE en la contratación retrocede significativamente, reduciéndose esta modalidad de contratación un 80% mientras que la indefinida se reduce sólo en un 50%, si bien resulta llamativo el repunte en el mes de septiembre. Por lo que se refiere al sector de la construcción, el mayor peso corresponde a los meses de marzo y junio, mes este a partir del cual la tendencia en la evolución es decreciente, incluso en el mes de septiembre. Y finalmente en el sector primario, pese a la escasa representación de esta modalidad, se destaca una mayor incidencia en mayo y junio, que seguidos por dos de retroceso, culminan un importante crecimiento, tanto cuantitativo como porcentual de los CAE el mes de septiembre.

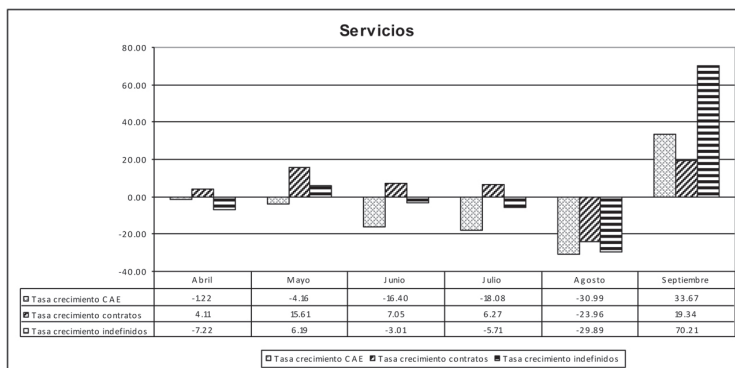
Gráfico 13: Evolución temporal del número de CAE en Andalucía por sectores de actividad



Fuente: Argos y elaboración propia.

La evolución temporal de las tasas de crecimiento mensual en términos relativos del número de contratos de apoyo al emprendedor, contratos totales e indefinidos en los sectores de industria y servicios en los que la nueva modalidad tiene algo más de representatividad se recogen en el Gráfico 14. De él cabe inferir que en el sector servicios la tasa de crecimiento mensual en el número de contratos indefinidos, en los meses en los que hay crecimiento, es mayor que en los CAE, mientras que si hay decrecimiento este es mayor en la nueva modalidad. En la industria el comportamiento es menos dispar, con la salvedad de los datos de septiembre.

Gráfico 14: Tasa de crecimiento mensual por tipo de contrato (Industria y Servicios)



Fuente: Argos y elaboración propia.

Y si finalmente analizamos esta distribución sectorial en función de la presencia o no de incentivos económicos – ver

Tabla 12 y Gráfico 15-- seguramente los más destacado sea la amplia representación que los CAE sin bonificaciones ni deducciones tienen en el sector de la construcción, en donde la proporción tradicional de 60 a 40, favorable en general para los incentivados económicamente, prácticamente se invierte.

Tabla 12: Número de Contratos de Apoyo al Emprendedor con o sin incentivos (% sobre CAE total)

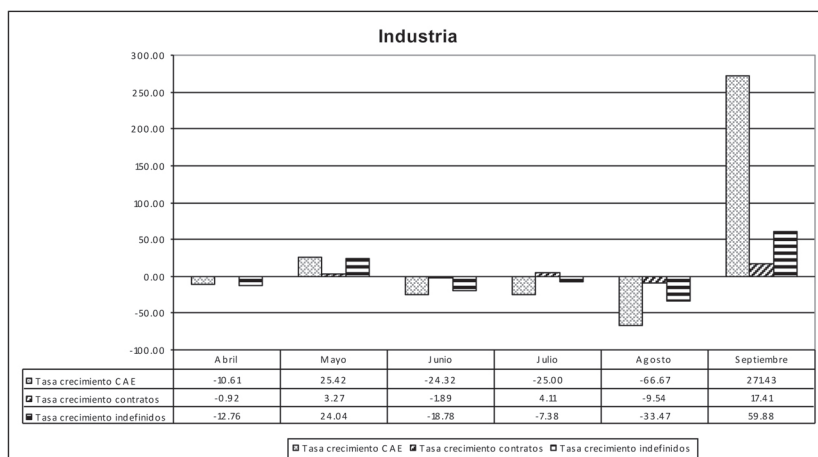
| | | Total | Feb. | Mar. | Abril | Mayo | Jun. | Jul | Ago. | Sept. | Total |
|---------------------|----------------------------------|--------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| Agricultura y Pesca | Sin Bonificaciones o Deducciones | | 5 | 1 | 3 | 6 | 3 | 1 | 9 | 28 | |
| | % Total CAE | | 41.67 | 9.09 | 18.75 | 42.86 | 42.86 | 33.33 | 56.25 | 35.44 | |
| | Con bonificaciones o deducciones | | 7 | 10 | 13 | 8 | 4 | 2 | 7 | 51 | |
| | % Total CAE | | 58.33 | 90.91 | 81.25 | 57.14 | 57.14 | 66.67 | 43.75 | 64.56 | |
| | Total CAE | | 12 | 11 | 16 | 14 | 7 | 3 | 16 | 79 | |
| Industria | Sin Bonificaciones o Deducciones | | 15 | 24 | 30 | 27 | 14 | 5 | 36 | 151 | |
| | % Total CAE | | 22.73 | 40.68 | 40.54 | 48.21 | 33.33 | 35.71 | 69.23 | 41.48 | |
| | Con bonificaciones o deducciones | 1 | 51 | 35 | 44 | 29 | 28 | 9 | 16 | 213 | |
| | % Total CAE | 100.00 | 77.27 | 59.32 | 59.46 | 51.79 | 66.67 | 64.29 | 30.77 | 58.52 | |
| | Total CAE | 1 | 66 | 59 | 74 | 56 | 42 | 14 | 52 | 364 | |
| Construcción | Sin Bonificaciones o Deducciones | | 35 | 11 | 16 | 26 | 21 | 22 | 14 | 145 | |
| | % Total CAE | 0,00 | 64,81 | 42,31 | 42,11 | 55,32 | 60,00 | 81,48 | 58,33 | 57,54 | |
| | Con bonificaciones o deducciones | 1 | 19 | 15 | 22 | 21 | 14 | 5 | 10 | 107 | |
| | % Total CAE | 100 | 35,19 | 57,69 | 57,89 | 44,68 | 40,00 | 18,52 | 41,67 | 42,46 | |
| | Total CAE | 1 | 54 | 26 | 38 | 47 | 35 | 27 | 24 | 252 | |
| Servicios | Sin Bonificaciones o Deducciones | 4 | 195 | 216 | 231 | 221 | 197 | 124 | 200 | 1.388 | |
| | % Total CAE | 23,53 | 29,68 | 33,28 | 37,14 | 42,50 | 46,24 | 42,18 | 50,89 | 38,79 | |
| | Con bonificaciones o deducciones | 13 | 462 | 433 | 391 | 299 | 229 | 170 | 193 | 2.190 | |
| | % Total CAE | 76,47 | 70,32 | 66,72 | 62,86 | 57,50 | 53,76 | 57,82 | 49,11 | 61,21 | |
| | Total CAE | 17 | 657 | 649 | 622 | 520 | 426 | 294 | 393 | 3.578 | |

Fuente: Argos y elaboración propia.

Para los demás sectores, es cierto que el número de contratos CAE bonificados o con deducciones fiscales sigue siendo sensiblemente superior a los que no disfrutaban de alguno de estos beneficios. Pero como puede apreciarse en

el Gráfico 15, es evidente la existencia en todos ellos de una generalizada tendencia creciente del porcentaje de contratos sin incentivos económicos sobre el total.

Gráfico 15: Evolución mensual del número de CAE en función de la presencia o no de incentivos económicos por sectores de actividad. Andalucía feb.-sep. 2012



Fuente: Argos y elaboración propia.

Ya por último, y si con las debidas precauciones descendemos a las ramas de actividad de los distintos sectores, podemos concluir —tabla 13- que en sólo 11 ramas se concentran 2.856 CAE, que representan 66,84% del total de esta modalidad de contratación en el periodo de análisis. Estas ramas suponen, además, el 57,80% de la contratación indefinida. De ahí que el porcentaje de CAE sobre los indefinidos para las 11 ramas agregadas sea el 6,52%, superior al 5,64% que representan el total de CAE sobre la contratación indefinida del mismo periodo.

En cualquier caso, y en el otro extremo, llama la atención, por ejemplo, la ausencia de cualquier contratación en la Administración Pública, defensa y Seguridad Social, lo que vuelve a suscitar la duda, ya planteada por algunos autores, sobre la posibilidad incluso de que este tipo de empleador no pudiera utilizar esta modalidad.

Tabla 13: Ramas de actividad en las que mayor número de CAE se han estipulado en Andalucía (feb.-sep. 2012)

| RAMA DE ACTIVIDAD | CAE(sin incentivos económicos) | CAE (incentivos económicos) | CAE | % CAE (rama) / Total CAE | Indefinidos | % CAE/ Indefinidos por rama |
|---|--------------------------------|-----------------------------|-------|--------------------------|-------------|-----------------------------|
| Servicios de comidas y bebidas | 406 | 447 | 853 | 19,96% | 12.482 | 6,83% |
| Comercio al por menor, excepto de vehículos de motor y motocicletas | 171 | 427 | 598 | 13,99% | 10.883 | 5,49% |
| Comercio al por mayor e intermediarios del comercio, excepto de vehículos de motor y motocicletas | 144 | 233 | 377 | 8,82% | 4.691 | 8,04% |
| Transporte terrestre y por tubería | 86 | 87 | 173 | 4,05% | 2.900 | 5,97% |
| Venta y reparación de vehículos de motor y motocicletas | 49 | 104 | 153 | 3,58% | 1.750 | 8,74% |
| Actividades de construcción especializada | 81 | 58 | 139 | 3,25% | 2.554 | 5,44% |
| Actividades sanitarias | 41 | 77 | 118 | 2,76% | 1.737 | 6,79% |
| Otros servicios personales | 32 | 85 | 117 | 2,74% | 1.521 | 7,69% |
| Actividades jurídicas y de contabilidad | 28 | 87 | 115 | 2,69% | 1.267 | 9,08% |
| Industria de la alimentación | 47 | 60 | 107 | 2,50% | 1.755 | 6,10% |
| Construcción de edificios | 62 | 44 | 106 | 2,48% | 2.262 | 4,69% |
| Total sectores en Andalucía | 1712 | 2561 | 4.273 | 100,00% | 75.801 | 5,64% |

Fuente: Argos y elaboración propia.

Los datos recogidos en la Tabla 13 nos ofrecen, al menos, la siguiente lectura: casi un 20% de los CAE realizados desde la aprobación del RDL 3/2012 hasta septiembre en Andalucía se han realizado en una rama importante del sector servicios, la de comidas y bebidas. Sin embargo, esta modalidad tampoco tiene gran impacto en la contratación indefinida de la misma, ya que representa algo menos del 7%, aunque ciertamente se encuentra por encima de la media del conjunto de sectores –que, como se recordará, se situaba en el 5,64%--. Por su parte, las tres ramas del comercio en su conjunto –comercio al por mayor, al por menor y venta y reparación de vehículos de motor-- suponen el 26,39% del total CAE. Sin embargo los CAE de las tres actividades sólo representan el 6,5% de la contratación indefinida en estas tres ramas.

En cualquier caso, de estas 11 ramas en donde mayor número de CAE se ha contabilizado, es en la de actividades jurídicas y de contabilidad donde esta modalidad tiene más peso sobre la contratación indefinida. No obstante, hay ramas con menor peso en la contratación indefinida pero en la que la modalidad de contrato de apoyo al emprendedor tiene un peso relativo mayor –tabla 14--. Pero aún así, resulta llamativo comprobar que en ninguna de ella este porcentaje alcanza ni tan siquiera el 20%.

Tabla 14: Ramas de actividad en las que los CAE suponen un porcentaje más alto dentro de la contratación indefinida realizada en la misma. Andalucía feb-sep. 2012

| RAMA DE ACTIVIDAD | CAE | Indefinidos | % CAE/ Indefinidos |
|---|-----|-------------|--------------------|
| Actividades veterinarias | 26 | 143 | 18,18% |
| Transporte aéreo | 2 | 13 | 15,38% |
| Reparación e instalación de maquinaria y equipo | 35 | 239 | 14,64% |
| Industria de la madera y del corcho, excepto muebles; cestería y espartería | 23 | 163 | 14,11% |
| Actividades postales y de correos | 27 | 197 | 13,71% |
| Fabricación de productos informáticos, electrónicos y ópticos | 5 | 37 | 13,51% |
| Transporte marítimo y por vías navegables interiores | 8 | 61 | 13,11% |
| Telecomunicaciones | 39 | 333 | 11,71% |
| Almacenamiento y actividades anexas al transporte | 66 | 564 | 11,70% |
| Fabricación de maquinaria y equipo n.c.o.p. | 21 | 180 | 11,67% |
| Edición | 16 | 148 | 10,81% |
| Publicidad y estudios de mercado | 58 | 544 | 10,66% |
| Servicios de información | 10 | 95 | 10,53% |
| Otras industrias manufactureras | 11 | 109 | 10,09% |

Fuente: Argos y elaboración propia.

En cualquier caso, y retomando el análisis de los CAE en cada una de las 11 actividades recogidas en la Tabla 13, y analizando la composición en función de que se acojan a deducción y/o bonificación o no, es fácil apreciar el mayor peso de los bonificados o con deducciones fiscales en nueve de las once actividades llegando a ser del 75,65% para ‘actividades jurídicas y de contabilidad’ y del 72,65% para ‘otros servicios personales’¹⁶. Sin embargo, en las dos actividades relacionadas con la construcción ‘Actividades de construcción especializada’ y ‘Construcción de edificios’ el peso porcentual se invierte, siendo algo más del 58% de los CAE de esta rama sin ningún tipo de bonificación y/o deducción.

¹⁶ También está por encima del 70% ‘comercio al por menor, excepto vehículos de motor y motocicletas’.

7. ALGUNAS CONCLUSIONES INICIALES

Aunque seguramente aún es pronto para alcanzar conclusiones más estables, los datos relativos a la utilización del CAE en Andalucía durante estos primeros ocho meses parecen reflejar un uso ciertamente limitado. En un contexto de clara recesión —este dato seguramente no debe ser olvidado— esta forma de contratación solo ha supuesto un 0,2% del total de contratos estipulados en Andalucía durante el mismo periodo y, lo que sin duda es aún más importante, sólo un 5,64% de los contratos indefinidos, con una tendencia incluso decreciente. Si recordamos la práctica ausencia de requisitos exigidos a los trabajadores y la amplia base de empleadores a los que va destinado, la única conclusión posible es que, al menos en esta fase inicial, marcada, como decimos, por una clara recesión con efectos dramáticos sobre nuestro mercado de trabajo, esta modalidad no habría cubierto las expectativas que quizá pudo haber generado, sobre todo si recordamos su fuerte incentivación, tanto económica como mediante flexibilidad laboral.

Por lo demás, en relación con las características personales de los trabajadores contratados, se aprecia una fuerte focalización en el colectivo de jóvenes hasta los 30 años, seguramente motivada por su intensa incentivación económica. De ahí que sorprenda aún más la detectada tendencia a un uso más frecuente con hombres que con mujeres, sobre todo si desagregamos y comparamos --utilizando esta variable-- el total de contratos CAE con la totalidad de la contratación y de la contratación indefinida. El hecho de que este sesgo se haga aún más intenso cuando los contratos no estén incentivados económicamente podría apoyar la interpretación que justifica esta tendencia por el temor a la posible alegación de discriminación en los supuestos de resolución del contrato durante su “amplísimo” --por calificarlo de algún modo-- periodo de pruebas.

En tercer lugar, y por lo que se refiere al uso o no de incentivos, es cierto que cerca del 60% de estos CAE solicitaban estas medidas --fundamentalmente, la bonificación en las cotizaciones a la Seguridad Social--. Pero el análisis de la serie temporal parece mostrar una tendencia --al menos hasta el momento-- hacia un mayor desarrollo de la modalidad no incentivada económicamente, lo que, como se comprenderá, puede llegar a tener un impacto sobre la estabilidad material de este segmento.

Por otra parte, y entrando ya en su distribución territorial, es obvio que más de la mitad de los CAE formalizados durante estos meses en nuestra Comunidad se han estipulado en las provincias de Málaga y Sevilla (57%), lo que, aún siendo lógico --sobre todo si tenemos en cuenta el peso de las dos provincias en la contratación andaluza-- resulta significativo. En cualquier caso, se detectan claras diferencias territoriales, por ejemplo en el peso de estos CAE dentro del conjunto de la contratación indefinida --con una horquilla

que va desde el 7,2% de Málaga al 3,65% en Almería, quizás motivada por la distinta composición de su tejido productivo y la buena acogida que los CAE han tenido en el sector servicios, frente a su escasa aceptación en el sector agropecuario--. Del mismo modo, es llamativo comprobar el distinto peso que dentro de cada provincia ha tenido la solicitud o no de incentivos económicos. Baste señalar como son precisamente aquellas dos provincias en las que se ha realizado un uso cuantitativo más intenso de esta modalidad las que mayor proporción presentan de CAE sin incentivos.

Finalmente, y por lo que se refiere a los sectores y ramas de actividad, es obvio que esta modalidad se ha focalizado en el sector servicios en el que se han estipulado cerca del 83% de los CAE celebrados durante este periodo en nuestra Comunidad. No obstante, el peso de la misma en relación con la totalidad de contratos indefinidos celebrados dentro de cada sector es relativamente cercano en el caso de servicios, industria y, en menor medida, construcción --5,90%, 5,81% y 4,70% respectivamente-. En cambio, en el sector agropecuario la incidencia es mucho menor, ya que sólo el 2,22% de los contratos indefinidos registrados fueron CAE.

Desde esta perspectiva, no resulta extraño, finalmente, que las ramas de actividad en la que se focalizan estos contratos, al menos cuantitativamente, sean los servicios de comida y el comercio en general --al por mayor, al por menor y venta y reparación de vehículos de motor--, que junto al transporte terrestre suman 2.154 CAE, lo que supone más del 50% del total. No obstante, no son estos los sectores en los que los CAE resultan porcentualmente más frecuentes dentro del colectivo de contratos indefinidos. En realidad son otras ramas como las actividades veterinarias y el transporte aéreo donde este tipo de modalidad es porcentualmente más frecuente entre los nuevos contratos indefinidos, sin superar, eso sí, en ningún caso, el 20%.

EL CONFLICTO DE TRABAJO EN CUARENTENA PROCESAL

JOSÉ MANUEL GÁMEZ JIMÉNEZ

Prof. Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Jaén

“El Derecho procesal tiene por fin coadyuvar a la realización del Derecho material, empero, él vale por sí mismo de un modo absoluto, por tanto, no sólo en el caso que no sirviera a la realización del derecho material, sino hasta en el caso que fuera quizás su impedimento”.

G. Radbruch.¹

EXTRACTO

Palabras Clave: Derecho Procesal, aislamiento

El aislamiento procesal es una función procesal secundaria y una *Institución jurídica sempiterna* de naturaleza instintiva, presente en el ser humano y en la mayoría de seres vivos. Por su parte, los mecanismos racionales y procesales de resolución de conflictos (judiciales y extrajudiciales), son *Instituciones jurídicas históricas* creadas por el ser humano en un determinado contexto histórico, político, económico, etc. Cuando un órgano judicial o extrajudicial aísla un conflicto jurídico, las partes deberán seguir una serie de directrices, a saber: no recurrir a la autotutela, no iniciar otro procedimiento paralelo y, por último, ser conscientes de que el conflicto será resuelto a través del proceso incoado por la parte actora. El faro que ha guiado este trabajo ilumina la senda por la que discurren los fundamentos, naturaleza y régimen jurídico del aislamiento procesal, una función y una Institución que brilla con luz propia en todas las ramas procesales (civil, penal, etc.).

ABSTRACT

Key Words: Litigation Law, insulate

Procedural isolation is a secondary procedural function and an everlasting legal institution of nature instintive, present in the human being and the majority of living beings. For its part, rational and procedural mechanisms for resolution of disputes (judicial and extra-judicial), are historical legal institutions created by human beings in a specific context historical, political, economic, etc. When a judicial or extrajudicial body insulates a legal dispute, the Parties shall follow a series of guidelines, namely: not to resort to the tutelage, not start another parallel procedure and, finally, be aware that the conflict will be resolved through the process initiated by the plaintiffs.

¹ *Filosofía del Derecho*, Comares, Granada, 1999.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL AISLAMIENTO PROCESAL DE LOS CONFLICTOS EN EL REINO ANIMAL
3. EL CICLO EVOLUTIVO DE LOS CONFLICTOS LABORALES
 - 3.1. Conflicto latente
 - 3.2. Conflicto manifestado
 - 3.3. Conflicto exteriorizado
4. LAS FUNCIONES PRIMARIAS Y SECUNDARIAS DE LOS MEDIOS RACIONALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES
5. EL AISLAMIENTO DEL CONFLICTO EN LOS PROCEDIMIENTOS “IRRACIONALES” DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES
6. EL AISLAMIENTO DEL CONFLICTO EN LOS PROCEDIMIENTOS “RACIONALES” DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES
 - 6.1. Procedimientos extrajudiciales
 - 6.1.1. Transacción *inter privatos*
 - 6.1.2. Conciliación
 - 6.1.3. Mediación
 - 6.1.4. Arbitraje
 - 6.2. Proceso laboral interno
 - 6.3. Proceso laboral comparado
7. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El aislamiento procesal no es una construcción teórica sacada de una chistera y despojada de utilidad práctica, muy al contrario, es una Institución procesal que pervive desde la aparición de los primeros seres vivos sobre la faz de la tierra y, por tanto, mucho antes de que los primeros homínidos irrumpieran en el continente africano.

El ser humano y los demás seres vivos nacen en un determinado hábitat dónde inciden multitud de normas, pautas de conducta, leyes naturales, máximas de experiencia, etc. Todo este arsenal normativo (jurídico y metajurídico) moldea la mente del individuo y, en la mayor parte de los casos, determina su modo de actuar en las relaciones intersubjetivas de cooperación o conflicto.²

Aislar procesalmente a un conflicto laboral tiene por finalidad protegerlo

² Sobre las relaciones de cooperación o conflicto, *vid.* V. Ferrari, *Lineamenti di sociologia del diritto*, I. *Azione giuridica e sistema normativo*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 127 y ss. Desde una atalaya existen opiniones que niegan la naturaleza conflictiva de los procesos en los que no hay lucha entre las partes, (allanamiento, jurisdicción voluntaria, etc.), *cfr.* W. Kisch, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, p. 14. Sin embargo, desde nuestro punto de vista el proceso es en esencia un medio de lucha u orden coercitivo marcado por la existencia de un conflicto de intereses juridificado, *vid.* A. WACH, *Manual de Derecho Procesal Civil*, (Tit. orig. *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*. Trad. T. A. Banzhaf), Volumen I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1977, p. 22. La regulación coactiva del proceso impide la derivación bélica de la contienda y su transformación en un duelo o guerra pública o privada, J. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1998, 4ª Ed., p. 27 *in fine*.

de cualesquiera alteraciones que pudieran perjudicar las pretensiones de las partes o restar eficacia a la resolución judicial o extrajudicial.

El aislamiento del conflicto es una categoría *multidisciplinar* que tiene lugar en todos los medios de resolución de conflictos (judiciales o extrajudiciales) y en cada una de las ramas procesales (civil, penal, contencioso-administrativa, etc.). Pero es más, el aislamiento procesal acontece en la mayoría de conflictos entre animales de la misma especie.

Como Institución jurídica y metajurídica mucho más antigua que el Derecho procesal creado por el ser humano, el aislamiento del conflicto deriva del instinto animal, a saber: cuando existe un conflicto intersubjetivo y la parte actora ataca a la otra parte (*vgr.* con la presentación de la papeleta de conciliación, demanda, agresión física, etc.), lo natural es que la parte demandada intente repeler el ataque utilizando los medios de defensa obrantes en el proceso de resolución de conflictos elegido por la parte actora.³

El aislamiento procesal es una Institución jurídica sempiterna despojada de una regulación jurídico-positiva expresa. No obstante, el ser humano, a través de la abstracción, ha sido capaz de crear normas procesales positivas capaces de regular de forma indirecta la Institución del aislamiento procesal (en el ámbito civil, arts. 404 y 440 LEC 1/2000 y, en el ámbito laboral, art. 82 LJS).

2. EL AISLAMIENTO PROCESAL DE LOS CONFLICTOS EN EL REINO ANIMAL

El Derecho procesal no es privativo del ser humano. Los seres vivos, a lo largo de su vida, se ven envueltos en relaciones de conflicto entabladas con seres de la misma o distinta especie. En la resolución de conflictos entablados entre seres vivos de la misma especie, los contendientes acostumbran a respetar unas normas o ritos que no siempre coinciden con el procedimiento a seguir en los conflictos planteados entre seres vivos de distintas especies.

No es usual recurrir al reino animal para fundamentar una cuestión o fenómeno jurídico, sin embargo – como podrá constatarse – no resulta descabellado: un ejemplo de la utilización de esta metodología puede encontrarse en una obra de R. Von Ihering, dónde el autor recurre a la conducta animal como punto de partida para encarar el problema de la finalidad en el hombre.⁴

³ “...El proceso sirve tanto para el ataque como para la defensa...”, *cfr.* A. Wach, *Manual de Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, Vol. I, p. 23.

⁴ *Vid.* R. Von Ihering, *El Fin en el Derecho*, (Tit. orig. *Zweck im Recht*. Trad. L. Rodríguez), B. Rodríguez Serra Editor, Madrid, 1ª Ed., 1911, pp. 22 y ss., Desde este preciso instante hay que desterrar el posicionamiento del que hace gala J. Carbonier en su obra *Sociología Jurídica*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 33, dónde afirma que el hombre es el único ser vivo jurídico: una afirmación del todo errónea, ya que no hace falta ser zoólogo para saber que la mayoría de seres vivos cumplen – como mínimo – unas determinadas pautas de conducta.

Con un propósito más humilde, este trabajo recurre a la citada metodología para demostrar que el aislamiento procesal es una *Institución jurídica sempiterna*, visible desde que las primeras especies de animales poblaron nuestro planeta y, por tanto, anterior a la aparición del ser humano.

Al lado de esta institución jurídica sempiterna existen *Instituciones jurídicas históricas* (vgr. proceso judicial, responsabilidad civil, etc.), que provienen del razonamiento del ser humano en un determinado contexto histórico, político, económico, social, etc.

Con ánimo de indagar en los dos tipos de instituciones, nótese que la “propiedad” es otra *Institución jurídica sempiterna*, pues ha existido y existe en el reino animal con anterioridad al régimen jurídico establecido por el ser humano. Cuestión distinta ocurre con el “proceso judicial”, que es obra del intelecto del ser humano en unas determinadas coordenadas de espacio y tiempo y, por tanto, constituye una *Institución jurídica histórica* que no tiene parangón en el reino animal.

Las disputas en el reino animal suelen tener lugar entre individuos de la misma especie y del mismo sexo. Los motivos de enfrentamientos básicamente giran en torno al territorio y a la reproducción, pudiendo observarse como los animales siguen *procedimientos previos de amenazas, intimidación, etc.*, cuya finalidad radica en solucionar el conflicto evitando los daños derivados de un combate cuerpo a cuerpo⁵

Así las cosas, cuando ambos oponentes responden mutuamente a la amenaza o intimidación sin amilanarse, el paso posterior puede ser el *combate cuerpo a cuerpo* que, asimismo, tiene unas reglas de procedimiento que varían en cada especie animal, pudiendo desembocar – según los casos – en la muerte de uno o de los dos contendientes.⁶

La esencia del aislamiento procesal puede extrapolarse a la conciliación previa, cuya finalidad principal estriba en resolver el conflicto y evitar que las partes sufran los perjuicios derivados de la tramitación de un proceso laboral. Como es sabido, celebrada la conciliación previa sin avenencia o sin efecto, la parte actora podrá iniciar un proceso laboral que irroga unas consecuencias

⁵ Cfr. N. Tinbergen, *El estudio del instinto*, (Tít. orig. *The study of instinct*. Trad. J. Almela), siglo XXI Editores, Madrid, 7ª Ed., 1981, pp. 194 y ss.

⁶ La prolongación del tiempo de los procedimientos de amenaza o intimidación tiene consecuencias en el recurso a la lucha encarnizada. Por ejemplo, el cíclido de Gafsa (*Haplochromis multicolor*) un pez que lucha encarnizadamente contra peces de la misma especie, emplea un procedimiento de amenazas e intimidación que sólo duran unos segundos, pasado este tiempo procede a combatir causando graves heridas a su adversario y viceversa, cfr. K. Lorenz, *Sobre la agresión: el pretendido mal*, op. cit., p. 128. Nótese, asimismo, el procedimiento de amenaza e intimidación que despliegan los hipopótamos cuando a cierta distancia abren las fauces frente al oponente, vid. Ch. Darwin, *La expresión de las emociones en los animales y en el hombre*, (Tít. orig. *The Expression of Emotions in animals and Man* Trad. T. R. Fernández Rodríguez), Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 136.

negativas tanto para la parte actora como para la parte demandada (gastos, dilaciones, etc.).⁷

En el reino animal, el aislamiento procesal existente en *los procedimientos basados en la amenaza, intimidación, etc.*, acontecerá cuando ambos contrincentes situados a una distancia prudencial el uno del otro toman conciencia del conflicto intersubjetivo e interactúan a través de la huida, sumisión o respondiendo a la amenaza.⁸

En definitiva, desde tiempos inmemoriales, los animales cuentan con unas pautas de conducta o ritos para resolver conflictos entre sujetos de la misma especie, sin que los procedimientos hayan evolucionado debido a su naturaleza instintiva. Sin embargo, en el ser humano, los procesos judiciales y extrajudiciales de resolución de conflictos heterocompositivos y autocompositivos, evolucionan desde el punto de vista procedimental en base a unas normas procesales que cambian al compás de la ideología dominante.

3. EL CICLO EVOLUTIVO DE LOS CONFLICTOS DE TRABAJO

En el desarrollo de una relación laboral puede surgir un conflicto de trabajo jurídico susceptible de ser resuelto a partir de la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico-laboral. Dentro de los conflictos jurídicos de trabajo existen tres modalidades que deben ser analizadas como si de un ciclo evolutivo se tratara, a saber:⁹

Conflicto latente → Conflicto manifestado → Conflicto exteriorizado

⁷ Véase, G. W. F. Hegel, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, (Título orig. *Grundlinien der philosophie des rechts*, Trad. C. Díaz), Libertarias / Prodhufi, Madrid, 1ª Ed., 1993, p. 654. Y, asimismo, en el ámbito del Derecho Internacional Público, vid. H. Kelsen, *La paz por medio del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003, p. 62.

⁸ Los pájaros canoros emiten un canto para repeler a los demás pájaros de su especie que entran en su territorio. El pájaro que defiende su territorio y escucha el canto de un intruso, se irá acercando al pájaro intruso a medida que los dos emiten su canto, una vez cerca el uno del otro, el pájaro que defiende su territorio emite un canto violento que provoca la huida del intruso, vid. N. Tinbergen, *El estudio del instinto*, op. cit., pp. 196 y 197. Otro ejemplo puede encontrarse en los gorilas: cuando el jefe de la manada ve acercarse a un gorila extraño, comienza a golpear su pecho con los puños cerrados, ruge, muestra su tamaño y da sacudidas con la cabeza con la intención de amedrentar al invasor y expulsarle fuera de su territorio, vid. S. A. Barnet, *La conducta de los animales y del hombre*, (Tit. orig. *Instinct and Intelligence. The science of Behaviour in animal and man*, Alianza Universidad, Madrid, 1972, pp. 271-272.

⁹ En el supuesto de que se exteriorice un conflicto intersubjetivo de cara a la sociedad, el Estado únicamente podrá actuar si uno de los sujetos privados ejercita un acto de voluntad manifestada en la interposición de la demanda, y ello como requisito previo para que el Estado a través del poder judicial, pueda dar respuesta a la acción ejercitada por la parte actora, cfr. G. Chiovenda, *L'azione nel sistema dei Diritti*, Ditta Nicola Zanichelli, Bolonia, 1903, p. 102. Sobre la distinción entre conflictos de intereses y conflictos jurídicos, vid. L. Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, 3ª Ed., 1ª Reimp., Barcelona, 1999, pp. 14 y ss.

Existen multitud de clasificaciones en torno a los conflictos de trabajo, si bien, a efectos procesales interesa manejar la anterior clasificación siguiendo el orden antes expuesto, pues representa gráficamente el ciclo evolutivo que siguen los conflictos de trabajo desde su nacimiento, desembocadura en un proceso judicial o extrajudicial y su posterior resolución.

3.1. El conflicto de trabajo latente

El conflicto de trabajo latente es un conflicto genérico vertebrado en elementos jurídicos y metajurídicos (económicos, políticos, ideológicos, culturales, etc.), que enfrenta como sujetos antagónicos a los trabajadores por cuenta ajena frente a los titulares de los medios de producción. Este conflicto encuentra su esencia en las raíces del sistema capitalista, en las antiguas (y renovadas) aspiraciones burguesas y en los anhelos de mejora de las condiciones de vida de la clase trabajadora.¹⁰

El conflicto entre capital y trabajo es latente porque permanece larvado en los pilares socioeconómicos, políticos, culturales, ideológicos, etc., sobre los que descansa el modelo de sociedad capitalista. Esta realidad metajurídica impregna la vida de los ciudadanos que poco pueden hacer para escapar de esta espiral de desigualdad jurídica a nivel sustantivo y procesal¹¹.

El conflicto de trabajo latente puede sintetizarse, por un lado, en los deseos de la clase trabajadora de contar con unas mejores condiciones salariales y un menor número de horas de prestación de servicios. Y, por otro lado, en el afán empresarial de reducir los costes salariales e incrementar el mayor número de

¹⁰ La idea de armonía entre la burguesía y el proletariado surge como el gran argumento burgués frente a la revolución social, de ahí el esfuerzo intelectual para integrar el conflicto de trabajo latente, bien sea ignorando su importancia o buscando un equilibrio entre capital y trabajo, *cf.*: A. Montoya Melgar, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Civitas, Madrid, 1ª Ed., 1992, p. 65. El Derecho del Trabajo es la disciplina jurídica encargada de integrar o institucionalizar el conflicto entre trabajo y capital, *vid.* M. C. Palomeque López, *Derecho del Trabajo e ideología*, Tecnos, Madrid, 4ª Ed. revisada, 1989, p. 16.

¹¹ Desde el punto de vista procesal, G. Chiovenda fue uno de los precursores del movimiento que puede denominarse *socialismo jurídico* en su vertiente procesal, no en vano, defendía la oralidad, concentración, celeridad, poderes inquisitivos del órgano judicial, etc., herramientas necesarias para acercar la justicia social a las clases menos pudientes que recelaban de los órganos judiciales burgueses y de sus procesos ordinarios, *cf.*: G. Chiovenda, *Principii di Diritto Processuale Civile*, N. Jovene E. C., Nápoles, 1923, 3ª Ed., p. 514; *vid.* G. Tarello, *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Il Mulino, Bolonia, 1989, p. 180. Sobre la emergencia de la clase trabajadora y el socialismo jurídico, *vid.* V. Denti, *La giustizia civile*, Il Mulino, Bolonia, pp. 26 y ss. La insuficiencia e inadaptación del proceso civil como instrumento para tratar, conocer y resolver los litigios nacidos en la rama social del Derecho, fue denunciada en su día por A. Menger, *El Derecho civil y los pobres*, Comares, Granada, 1998, pp. 143 y ss.; en parecidos términos, *cf.*: G. Salvioi, *El Derecho Civil y el proletariado*, Universidad de Sevilla, Colección de bolsillo, nº 74, Año 1979, pp. 123 y ss. Por último, repárese en la clásica STC (Pleno) de 25 de enero de 1983, en cuyo F.J. 3º hace mención al carácter compensador del Derecho del Trabajo sustantivo y procesal.

horas de trabajo para aumentar la productividad.

El conflicto de trabajo latente no es un conflicto jurídico que pueda ser resuelto aplicando normas jurídico-laborales, esta modalidad conflictual inspira la creación de normas laborales (sustantivas y procesales) y sirve como criterio de interpretación y aplicación de las mismas.

Por último, nótese que el ordenamiento jurídico-laboral consigue difuminar los aspectos más estridentes de la desigualdad socioeconómica y, sin embargo, cuenta con unas normas laborales incapaces de suturar la brecha socioeconómica abierta entre el titular de los medios de producción y el trabajador por cuenta ajena.

3.2. El conflicto de trabajo manifestado

La diferencia entre conflicto de trabajo latente y conflicto de trabajo manifestado estriba en la operación de concreción subjetiva, objetiva y procesal que acontece cuando las partes de una relación laboral conocen los elementos básicos del incipiente conflicto de trabajo, a saber:

La *concreción subjetiva* hace referencia a la identificación de las partes de la relación laboral en conflicto; la *concreción objetiva* hace mención al objeto del conflicto de trabajo (*vgr*: reclamación de cantidad, despido, impugnación de sanción, etc.); y, en último lugar, la *concreción procesal* comprende las pretensiones contrapuestas de las partes.

La manifestación de un conflicto de trabajo tiene lugar, por ejemplo, cuando la empresa comunica al trabajador/es la existencia de un hecho con relevancia jurídico-laboral. El conflicto deja de ser latente y en base a un ejercicio de concreción subjetiva, objetiva y procesal, pasa a convertirse en un conflicto manifestado. La pregunta que inmediatamente asalta a la mente es ¿cuándo se convierte el conflicto latente en conflicto manifestado?, pues bien, para contestar a la anterior pregunta resulta necesario tomar en consideración la existencia de dos momentos procesales que transcurren con el paso del tiempo:

a) En primer lugar, conocimiento del conflicto por uno de los sujetos de la relación laboral: cuando una de las partes de la relación laboral conoce la concreción objetiva, subjetiva y procesal del conflicto (*vgr*: cuando el empresario tiene conocimiento de una serie de hechos que estima podrían dar lugar a la imposición de una sanción disciplinaria a uno de sus trabajadores).

b) Y, en segundo término, conocimiento del conflicto por las dos partes de la relación laboral: cuando las dos partes de la relación laboral conocen la concreción del conflicto objetiva, subjetiva y procesal (*vgr*: cuando el empresario tiene conocimiento de una serie de hechos que estima podrían dar lugar a la imposición de una sanción disciplinaria de uno de sus trabajadores, y el empresario notifica al trabajador la imposición de una sanción disciplinaria).

En un conflicto de trabajo manifestado y no exteriorizado, las partes de la relación laboral tienen dos posibilidades procesales: no hacer nada y renunciar a sus derechos o, en su caso, realizar las gestiones oportunas para alcanzar un acuerdo privado. En este sentido, cuando una de las partes del conflicto procede a incoar un procedimiento judicial o extrajudicial ante un organismo público, el conflicto de trabajo manifestado muta a un conflicto de trabajo exteriorizado.

En conclusión, el aislamiento procesal únicamente existe en los conflictos exteriorizados en los que la parte demandada interactúa procesalmente en el proceso judicial o extrajudicial incoado por la parte actora.

3.3. Conflicto exteriorizado

Del conflicto laboral latente surge un conflicto manifestado a partir de una concreción conflictual subjetiva, objetiva y procesal, que puede acontecer por ejemplo con la notificación de una carta de despido a un trabajador. Pues bien, en caso de que no pudiera alcanzarse un acuerdo privado para resolver el conflicto, la parte que considere vulnerados sus derechos laborales tendrá las siguientes alternativas:

- A) En primer lugar, no hacer nada y renunciar a sus derechos. En este supuesto, el conflicto manifestado no se habría exteriorizado de cara a la sociedad.
- B) En segundo término, iniciar las gestiones necesarias para alcanzar un acuerdo privado o un laudo arbitral privado. En caso de fructificar las negociaciones y que las partes alcancen un acuerdo privado, o sea emitido un laudo arbitral privado, el conflicto de trabajo manifestado no se habría exteriorizado de cara a la sociedad. Por su parte, cuando las partes no hubieran alcanzado un acuerdo privado, el conflicto de trabajo manifestado tampoco se habría exteriorizado de cara a la sociedad.
- C) En tercer extremo, incoar un procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos (conciliación, mediación o arbitraje). En este caso, el conflicto manifestado se habría exteriorizado de cara a la sociedad cuando el procedimiento extrajudicial fuera tramitado por un organismo público.
- D) Incoar un proceso judicial habiéndose sustanciado previamente un procedimiento extrajudicial o, en su defecto, incoar un proceso judicial directamente cuando no sea obligatorio acudir a un procedimiento extrajudicial (art. 64 LJS). En este supuesto, el conflicto de trabajo manifestado se habría exteriorizado de cara a la sociedad a raíz de la presentación de una demanda¹².

¹² Sobre la notificación de la demanda al demandado y la invitación de convenir (*venire cum*) ante el órgano judicial, *vid.* F. Carnelutti, *Derecho y proceso*, (Tít. orig. *Diritto e processo*. Trad. S. Sentís Melendo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, pp. 201 y ss.

El conflicto laboral manifestado y privado mutará a un conflicto exteriorizado con la presentación de una demanda, papeleta de conciliación, etc., ante el órgano público encargado de tramitar el proceso judicial o extrajudicial. Por tanto, el *aislamiento parcial* tiene lugar con la exteriorización del conflicto y el *aislamiento total* acontecerá a partir de la interacción de la parte demandada en el proceso judicial o extrajudicial incoado por la parte actora: comparecencia de la parte demandada en el acto del Juicio oral, asistencia al acto de conciliación, etc.

4. LAS FUNCIONES PRIMARIAS Y SECUNDARIAS DE LOS MEDIOS RACIONALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES

Todos los medios “racionales” de resolución de conflictos jurídicos intersubjetivos cumplen unas *funciones primarias* que en la mayoría de supuestos son distintas en cada rama jurídica (civil, penal, etc.), debido a sus diferencias estructurales, sociológicas y axiológicas. Y, por otro lado, todos los medios “racionales” de resolución de conflictos jurídicos intersubjetivos, ya sean heterocompositivos o autocompositivos, cumplen unas *funciones secundarias* presentes en todas las ramas jurídicas.

- A) Funciones primarias de los medios racionales de resolución de conflictos laborales:
- 1) Mantener la paz social.
 - 2) Salvaguardar el sistema de producción capitalista.
 - 3) Integrar el conflicto exteriorizado entre trabajo y capital.
 - 4) Hacer efectivos los postulados de justicia social.
 - 5) Garantizar la efectividad de los derechos sociales.
 - 6) Cumplir los principios del proceso laboral (art. 74 LJS).
 - 7) Garantizar la continuidad jurídica en el espacio.

Como si de un ciclo evolutivo se tratara, en primer lugar, aparecen las relaciones laborales de cooperación, a continuación, surgen las relaciones laborales de conflicto, y cuando existe la posibilidad de poner en jaque al sistema político, económico, social, etc., es en este estadio cuando los poderes públicos toman cartas en el asunto y proceden a diseñar los procesos judiciales y extrajudiciales de resolución de conflictos laborales de acuerdo con el marco axiológico y sociológico de las funciones primarias.

- B) Funciones secundarias de los medios racionales de resolución de conflictos jurídicos intersubjetivos (civiles, penales, etc.), incluidos los laborales:
- 1) Aislar el conflicto.
 - 2) Conocer el conflicto.
 - 3) Resolver el conflicto.

En los procesos heterocompositivos las funciones secundarias son cumplidas íntegramente como si de una fase evolutiva se tratara: el órgano judicial o arbitral encargado de resolver un conflicto laboral, civil, etc., lo primero que hará será aislar el conflicto, a continuación, conocer el conflicto a través de la fase de alegaciones y prueba (hechos y derecho) y, por último, resolver el conflicto en base a los hechos probados y al conocimiento de la norma o normas jurídicas que deben ser aplicadas para resolver el conflicto declarativo, ejecutivo o cautelar.

Sin embargo, en los procesos autocompositivos las funciones secundarias son cumplidas parcialmente, pues aunque el órgano conciliador o mediador aísla y conoce el conflicto, no lo resuelve, únicamente intentará conciliar a las partes o mediar para alcanzar un acuerdo.

La resolución heterónoma de un conflicto laboral puede ser parcial o total: la resolución parcial tendrá lugar cuando el órgano heterónimo competente (colegio arbitral, árbitro u órgano judicial) no entre a resolver el fondo del asunto por no estar bien constituida la relación jurídico-procesal. Y, en segundo término, la resolución será total cuando el órgano heterónimo competente entre a resolver el fondo del asunto previa comprobación de que la relación jurídico-procesal está válidamente constituida.¹³

Estas funciones secundarias son genéricas en el ámbito del Derecho Procesal, constituyen las tres columnas sobre las que descansan todos los medios racionales de resolución de conflictos desde la incoación del proceso hasta su terminación material (cuando se entre a resolver el fondo del asunto) y/o procesal (cuando no se entra a resolver el fondo del asunto por no estar válidamente constituida la relación procesal).

A diferencia de las funciones secundarias que irradian sus efectos durante la tramitación procesal, las funciones primarias son cumplidas *antes del proceso* a la hora de diseñar jurídicamente los procesos de resolución de conflictos y, asimismo, *después del proceso*, en base a la finalidad pública perseguida tras la resolución del conflicto. Las funciones secundarias son funciones procesales constantes mientras que las funciones primarias varían en función de cada rama jurídica.

A diferencia de las funciones secundarias, las funciones primarias no entran en contacto con los conflictos jurídicos intersubjetivos, únicamente esbozan las normas procesales laborales y entran a escena una vez resuelto el conflicto de trabajo de acuerdo con una determinada teleología.

¹³ El órgano judicial deberá examinar la relación procesal y la relación material, *vid.* O. Von. Bulöw, *La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales*, (Trad. M. A. Rosas Lichtschein), Liberia el Foro, Buenos Aires, Argentina, pp. 14 y ss. El cumplimiento de los presupuestos de la relación procesal son necesarios para que el órgano judicial pueda entrar a resolver el fondo del asunto, *cfr.* G. Chioyenda, *L'azione nel sistema dei Diritti*, Ditta Nicola Zanichelli, Bolonia, 1903, p. 103.

En definitiva, las funciones secundarias son técnicamente procesales mientras que las funciones primarias constituyen la hoja de ruta por la que debe guiarse la ordenación jurídica de un sistema de relaciones laborales que destila una ideología neoliberal incrustada en un modelo de producción capitalista.

5. EL AISLAMIENTO DEL CONFLICTO EN LOS PROCEDIMIENTOS “IRRACIONALES” DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES

En la vida real existen conflictos de trabajo que no son resueltos a través de medios racionales, es decir, los sujetos (o el sujeto) de una relación laboral recurre/n a la autotutela como medio “irracional” de resolver conflictos laborales antes, durante o después de la tramitación, en su caso, de un medio de resolución de conflictos laborales judicial o extrajudicial.

Con el transcurso del tiempo el ser humano ha ido elaborando y perfeccionando distintos tipos de procedimientos ideados para resolver conflictos, a saber: un procedimiento basado en la venganza y en la violencia (autotutela) y, a su lado, una serie de procedimientos diseñados por la “razón” humana de carácter *autocompositivos* (mediación, conciliación, transacción) y *heterocompositivos* (arbitraje y proceso judicial).¹⁴

¹⁴ “... Los Estados, tan pronto como han fortalecido su autoridad en cierta medida y han logrado una cultura determinada, han debido limitar necesariamente la autotutela para el mantenimiento de la paz interior; llegando hasta prohibirla...”, cfr: L. Rosenberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, (Tit. orig. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Trad. A. Romera Vera), EJEA, Buenos Aires, 1955, Tomo I, p. 3. En parecidos términos, vid. G. Chiovenda, *Principii di Diritto Processuale Civile*, op. cit., p. 64. “... El Estado ha prohibido la defensa privada de los particulares en vista de las irregularidades y abusos que lleva consigo...”, cfr: W. Kisch, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, op. cit., p. 13. Vid. P. Aragoneses, *Proceso y Derecho Procesal*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 169. Sobre la autotutela, vid. F. Viola / G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 2003, p.69 y ss. Sobre la noción y tratamiento que Hobbes dedica a la autotutela, véase, G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bolonia, 1976, pp. 63 y ss. Sobre la racionalización formal y material del Derecho en general y del proceso judicial en particular, cfr: M. Weber, *Sociología del Derecho*, Comares, Granada, 2001, pp. 155 y ss. Asimismo, nótese que los medios de solución de conflictos han ido refinándose a través de un largo proceso de racionalización, vid. A. Montoro Ballesteros, *Conflicto social, derecho y proceso*, Universidad de Murcia, Murcia, 1980, p. 24. Cfr: G. W. F. Hegel, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, (Título orig. *Grundlinien der philosophie des rechts*, Trad. C. Díaz), Libertarias / Prodhufi, Madrid, 1ª Ed., 1993, p. 653. El proceso judicial representa el producto científico de la racionalización del poder judicial como poder burocráticamente organizado, vid. V. Denti, *Sistemi e riforme. Studi sulla Giustizia civile*, Il Mulino, Bolonia, 1999, pp. 49 y ss. En relación a la burocratización de la actividad judicial como límite a la libre iniciativa, vid. T. GEIGER, *Estudios preliminares de Sociología del Derecho*, (Trad. A. Camacho/G. Hirata/R. Orozco), Comares, Granada, 2001, p. 235.

El Derecho del Trabajo es un campo abonado para la utilización de la autotutela, desde su vertiente más arcaica (la ley del más fuerte, tomarse la justicia por su mano, el deterioro de la maquinaria y de las herramientas, boicot, sabotaje, atentados, etc.), hasta su vertiente más moderada y “regulada” (huelga, cierre patronal, etc.).¹⁵

En la autotutela, el aislamiento del conflicto de trabajo acontece cuando las partes enfrentadas intervienen en la contienda y asumen los resultados derivados del enfrentamiento. En este sentido, repárese en que, con carácter general, la autotutela comienza con un ataque físico, si bien, puede finalizar con un pacto entre las partes que ponga punto y final al conflicto de trabajo.

Desde el punto de vista de la resolución del conflicto de trabajo existen tres modalidades de autotutela:

- a) *Autotutela con resolución total del conflicto*: el conflicto de trabajo ha sido resuelto en su integridad.
- b) *Autotutela con resolución parcial del conflicto*: el conflicto de trabajo únicamente ha sido resuelto respecto de una o varias cuestiones, sobre las demás continúa existiendo el conflicto, de ahí que las partes podrían renunciar a sus derechos, o en caso contrario, iniciar otro medio de resolución del conflicto.
- c) *Autotutela nula*: cuando la contienda no consigue resolver ni modificar un ápice del conflicto. En esta situación, las partes podrían renunciar a sus derechos, o en caso contrario, iniciar otro medio de resolución del conflicto.

6. EL AISLAMIENTO DEL CONFLICTO EN LOS PROCEDIMIENTOS “RACIONALES” DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES

El Derecho procesal positivo y contemporáneo es fruto de una operación de racionalización llevada a cabo por el ser humano sobre sus propias pautas de conducta y ritos ancestrales de resolución de conflictos.

En los procesos “racionales” de resolución de conflictos ha existido siempre un acto (presentación de la demanda, papeleta de conciliación, etc.) que inicia el proceso e invita a la otra parte a intervenir para dirimir el conflicto. Este acto cuenta con una significativa carga psicológica, ya que entre sus efectos está el de doblegar la voluntad de la parte contraria conminándola a inter-

¹⁵ N. Alcalá-Zamora Y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, UNAM, México, 2000, pp. 42 y ss.

venir en la modalidad procesal escogida por la parte actora.¹⁶

En las relaciones de conflicto laboral sujetas a un proceso racional, una vez presentada la demanda, papeleta de conciliación, etc., el conflicto rebasa la dimensión privada que vincula a las partes y accede a una dimensión pública donde permanecerá en cuarentena hasta la terminación del proceso judicial o extrajudicial.

El aislamiento del conflicto de trabajo en todos los medios racionales de resolución de conflictos sociolaborales, persigue los siguientes propósitos:

- a) Evitar la autotutela y mantener la paz social antes, durante y después de la tramitación del conflicto (judicial o extrajudicial).¹⁷
- b) Concienciar a las partes de que su conflicto será resuelto exclusivamente a través del procedimiento incoado por la parte actora.
- c) Materializar el compromiso de no iniciar otro procedimiento paralelo de resolución del conflicto.

En relación al momento en que se inicia el aislamiento del conflicto, podría existir una disparidad de criterios en función del razonamiento procesal adoptado:

- a) En primer lugar, cabría afirmar que el aislamiento del conflicto de

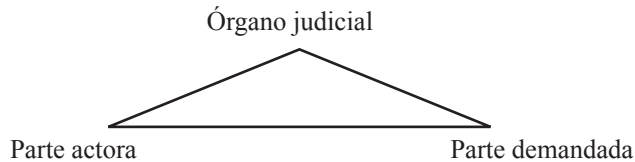
¹⁶ La psicología colectiva influye indirectamente en el Derecho por intermediación de la religión, la moral, el conocimiento, la economía, etc., *cf.*: G. Gurvitch, *Elementos de Sociología jurídica*, Comares, Granada, 2001, pp. 250-251. En relación a la adopción de medidas de coacción (amenaza de multas y otras penas) tendentes a influir en el ánimo del obligado para inducirlo a cumplir la Ley (ejecución psicológica), *cf.*: G. Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, (Trad. José Casáis y Santaló) Madrid, Reus, Tomo I, 1922, p. 276. El ser humano se comporta frente a la norma jurídica en base a una expectativa de reforzamiento, especialmente de reforzamiento negativo: se cumple la norma para evitar la amenaza de sanción por el incumplimiento, *cf.*: AA.VV., *Bases psicológicas del comportamiento jurídico en México*, E. Cáceres Nieto / G. Rodríguez Ortega, UNAM, México, 1ª Ed. 2008, p. 114. En relación, a la promesa de premio a quién obedece la ley y la amenaza de pena a quién la contravenga, *vid.* F. Carnelutti, en su obra *Derecho y Proceso*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁷ El proceso judicial es un remedio pacífico encaminado a restablecer la paz entre los particulares y mantener la paz social, *cf.*: A. Schönke, *Derecho Procesal Civil*, Bosch, Barcelona, 1950, p. 15. De ahí la siguiente afirmación: "... el conflicto de intereses, si no es frenado por el individuo, conduce al desorden, que es la quiebra del Derecho...", *vid.* F. Carnelutti, *Derecho y proceso*, *op. cit.*, p. 38. El desarrollo del derecho en cada tiempo y lugar depende de los ideales comunes de determinados grupos sociales, *cf.*: H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, (Tit. orig. *The concept of law*, Edición al cuidado de M. A. Cattaneo), Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2002, p. 216. Relacionado con el anterior razonamiento, téngase en cuenta las dos caras de la Justicia: en primer lugar, como actividad destinada a la resolución de conflictos y, en segundo término, como actividad impregnada de valores políticos, *vid.* Mirjan R. Damaska, *I volti della Giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bolonia, 1991, pp. 158 y ss. En la actualidad, la crisis del positivismo jurídico ha motivado la superación de la rígida distinción entre derecho y moral, permitiendo en nuestro tiempo la apertura del debate filosófico-jurídico a los valores éticos y políticos, *vid.* C. Faralli, *La filosofia del diritto contemporanea. I temi e le sfide*, Laterza & Figli Spa, Roma-Bari, 3ª Ed., 2004, pp. 15 y ss.

trabajo tiene lugar cuando la parte actora se dirige por escrito al órgano encargado de resolver el conflicto exponiéndole unos hechos y ejercitando una pretensión. Este posicionamiento encuentra su fundamento en una *relación procesal bilateral*.

Parte actora ————— Órgano judicial

- b) En segundo término, podría sostenerse que el aislamiento tiene lugar cuando la parte actora se dirige por escrito al órgano encargado de resolver el conflicto y, a continuación, éste traslada la información a la parte demandada que interactúa en el proceso (*vgr.* compareciendo al acto del juicio oral), siendo a partir de entonces cuando comienza la cuarentena del conflicto. Este posicionamiento es el defendido en este trabajo, basado en una *relación procesal triangular*:



A excepción de la autotutela y de la transacción *inter privados*, en todos los procedimientos de resolución de conflictos laborales existe un tercero imparcial encargado de la tramitación del procedimiento con el propósito de alcanzar una solución consensuada entre las partes (conciliación y mediación) o de dictar una resolución impuesta a las partes (arbitraje y proceso judicial).

6.1. Procedimientos extrajudiciales

6.1.1. Transacción *inter privados*

Como es sabido, en el ordenamiento jurídico-laboral la transacción extrajudicial es un medio para resolver conflictos de trabajo, si bien, en la práctica, la obligatoriedad previa de tramitar un procedimiento extrajudicial (conciliación y mediación) limita en gran medida la posibilidad de resolver un conflicto laboral a través de un acuerdo privado.

No obstante, adviértase que cuando las partes han llegado a un acuerdo privado, el conflicto de trabajo no se ha exteriorizado de cara a la sociedad ya que las partes han alcanzado un acuerdo sin intervención de terceros sujetos adscritos a organismos públicos. Este acuerdo privado tiene *naturaleza contractual* y posee un régimen jurídico que descansa en el Derecho civil de obligaciones y contratos, si bien, como acuerdo privado de índole laboral no puede causar un perjuicio a los derechos de los trabajadores (art. 3.5. LET).

En estos supuestos, el aislamiento del conflicto laboral tiene lugar cuando las partes inician las negociaciones, continuando en cuarentena hasta el final de la negociación. Una vez terminado el período de negociaciones pueden acontecer las siguientes alternativas:

- a) Que no se haya alcanzado un acuerdo: el conflicto dejará de estar en cuarentena una vez rotas las negociaciones. La parte actora tendrá vía libre para renunciar a sus derechos o, en su caso, iniciar otro medio de resolución del conflicto laboral.
- b) Que se haya alcanzado un acuerdo: el conflicto dejará de estar en cuarentena una vez que las partes hubieran llegado a una solución amistosa, respecto de todas y cada una de las cuestiones objeto de conflicto.
- c) Que se haya alcanzado un acuerdo parcial: el conflicto dejará de estar en cuarentena respecto a las cuestiones en las que se ha alcanzado el acuerdo parcial. En relación a las cuestiones parciales sin acuerdo privado, la situación de cuarentena desaparece hasta que una de las partes inicie otro medio de resolución de conflictos e interactúe procesalmente la parte demandada.

6.1.2. Conciliación

En el ámbito laboral existen varios tipos de conciliación, a saber:

- a) Conciliación previa a la vía judicial (administrativa o derivada de la autonomía colectiva).
- b) Conciliación llevada a cabo por la comisión paritaria.
- c) Conciliación desarrollada ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.

El aislamiento del conflicto de trabajo sometido a conciliación tendrá lugar con la intervención de las partes en el acto de conciliación. No obstante, cuando el conflicto laboral sea sometido a conciliación ante la comisión paritaria de un convenio o ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el aislamiento del conflicto tendrá lugar desde el momento en que las partes acuerdan someter el conflicto a cualquiera de estos procedimientos de conciliación.

Por otro lado, téngase en cuenta que existe un trámite de conciliación administrativa en materia de conflictos colectivos, regulada en los arts. 17 y ss. del Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo. En este trámite de conciliación, el aislamiento del conflicto tendrá lugar cuando las partes acudan a una comparecencia fijada por la autoridad laboral, dónde se intentará llegar a la avenencia.

6.1.3. Mediación

En la órbita del conflicto laboral existen cuatro modalidades de mediación:

- a) Mediación previa a la vía judicial (de naturaleza administrativa o derivada de la autonomía colectiva).
- b) Mediación desarrollada ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.
- c) Mediación ante la comisión paritaria de un convenio colectivo.
- d) Mediación establecida por el V ASEC.

El aislamiento del conflicto de trabajo sometido a mediación tendrá lugar cuando las partes comparezcan al acto de mediación. No obstante, cuando el conflicto laboral sea sometido a mediación ante la comisión paritaria de un convenio colectivo o ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el aislamiento del conflicto tendrá lugar desde el momento en que las partes acuerdan someter el conflicto a un procedimiento de mediación.

En relación al mecanismo de mediación establecido en el V ASEC, nótese que el procedimiento puede instarse por una de las partes o por la totalidad. El momento dónde tiene lugar el aislamiento es en la designación de un mediador o mediadores que realizan las partes inmersas en el conflicto.

6.1.4. Arbitraje

El arbitraje y el proceso judicial, a salvo las distancias, tienen aspectos comunes: en ambas categorías existe un tercero imparcial encargado de la tramitación del procedimiento y de resolver el conflicto laboral. Desde una perspectiva general existen numerosas modalidades de arbitraje laboral:

- a) Arbitraje laboral común.
- b) Arbitraje laboral tramitado ante la ITSS.
- c) Arbitraje laboral establecido por norma heterónoma: arbitraje electoral.
- d) Arbitraje obligatorio en caso de huelga.
- e) Arbitraje facultativo en materia de conflictos colectivos.
- f) Arbitraje llevado a cabo por la comisión paritaria de un convenio colectivo.
- g) Arbitraje establecido en el V ASEC.

Como regla general, en los procedimientos arbitrales el aislamiento del conflicto laboral tendrá lugar con la suscripción del convenio arbitral por las partes en conflicto.

En el procedimiento arbitral sometido a la ITSS, el aislamiento del conflicto tendrá lugar desde el momento en que las dos partes proceden a nombrar a un Inspector de Trabajo y Seguridad Social, como árbitro encargado de aislar, conocer y resolver el conflicto.

Otro supuesto es el relativo al arbitraje laboral en materia electoral recogido en el art. 76 LET. En este caso, el aislamiento del conflicto acontecerá una vez que las partes intervienen en una comparecencia ante el árbitro encargado de resolver el conflicto.

Asimismo, existe un arbitraje facultativo en materia de conflictos colectivos, art. 24 Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, dónde el aislamiento del conflicto nace cuando las partes toman conciencia del conflicto y proceden a designar a uno o varios árbitros.

Por otro lado, existe un arbitraje obligatorio impuesto por la Administración en caso de huelga, que sustituye la voluntad de las partes en conflicto. En este supuesto, el aislamiento del conflicto se produce cuando a las partes se le notifica la incoación de un procedimiento arbitral obligatorio y, posteriormente, la parte demandada interviene e interactúa en dicho procedimiento arbitral obligatorio.

Repárese en que existe una modalidad de arbitraje voluntario tramitado por la comisión paritaria de un convenio colectivo: el aislamiento del conflicto de trabajo surtirá efectos desde la incoación del procedimiento arbitral e intervención procesal de la contraparte en el citado arbitraje voluntario.

Por último, téngase en cuenta que dentro del ámbito de aplicación del V ASEC, el aislamiento del conflicto desplegará sus efectos en el mismo momento en el que las partes suscriben el compromiso arbitral.

6.2. Proceso laboral interno

En el proceso laboral ordinario y en los procesos laborales especiales, la exteriorización conflictual que provoca el *aislamiento parcial* del conflicto acontece a raíz de la presentación de la demanda (de oficio o a instancia de parte). A continuación, existirá un *aislamiento total* cuando la parte demandada comparezca al acto del Juicio oral.

Por tanto, el elemento determinante para que el aislamiento total del conflicto surta efectos en un proceso laboral ordinario o especial, estriba en la comparecencia de la parte demandada al acto del juicio oral, ya sea oponiéndose a la demanda o, incluso, allanándose.

Llegados a este punto, es necesaria una acotación para evitar caer en el error de confundir aislamiento total y sumisión tácita, a saber: cuando la parte demandada comparece al acto del Juicio oral y formula la excepción de incompetencia judicial interna o internacional, existirá el aislamiento total del conflicto y, sin embargo, no procederá la figura procesal de la sumisión tácita.¹⁸

En el proceso laboral cautelar el aislamiento total del conflicto acontece con carácter general en dos momentos procesales:¹⁹

¹⁸ Véanse, a título de ejemplo, los arts. 23 y 24 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Mientras que en el proceso laboral internacional sí se admite (aunque con limitaciones) la figura de la sumisión expresa (acuerdos atributivos de competencia), en el proceso laboral interno únicamente cabe la sumisión tácita, desterrándose por tanto la figura de la sumisión expresa, vid. STS (Sala de lo Social) de 16 de febrero de 2004.

¹⁹ *Id.* art. 79 LJS en conexión con los arts. 721 a 747 LEC 1/2000.

- a) Notificación a la parte demandada de la solicitud de la medida cautelar, citación para la vista y posterior comparecencia de la parte demandada. Terminada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, decidirá mediante Auto la solicitud de medidas cautelares. Y, por último, nótese que contra el Auto que acuerde medidas cautelares cabrá recurso de apelación, sin efectos suspensivos.
- b) Notificación a la parte demandada del Auto que de forma directa y sin audiencia decreta la medida o medidas cautelares solicitadas por la parte actora. Contra el Auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá ningún recurso.

En la sustanciación de un recurso de suplicación, el aislamiento del conflicto tendrá lugar cuando la parte recurrida presente escrito de impugnación frente al recurso de suplicación.²⁰

Asimismo, en el recurso de casación ordinario y en el recurso de casación para unificación de doctrina, tras la notificación a la contraparte de la preparación y posterior formalización del recurso, el conflicto quedará aislado una vez que la parte recurrida proceda a presentar el correspondiente escrito de impugnación.²¹

En relación a la revisión de sentencias y laudos arbitrales firmes, adviértase que presentada y admitida la demanda de revisión, el órgano judicial emplazará a la contraparte para que dentro del plazo de veinte días conteste a la demanda de revisión, quedando aislado el conflicto desde la presentación del escrito de contestación a la demanda de revisión.²²

Y, por último, repárese en que a través del proceso laboral ejecutivo la parte ejecutante pretende hacer efectiva una sentencia firme prescindiendo de la voluntad del obligado. En este supuesto, el aislamiento del conflicto acontecerá una vez que la parte ejecutada presenta un recurso de reposición frente al Auto que despacha ejecución, no en vano, en caso de no presentar recurso de reposición el proceso laboral seguiría delante de oficio.²³

6.3. Proceso laboral comparado

El Derecho comparado ofrece una visión cuanto menos sugerente en relación al aislamiento procesal de los conflictos de trabajo. Analizando toda esa casuística pueden delimitarse a groso modo dos corrientes jurídico-procesales:

²⁰ *Vid.* arts. 195 y ss. LJS.

²¹ *Véanse*, arts. 205 y ss. LJS.

²² *Cfr.* art. 236 LJS, en conexión con los arts. 509 y ss. LEC 1/2000.

²³ *Cfr.* art. 239.4 LJS.

En primer lugar, una tendencia formalista que coincide a grandes rasgos con el esquema de nuestro juicio civil ordinario (arts. 399 y ss. LEC 1/2000): elaboración por escrito de una contestación a la demanda y, a continuación, la celebración de varias audiencias, a saber:

- 1) Art. 124 Código Procesal del Trabajo de Bolivia, DL n° 16896 de 25 de julio de 1979.
- 2) Arts. 451 y ss. Código de Trabajo de Chile, en relación al procedimiento de aplicación general.
- 3) Arts. 464 y ss. Código de Trabajo de Costa Rica, Ley n° 2 de 21 de agosto de 1943, Diario Oficial La Gaceta de 29 de agosto de 1943.
- 4) Arts. 338 y ss. Código de Trabajo de Guatemala, Decreto n° 1441.
- 5) Arts. 114 y ss. del Código Procesal del Trabajo de Paraguay, Ley n° 742/1961, en relación al procedimiento de primera instancia.
- 6) Arts. 513 y ss. Código de Trabajo de la República Dominicana, Ley n° 1692, de 29 de mayo de 1992.
- 7) Arts. 31 Código Procesal del Trabajo de Colombia, Decreto-Ley n° 2158, de 24 de junio de 1948. Incluidas las modificaciones introducidas por la Ley 712 de 2001.
- 8) Arts. 566 y ss. del Código de Trabajo de Panamá, Decreto del Gabinete n° 252 de 30 de diciembre de 1971, en dicha norma se recoge un trámite denominado de “saneamiento” (art. 578) con una finalidad similar a la de la audiencia previa en nuestro proceso civil (art. 414 LEC 1/2000), quizás por influencia del procesalista austriaco Klein, a saber: control de la relación jurídico-procesal para evitar la presencia de vicios procesales que pudieran dar lugar a un fallo inhibitorio o nulo.
- 9) Arts. 392 y ss. Código de Trabajo de El Salvador, Decreto Legislativo n° 15 de 23 de junio de 1972, D. O. n° 142 – Tomo 236 de 31 de julio de 1972, un aspecto interesante de esta norma es la distinción procesal que realiza sobre los juicios laborales de hecho y los juicios de derecho (art. 396).
- 10) En Argentina, cada una de las veintitrés provincias cuenta con una norma procesal laboral que establece un trámite de contestación a la

demanda y, a renglón seguido, una o más audiencias.²⁴

Un ejemplo de esta tendencia formalista puede apreciarse en el proceso laboral venezolano, y más concretamente en el proceso laboral de primera instancia: tras la presentación de la demanda le es notificada a la parte demandada la citación para comparecer a una audiencia preliminar, donde el órgano judicial debe intentar conciliar o mediar para llegar a una solución amistosa entre los contendientes. En caso de no alcanzar acuerdo, la parte demandada deberá elaborar y presentar un escrito de contestación a la demanda, continuando el proceso con la audiencia de juicio y, finalmente, con el dictado de la sentencia oral.²⁵

Desde otro punto de vista, existe una tendencia que en base a los principios procesales de justicia social, diseña un proceso laboral dominado por la oralidad, celeridad, inmediación, etc., con una estructura similar a nuestro proceso laboral: demanda y citación a las partes para la vista del juicio oral donde el demandado de forma verbal articulará su defensa (contestación a la demanda).

- 1) Arts. 425 y ss. Código de Trabajo de El Salvador, en relación a los procedimientos judiciales de única instancia.
- 2) Arts. 310 y ss. Código Procesal Laboral de Nicaragua, La Gaceta n° 205 de 30 de octubre de 1996. A día de hoy, pendiente de entrar en vigor el nuevo Código Procesal del Trabajo de Nicaragua.
- 3) Arts. 98 y ss. Código Procesal del Trabajo de Paraguay, en relación a los juicios de única instancia.
- 4) Art. 584 Código de Trabajo de Ecuador, Codificación 1997.

²⁴ *Vid.* arts. 26 y ss. Ley 11653 de los Tribunales de Trabajo de la provincia de Buenos Aires; arts. 67 y ss. Ley 5732 del Código de Procedimiento Laboral de 13 de agosto de 1987 (Boletín Oficial de 16 de octubre de 1987); arts. 59 y ss. Código Procesal Laboral de Entre Ríos, Ley n° 5315 de 16 de abril de 1973; arts. 49 y ss. Código Procesal del Trabajo, Ley n° 1938, de la provincia de Jujuy; arts. 43 y ss. Ley 2144 de 23 de diciembre de 1952, Código Procesal Laboral de Mendoza (Boletín Oficial de 9 de enero de 1953); arts. 59 y ss. Código de Procedimiento Laboral de Misiones, Ley XIII-n°1 de Misiones; arts. 39 y ss. Código Procesal Laboral de Santa Fe, Ley 7945, Boletín Oficial de 7 de diciembre de 1976; arts. 49 y ss. Código de Procedimiento Laboral de Santiago del Estero, Ley 3603 (Boletín Oficial de 9 de marzo de 1971); arts. 45 y ss. Ley de Procedimiento en lo Laboral de la Provincia de Santa Cruz, Ley 1444; arts. 20 y ss. Ley n° 921 de Procedimiento Laboral de Neuquén; arts. 54 y ss. Código Procesal Laboral de Tucumán, Ley 6204; arts. 59 y ss. Código Procesal del Trabajo de Catamarca, Ley 4799, (Boletín Oficial de 13 de diciembre de 1994); arts. 76 y ss. de la Ley de Justicia del Trabajo y Procedimiento Laboral, de Chaco, Ley n° 2383; arts. 45 y ss. Código de Procedimientos de Trabajo Ley 69 de Chubut (Ley XIV – n°1); arts. 46 Código Procesal del Trabajo de Córdoba, Ley 7987, (Boletín Oficial de 15 de enero de 1991); arts. 34 y ss. Ley n° 3540 Código de Procedimientos Laborales de Corrientes, Ley n° 3540; arts. 30 y ss. Código de Procedimiento del Trabajo de Formosa, Ley 639/986; arts. 22 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral de La Pampa; arts. 22 y ss. Ley n° 1504 de Río Negro, (Boletín Oficial n° 4584 de 10 de enero de 2008); arts. 32 y ss. Ley 5298, Ley de Organización de la Justicia del Trabajo de Salta; arts. Ley n° VI- 071-2010, Código de Procedimiento Laboral de San Luis; arts. 638 y ss. que se remiten a los arts. 431 y 432 del Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de Tierra de Fuego.

²⁵ *Cfr.* arts. 123 y ss. Ley Orgánica Procesal del Trabajo, Gaceta Oficial n° 37504, de 13 de agosto de 2002. Existen, por tanto, dos momentos en los que puede nacer el aislamiento total por comparecencia de la parte demandada: el primero, en la audiencia de conciliación y, el segundo, en la audiencia de juicio.

- 5) Art. 707 y ss. Código del Trabajo de Honduras, Decreto 158-59, Gaceta n° 16827 de 15 de julio de 1959.

Y, por último, en el proceso laboral italiano tras la presentación de la demanda y posterior fijación de una audiencia de discusión, la parte demandada deberá depositar una memoria defensiva (contestación a la demanda) que, a partir de ese momento, deja aislado el conflicto laboral.²⁶

7. CONCLUSIONES

Todo saber alberga cuestiones que por obvias (a priori) son despojadas de la reflexión que merecen y suelen pasar desapercibidas a ojos del intérprete. El Derecho no es ajeno a esta realidad y en su seno alberga un puñado de cuestiones, conceptos, categorías, etc., que no han sido objeto de estudio pese a su importancia teórica y práctica.

El aislamiento procesal de los conflictos intersubjetivos es una *Institución sempiterna* vinculada a la vida de los seres vivos y dentro de éstos a la vida del ser humano: no es una Institución creada por el ser humano, pues responde a unas pautas de conducta instintivas existentes en la práctica totalidad de los seres vivos. En la otra cara de la moneda, existen las *Instituciones jurídicas históricas* (contrato, proceso judicial, etc.), creadas por el ser humano para salvaguardar un determinado orden social en armonía con la ideología imperante y sin equivalencia en el reino animal.

Asimismo, el aislamiento procesal es una fase secundaria que camina de la mano de otras funciones secundarias como son el conocimiento y la resolución de conflictos intersubjetivos. En el ámbito del Derecho procesal es frecuente identificar como fases procesales las de “conocimiento” y “resolución” de conflictos, dejando en el limbo a la fase de “aislamiento” procesal, existente en todos los procesos racionales e irracionales de resolución de conflictos suscitados entre seres humanos y, aún incluso, en los conflictos originados en la mayoría de especies del reino animal²⁷

²⁶ Vid. arts. 114 y ss. *Codice di Procedura Civile*. Cfr. G. Tesoriere, *Diritto Processuale del Lavoro*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 195 y ss. Vid. P. Leanza, *Il processo del lavoro. Il giudizio di primo grado, le impugnazioni, l'esecuzione, i procedimenti speciali*, Giuffrè, Milán, 2005, pp. 175 y ss.

²⁷ Deberá rechazarse de plano los postulados de la escuela existencialista (G. Husserl, E. Wolff, Recaséns Sichés), que considera el Derecho exclusivamente como un producto humano; el Derecho no pre-existe al humano, el humano crea al Derecho y pre-existe a él. El Derecho, por tanto, no es producto de la naturaleza, sino hechura del hombre, al igual que la música, el lenguaje, el arte, la filosofía, etc. que son producto de la dimensión espiritual del hombre. Sin embargo, estos razonamientos, desde nuestro punto de vista, son erróneos, pues el Derecho y, en particular, el Derecho Procesal vincula y es aplicado por los animales de forma distinta en función de cada especie. Una visión del existencialismo en clave procesal puede encontrarse en la obra de P. Aragoneses, *Proceso y Derecho Procesal*, op. cit., p. 320.

Las fases de conocimiento y resolución procesal difícilmente podrían cumplir su cometido sin el concurso previo del aislamiento procesal que, entre otras finalidades, tiende a evitar el recurso a la autotutela, impedir la litispendencia y, por último, concienciar a las partes que su conflicto deberá resolverse a través del procedimiento escogido por la parte actora.

Después de la tinta derramada en las páginas precedentes, podemos extraer una conclusión final: a salvo de opiniones torticeras, el aislamiento procesal no es un trámite baladí, sin más...²⁸.

²⁸ En ocasiones, el aislamiento procesal nace sin que el demandado sea plenamente consciente de los efectos jurídico-procesales derivados de su interacción en el proceso de resolución de conflictos elegido por la parte actora. Un ejemplo puede apreciarse en la comparecencia del demandado al acto de conciliación previa sin formular la oportuna reconvencción: esa actuación inconsciente motivará la imposibilidad posterior de formular reconvencción en el acto del Juicio oral, *vid.* J. C. García Quiñones, *La conciliación laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 108.

Mercado de Trabajo

LOS AJUSTES DEPRIMEN EL EMPLEO. ANÁLISIS DE COYUNTURA DEL MERCADO DE TRABAJO EN EL SEGUNDO TRIMESTRE DE 2012*

SANTOS RUESGA BENITO

Catedrático en la Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

Catedrático E.U. Universidad de Sevilla

LAURA PÉREZ ORTIZ

Profesora Asociada Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL PÉREZ TRUJILLO

Becario FPI en la Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Recesión, Desempleo

La economía española ha entrado en recesión en el segundo trimestre de 2012, por segunda vez desde que estalló la crisis económica. La intensa caída de la actividad económica provoca una nueva oleada de destrucción de empleo. Como consecuencia, se ha alcanzado la tasa de paro más alta en un trimestre en la serie histórica de la EPA que ofrece el INE. En el artículo presente se analizan la evolución de las principales variables laborales en el mercado de trabajo español y de Andalucía. Se presta especial atención a la formación de la mano de obra y a la evolución de los diferentes grupos de trabajadores cualificados de acuerdo con la evolución del ciclo económico en el periodo 2008-2012.

ABSTRACT

Key Words: Recession, Unemployment

In the second quarter of 2012, Spanish economy has come into a new recession period for the second time since the beginning of the economic crisis. The big decrease of economic activity is the cause of a new wave of employment destruction. As a result, the highest rate of unemployment in modern Spanish economic history has been reached, according to the data provided by the National Institute of Statistics. In this paper, we analyse the evolution of the main labour indicators in the Spanish and Andalusian Labour Markets. We pay special attention to the impact of economic crisis on different groups of workers according to their educational levels in the period 2008-2012.

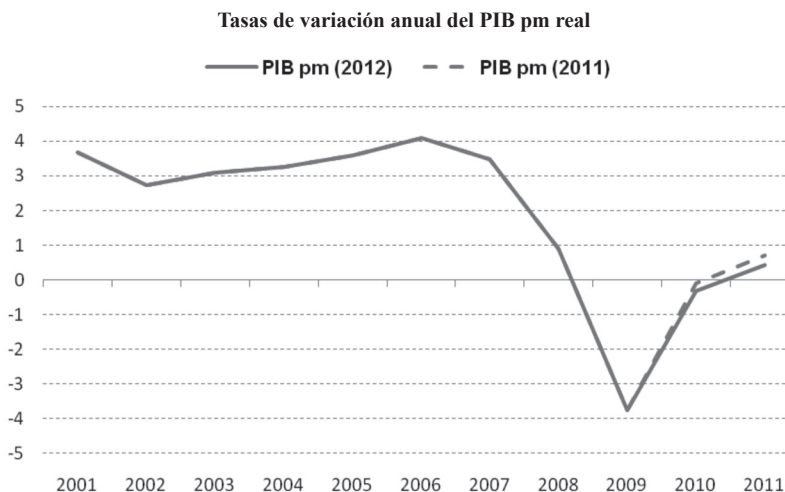
* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 31 de julio de 2012.

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. CONDICIONES DE TRABAJO
6. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

La economía española entra en recesión, de nuevo, en el tercer trimestre de 2011, según han confirmado los datos revisados por el INE. Tras años de crecimiento continuo y previsible, la llegada de la crisis ha cambiado la profundidad de las revisiones que el organismo realiza periódicamente. Las incertidumbres, los cambios continuos y pocas veces claramente previsible, están haciendo que las revisiones a las que se ven sometidas las primeras estimaciones den como resultado mayores correcciones de las que estábamos acostumbrados. De ahí que sorprenda la diferencia de tres décimas respecto al dato publicado anteriormente para el año 2011, que todavía hoy sigue siendo un avance.



Fuente: Elaboración propia a partir de *Contabilidad Nacional Anual*, INE.

Al igual que en las previsiones para el resto de economías europeas, se están revisando a la baja, debido precisamente a la intensidad de las reformas

que desde Europa se están exigiendo y al desviado enfoque con que se están aplicando dichas reformas y políticas.

Desde la perspectiva macroeconómica, la contribución al crecimiento de la demanda interna vuelve a ser negativa, con pocos visos de cambiar esta tendencia, pues los recortes, en el contexto de la política de austeridad implementada por el gobierno, están acelerando un recorte de capacidad adquisitiva y de reactivación de la economía difícil de soportar.

Cuadro macroeconómico, por el lado de la demanda y de la oferta, tasas de variación interanual

| | 1T-2011 | 2T-2011 | 3T-2011 | 4T-2011 | 1T-2012 | 2T-2012 | |
|----------------|--|---------|---------|---------|---------|---------|------|
| DEMANDA | Gasto en consumo final | 0,6 | -0,8 | -1,0 | -2,1 | -2,0 | -2,4 |
| | Formación bruta de capital fijo | -6,0 | -4,9 | -4,2 | -6,0 | -7,7 | -9,4 |
| | Exportaciones | 10,2 | 7,1 | 7,6 | 5,8 | 2,8 | 3,3 |
| | Importaciones | 4,5 | -1,6 | -1,2 | -4,9 | -5,9 | -5,4 |
| | PIBpm | 0,5 | 0,5 | 0,6 | 0,0 | -0,6 | -1,3 |
| OFERTA | Agricultura, ganadería y pesca | 8,1 | 8,2 | 8,7 | 7,8 | 2,6 | 2,5 |
| | Industria | 5,8 | 2,4 | 2,5 | 0,2 | -3,4 | -3,1 |
| | Construcción | -8,6 | -6,1 | -4,3 | -4,5 | -7,3 | -7,1 |
| | Servicios | 1,3 | 1,6 | 1,6 | 1,1 | 0,9 | -0,3 |
| | - Comercio, transporte y hostelería | 1,8 | 2,0 | 1,0 | -0,2 | 0,2 | -1,2 |
| | - Información y comunicaciones | 4,1 | 3,6 | 4,3 | 3,7 | 1,9 | 0,5 |
| | - Actividades financieras y de seguros | -6,5 | -4,9 | -3,4 | 0,4 | 3,5 | 1,9 |
| | - Actividades Inmobiliarias | 2,8 | 2,3 | 2,9 | 2,8 | 1,9 | 1,6 |
| | - Actividades profesionales | 2,9 | 3,1 | 3,6 | 3,4 | 0,6 | -1,7 |
| | - Admón. pública, sanidad y educación | 1,1 | 1,8 | 1,3 | 0,3 | 0,6 | 0,1 |
| | - Act. artísticas, recreativas y otros servicios | -0,3 | 0,1 | 3,1 | 2,9 | 1,0 | -0,8 |
| | Impuestos netos sobre productos | -4,7 | -5,3 | -6,0 | -5,9 | -0,5 | -0,3 |

Fuente: Elaboración propia a partir de *Contabilidad Nacional Trimestral de España*, INE.

La destrucción de empleo, unida a la política de reducción de gasto público, así como de subida de impuestos indirectos, está contrayendo la demanda nacional, liderada especialmente esta contracción por la del consumo, tanto público como privado, la falta de inversión y el decaimiento de las importaciones.

El gasto en consumo final está reduciéndose en cada trimestre respecto al mismo periodo del año anterior, cada vez con mayor intensidad. La ligerísima

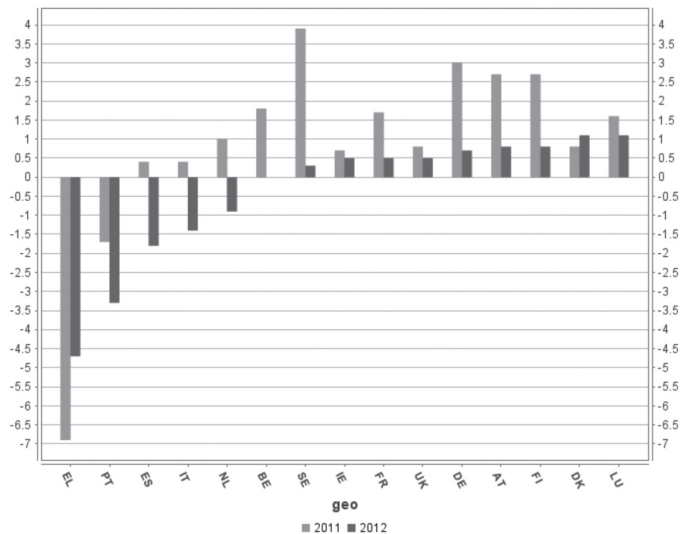
recuperación que apuntaba la evolución de la inversión (formación bruta de capital fijo) en el año 2011, se desvaneció a finales de ese periodo, de nuevo profundizando la recaída hasta el -9,4% interanual del segundo trimestre de 2012.

En cuanto al sector exterior, que sigue siendo el colchón donde se apoya nuestra economía, aunque un endeble colchón, destaca la recaída de las importaciones de bienes y servicios, en mucha mayor medida que el crecimiento de las exportaciones. De ahí que la recuperación de nuestro balance con el exterior no esté teniendo la capacidad de absorber la falta de impulso económico en el interior del país.

Si se añade la mala evolución de la economía europea (principal destino de nuestro mercado exterior) el panorama resulta claramente desalentador. Las políticas de impulso a la economía y el empleo se hacen completamente imprescindibles, al margen de los compromisos y necesidades de ajustar las cuentas públicas.

De los quince principales países de la Unión Europea, las previsiones apuntan a que únicamente Dinamarca terminará el año 2012 con un crecimiento ligeramente superior al del año 2011. Países como Suecia, Alemania, Austria o Finlandia, que habían tenido crecimientos superiores al 2 por ciento anual en el año 2011, verán en este año recortados dichos crecimientos a menos de la mitad (o en el caso de Suecia, prácticamente a entrar de nuevo en crecimientos negativos).

Evolución del PIB real (tasa de variación anual) de los quince principales países de la Unión Europea



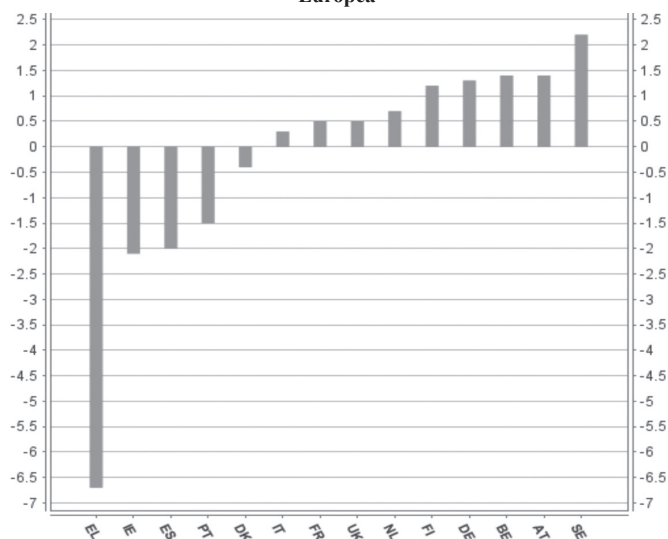
Fuente: Eurostat.

Los países del sur (Grecia, Portugal, España e Italia, a los que se les une Holanda) es previsible que terminen el año en negativo, a pesar de los rescates

que algunos de estos países han recibido o están a las puertas de recibir.

En el caso de Irlanda, también tras el rescate, cierto es que está creciendo pero a tan bajo ritmo que no logra remontar la economía lo suficiente como para generar empleo de nuevo, sino que aún en el año 2011 seguía destruyendo empleo a un elevado ritmo (mayor incluso que España).

Evolución del empleo (tasa de variación anual) de los quince principales países de la Unión Europea



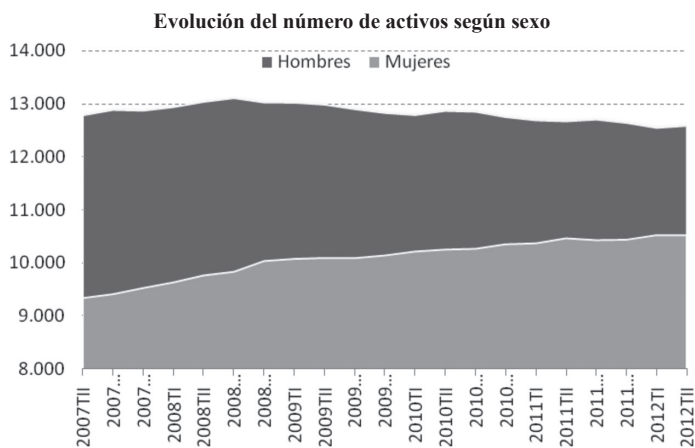
Fuente: Eurostat.

2. LA OFERTA DE TRABAJO

La población activa continúa la tendencia mostrada en los últimos tiempos: estancamiento generalizado con disminución del número de activos hombres y menor crecimiento del número de mujeres activas.

De esta forma, el total de la oferta de trabajo se alza a 23.110.400 personas, de las que el 54,5 por ciento son hombres. En la variación respecto al primer trimestre del año, es apenas significativa en el caso de las mujeres (hay 1.800 mujeres activas menos) y presenta un ligero aumento en el caso de los hombres (hay 39.400 activos más, lo que supone un 0,3 por ciento más).

En la variación interanual, es donde se marca la tendencia de caída de activos masculinos (en un 0,7 por ciento) y aumento de mujeres activas en un 0,6 por ciento.



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

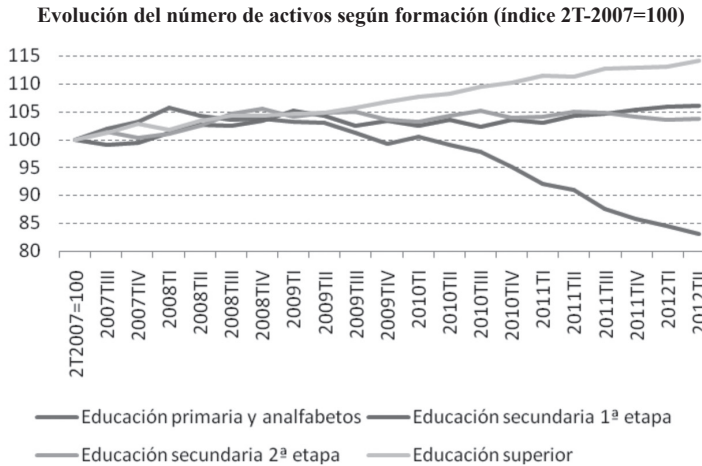
El cambio se está produciendo en la formación de la población activa, es decir, en la formación de la oferta de trabajo. Siempre se han achacado problemas de desajuste en el mercado laboral por la falta de formación adecuada de la mano de obra, señalando como uno de los principales problemas los bajos niveles educativos (por el elevado abandono escolar, que no fracaso como tal). Pues bien, uno de los efectos más claros que ha provocado la crisis ha sido la elevación de la formación de la mano de obra: la proporción de activos con educación superior se ha elevado en casi 3 puntos desde el segundo trimestre de 2008, mientras el porcentaje de activos con educación primaria o inferior, se ha reducido en 3,4 puntos porcentuales.

Proporción de activos según nivel de formación alcanzado (segundos trimestres de cada año)

| | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 |
|----------------------------------|-------|-------|-------|-------|-------|
| Educación primaria y analfabetos | 15,8 | 15,4 | 14,8 | 13,6 | 12,4 |
| Educación secundaria 1ª etapa | 28,5 | 28,6 | 28,4 | 28,6 | 29,1 |
| Educación secundaria 2ª etapa | 23,9 | 24,1 | 24,0 | 24,1 | 23,8 |
| Educación superior | 31,8 | 31,8 | 32,8 | 33,7 | 34,6 |
| Total | 100,0 | 100,0 | 100,0 | 100,0 | 100,0 |

Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

Por un lado, el abandono del mercado de trabajo de los que tienen menor cualificación (el efecto desánimo ha cundido más en este segmento de la población), así como el abandono del país de parte de la población inmigrante con menor cualificación. Pero, por otro, la vuelta a la formación de parte de los que en la etapa expansiva abandonaron los estudios. Y la prolongación de la etapa formativa, a la espera de que el contexto económico y del empleo mejore, de buena parte de los estudiantes jóvenes.



Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

Distinguiendo según nacionalidad, la reducción del tamaño de la población activa con menor formación se hace más destacada en el caso de los nacionales, pues entre la población extranjera es mayor la movilidad, lo que provoca a su vez más fluctuaciones en la evolución.

Esta evolución de la población activa lleva a situar la tasa de actividad femenina en el listón más alto de la serie EPA: el 53,35 por ciento de las mujeres mayores de 16 años participan en el mercado laboral, ya sea como ocupadas o bien buscando activamente un empleo. Sin embargo, la tasa de actividad de los hombres continúa la tendencia descendente, aunque a menor ritmo: el 67,15 por ciento de los hombres están ya trabajando o buscando un empleo. A pesar de la diferencia entre ambas tasas, no se ha frenado la tendencia que marca la incorporación constante y permanente de la mujer al mercado de trabajo, mientras la crisis ha provocado un efecto desánimo de mayor calado entre los hombres.

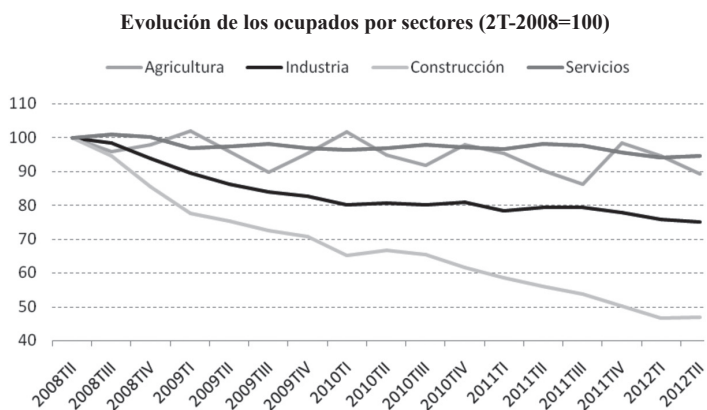
3. LA DEMANDA DE TRABAJO

La profundidad de la recaída en la crisis de actividad económica está llevando a una nueva oleada de destrucción de empleo, que se constata en este segundo trimestre del año, tradicionalmente, el de mayor creación de puestos de trabajo. Por el contrario, en el segundo trimestre de 2012 se han perdido 15.900 ocupados frente al primer trimestre del año, lo que en términos interanuales supone una destrucción de 885.700 puestos de trabajo. En términos relativos esto significa una caída del 0,1 por ciento en la comparación trimestral y del 4,8 por ciento en la interanual.

En la distinción por sexos, de nuevo se produce una mayor destrucción de empleo masculino (al igual que al inicio de la crisis). En la comparación trimestral hay 30.600 hombres ocupados menos que al comienzo del año (una reducción del 0,3 por ciento), mientras que entre las mujeres ha aumentado la ocupación en un 0,2 por ciento (14.600 ocupadas más). La diferencia se acentúa al contrastar los segundos trimestres de cada año: se han perdido 570.100 empleos entre los hombres (una caída del 5,7 por ciento) y 315.700 entre las mujeres (una reducción del 3,8 por ciento).

Si se cuenta desde que comenzara la tendencia de destrucción de empleo (en el segundo trimestre de 2008), la distribución de la desaparición de puestos de trabajo, por sexos, resulta abrumadora: entre el segundo trimestre de 2012 y el segundo de 2008 hay una diferencia de 3.007.800 ocupados. El 78,5 por ciento de esos empleos perdidos estaban ocupados por hombres. Es decir, hay 2.362.600 ocupados hombres menos, por 645.300 ocupadas mujeres menos.

Buena parte de esta explicación se encuentra en la distribución por sectores: desde ese momento, el segundo trimestre de 2008, la mayor parte de la pérdida de empleos se ha concentrado en el sector de la construcción (con una pérdida de 1.356.000 ocupados, un 53,2 por ciento), aunque la industria ha tenido una disminución importante del número de efectivos (806.100, es decir, una disminución del 24,8 por ciento). El sector agrario, muy estacional, ha mantenido una propensión menos acusada a la destrucción de empleo (con 88.500 trabajadores menos, un 10,8 por ciento), aun cuando es el sector servicios el que menos empleo, en términos relativos, ha perdido desde que se iniciara la etapa recesiva (un 5,5 por ciento, lo que supone una reducción de 756.700 ocupados).

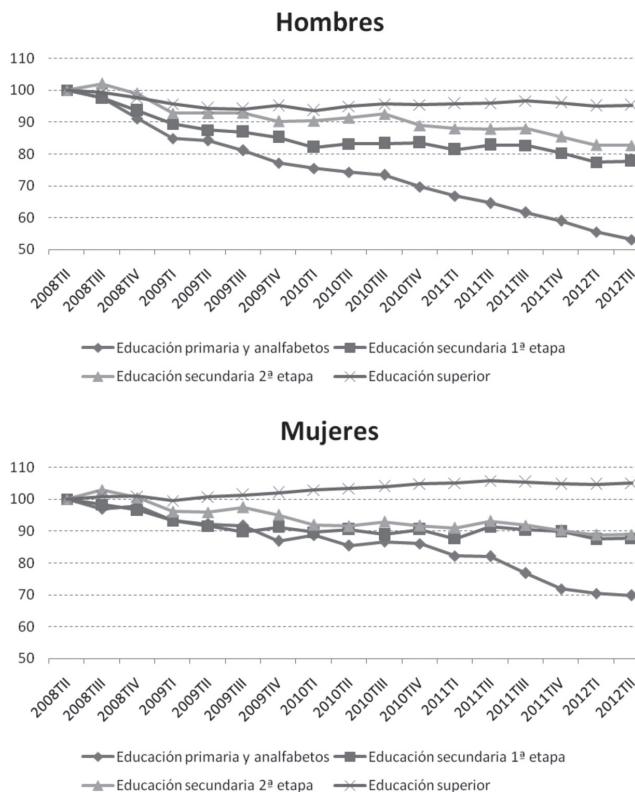


Fuente: Elaboración propia a partir de *Encuesta de Población Activa*, INE.

Al comparar los datos según la formación alcanzada, por sexo, se constata de nuevo el fuerte peso que la construcción ha supuesto en esta pérdida de empleos.

La evolución de los ocupados (tanto hombres como mujeres), señala que los que tenían menor formación son los que han sufrido la mayor pérdida de empleo (un 41,1 por ciento en total, desde el segundo trimestre de 2008), pero de manera más acusada entre los hombres (con una reducción del 46,8 por ciento en este grupo) que entre las mujeres (que caen en un 30,2 por ciento).

Evolución de los ocupados por nivel de formación alcanzado (2T=2008=100)



Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta de Población Activa, INE.

Desde que se iniciara la crisis (y tomando como referencia el mismo trimestre, el segundo, de 2008) hasta el trimestre actual se han perdido más de tres millones de ocupados. Esto supone una reducción del 14,7 por ciento, que en el caso de la construcción es una reducción del 53 por ciento. Casi la mitad de la reducción del número de ocupados la acumula este sector: de los tres millones de ocupados menos, la construcción tiene 1.356.600. Y la industria manufacturera (en muchos casos, ligada en nuestro país también al sector de la construcción) ha perdido 815.500 puestos de trabajo.

La estacionalidad del segundo trimestre presenta una mejora en el número de ocupados tanto de la construcción como de la hostelería, que se diluyen en la comparación anual, con pérdidas de casi 300.000 ocupados entre las dos ramas.

Sectores que inicialmente parecían estar a salvo de los vaivenes de la crisis financiera internacional provocaba en el mercado laboral, como pudieron ser los sectores ligados o relacionados con la administración pública (incluyendo la sanidad), han sufrido un cambio importante en el último periodo. Son los únicos sectores de peso (aparte de la energía eléctrica y las actividades de gestión de residuos, que apenas ocupan a 210.000 personas) que habían aumentado en número de ocupados. Sin embargo, en el último año, la administración pública y defensa y la sanidad, han perdido a 150.000 ocupados, 40.000 menos de los que habían ganado entre el segundo trimestre de 2012 y el segundo de 2008. Y a la vista de los recortes en estos sectores, previsiblemente seguirán destruyendo empleo en los próximos trimestres.

Algo similar puede suceder con el sector educativo, que hasta este segundo trimestre de 2012 se ha mantenido como generador de empleo. Tras el periodo estival y el comienzo del curso escolar en el tercer trimestre del año es posible que la situación dé un giro.

Número de ocupados, por ramas de actividad, 2º trimestre de 2012, miles de personas

| | 2T-2012 | Dif. trim. | Dif. anual | % var. trim. | % var. anual | Dif. 2T-2008 | % var. 2T-2008 |
|--------------------------------------|-----------------|--------------|---------------|--------------|--------------|-----------------|----------------|
| A. Agricultura | 732,3 | -43,9 | -8,9 | -5,7 | -1,2 | -88,5 | -10,8 |
| B. Ind. extractiva | 38,4 | 0,3 | -4,2 | 0,8 | -9,9 | -19,4 | -33,6 |
| C. Ind. manufacturera | 2.182,9 | -20,9 | -141,2 | -0,9 | -6,1 | -815,5 | -27,2 |
| D. Energía eléctrica | 81,1 | -1,9 | -1,0 | -2,3 | -1,2 | 14,1 | 21,0 |
| E. Actividades gestión residuos | 135,8 | 1,4 | 6,9 | 1,0 | 5,4 | 14,7 | 12,1 |
| F. Construcción | 1.192,9 | 6,2 | -237,3 | 0,5 | -16,6 | -1.356,6 | -53,2 |
| G. Comercio | 2.805,8 | -44,3 | -126,9 | -1,6 | -4,3 | -405,8 | -12,6 |
| H. Transporte | 827,0 | -18,9 | -51,6 | -2,2 | -5,9 | -124,1 | -13,0 |
| I. Hostelería | 1.384,5 | 130,4 | -51,2 | 10,4 | -3,6 | -88,8 | -6,0 |
| J. Información y comunicación | 524,1 | 9,7 | 9,0 | 1,9 | 1,7 | -40,1 | -7,1 |
| K. Act. financieras y seguros | 428,0 | -10,8 | -32,5 | -2,5 | -7,1 | -87,5 | -17,0 |
| L. Act. inmobiliarias | 101,8 | 4,3 | 5,0 | 4,4 | 5,2 | -22,0 | -17,8 |
| M. Act. prof., científ. y técnicas | 830,3 | 6,3 | 4,8 | 0,8 | 0,6 | -45,3 | -5,2 |
| N. Act. administrativas | 864,1 | 9,5 | -55,3 | 1,1 | -6,0 | -56,6 | -6,1 |
| O. Admón. Pública y defensa | 1.323,3 | -40,8 | -118,7 | -3,0 | -8,2 | 44,0 | 3,4 |
| P. Educación | 1.219,1 | 13,8 | 20,1 | 1,1 | 1,7 | 52,0 | 4,5 |
| Q. Act. sanitarias y serv. sociales | 1.382,6 | -15,7 | -31,3 | -1,1 | -2,2 | 146,5 | 11,9 |
| R. Act. Artísticas y entretenimiento | 302,8 | 13,0 | -16,8 | 4,5 | -5,3 | -2,2 | -0,7 |
| S. Otros servicios | 415,1 | 5,7 | 34,1 | 1,4 | 9,0 | -13,6 | -3,2 |
| T. Actv. Hogares | 640,7 | -20,8 | -88,9 | -3,1 | -12,2 | -115,5 | -15,3 |
| TOTAL | 17.417,3 | -15,9 | -885,7 | -0,1 | -4,8 | -3.007,8 | -14,7 |

Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa (INE).

4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

Tristemente se ha igualado en este trimestre la mayor tasa de paro registrada en la EPA, en el primer trimestre de 1994, con un 24,6 por ciento de la población activa en situación de desempleo.

Apenas hay diferencia entre las tasas de paro masculina y femenina, aunque en número, es superior en casi medio millón de personas, el número de hombres desempleados (3.093.800) que el de mujeres en la misma situación (2.599.300).

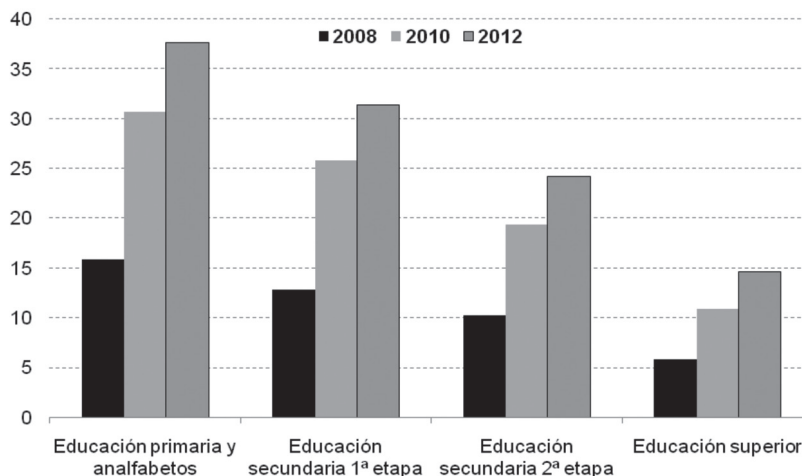
El aumento de los desempleados respecto al primer trimestre del año es una señal de la paralización del mercado de trabajo, pues el segundo trimestre suele ser de creación de empleo, anticipando la llegada del verano y el repunte que se suele producir en el sector servicios. En este año, como en los últimos desde que se iniciara la crisis económica (salvo en 2011), ha habido aumento del número de desempleados. Bien es cierto que podemos estar viviendo una situación de atraso en las contrataciones que habitualmente se realizan para el verano, con lo cual es probable que el próximo trimestre recupere en cierta medida dicha corrección. En el segundo trimestre de 2012 hay 53.600 desempleados más que en el primero

Las tasa de paro masculina y femenina vuelven a igualarse (24,6 por ciento en el caso de los hombres y 2,7 por ciento en el de las mujeres), a pesar de la creciente incorporación de la mujer al mercado de trabajo (aumento de la población activa femenina) y de que en este trimestre hay casi medio millón más de hombres parados que de mujeres en la misma situación.

De nuevo es mayor el incremento de hombres desempleados, tanto en la comparación trimestral (un 2,3 por ciento más) como en la anual (un 18,6 por ciento más), que el de mujeres, que incluso se reduce respecto al trimestre anterior (en un 0,6 por ciento), aunque aumenta frente al año anterior en un 16,8 por ciento.

La duración de la crisis está llevando a un aumento sin pausa de los desempleados de larga duración, que ya representan más de la mitad de los parados. El 52,2 por ciento de los trabajadores perdió su empleo (o está buscando activamente un puesto de trabajo por primera vez) hace más de un año. Es decir, la tasa de paro de larga duración es ya del 12,9 por ciento de la población activa, casi tres puntos porcentuales más que hace un año.

Aunque la mayor formación alcanzada no está siendo ninguna garantía de mantenimiento o acceso a un puesto de trabajo, sigue siendo un factor diferenciador. La tasa de paro no solo ha aumentado más (especialmente al inicio de la crisis) entre los que habían alcanzado menores niveles de formación, sino que es siempre considerablemente más alta que entre los trabajadores con mayor formación alcanzada.

Evolución de la tasa de paro por nivel de formación alcanzado, segundos trimestres del año

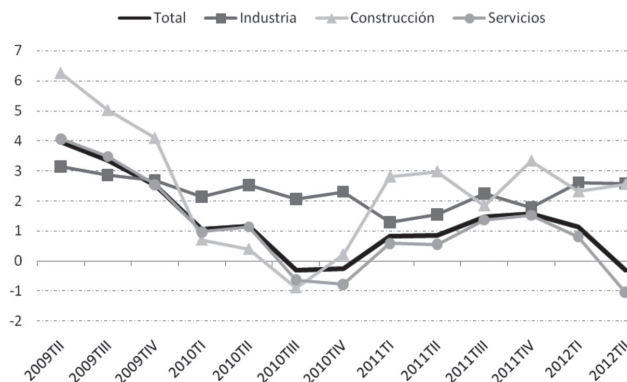
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la *Encuesta de Población Activa*, INE.

5. CONDICIONES DE TRABAJO

Una de las causas principales que suelen achacarse a la grave crisis económica a la que nos enfrentamos es el elevado coste laboral que nuestro país soporta, lo que le impide ser una economía competitiva en el exterior.

Tras el crecimiento inicial de los costes laborales, especialmente en el sector de la construcción, debido en buena medida al efecto composición, desde el comienzo de 2009 la evolución muestra una moderación de los costes e incluso una reducción en la segunda mitad del año 2010, cuando la política económica del gobierno viró hacia un fuerte ajuste del déficit público, concentrado especialmente en el recorte de gastos públicos de forma generalizada y que, tras la nueva oleada de recortes desde el comienzo del año 2012, se está repitiendo, aunque en esta ocasión, de forma concentrada en el sector servicios.

Costes salariales por trabajador y mes según sectores, (variación interanual)



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral, INE.

Cuando se tienen en cuenta los componentes del coste laboral, aun siendo el coste salarial el que mayor peso (de forma destacada) tiene en el conjunto de los costes, las diferencias se aprecian también entre sectores productivos. En el caso de la construcción, la proporción que suponen las percepciones no salariales es muy superior a la del resto de sectores (un 6,9 por ciento en la construcción, frente a un 3,5 por ciento en el sector de servicios, por ejemplo). Y dentro de estas percepciones no salariales, son especialmente las percepciones no salariales y también los costes por despido los que elevan esta cifra.

Componentes del coste laboral por trabajador y mes, 2º trimestre de 2012

| | Total | | Industria | | Construcción | | Servicios | |
|--|----------------|--------------|----------------|--------------|----------------|--------------|----------------|--------------|
| | € | % | € | % | € | % | € | % |
| COSTE TOTAL | 2.591,8 | 100,0 | 2.986,7 | 100,0 | 2.791,1 | 100,0 | 2.496,8 | 100,0 |
| Sueldos y salarios | 1.939,7 | 74,8 | 2.211,7 | 74,1 | 1.975,2 | 70,8 | 1.883,0 | 75,4 |
| - Coste salarial ordinario | 1.635,9 | 63,1 | 1.831,3 | 61,3 | 1.607,6 | 57,6 | 1.599,7 | 64,1 |
| - Coste salarial pagos extraordinarios | 275,3 | 10,6 | 352,2 | 11,8 | 331,2 | 11,9 | 255,3 | 10,2 |
| - Coste salarial pagos atrasados | 28,5 | 1,1 | 28,2 | 0,9 | 36,3 | 1,3 | 27,9 | 1,1 |
| - Otros costes | 652,1 | 25,2 | 774,9 | 25,9 | 816,0 | 29,2 | 613,8 | 24,6 |
| Percepciones no salariales | 102,0 | 3,9 | 130,5 | 4,4 | 193,5 | 6,9 | 88,6 | 3,5 |
| - Pagos por Incapacidad Temporal | 12,4 | 0,5 | 12,4 | 0,4 | 8,8 | 0,3 | 12,7 | 0,5 |
| - Pagos por desempleo parcial | 0,8 | 0,0 | 3,1 | 0,1 | 0,7 | 0,0 | 0,4 | 0,0 |
| - Otras percepciones sociales directas | 7,2 | 0,3 | 10,1 | 0,3 | 2,0 | 0,1 | 7,1 | 0,3 |
| - Otras percepciones no salariales | 45,6 | 1,8 | 38,0 | 1,3 | 117,7 | 4,2 | 41,0 | 1,6 |
| - Indemnizaciones por despido | 36,0 | 1,4 | 66,9 | 2,2 | 64,3 | 2,3 | 27,5 | 1,1 |
| Cotizaciones obligatorias | 571,0 | 22,0 | 673,8 | 22,6 | 640,2 | 22,9 | 544,8 | 21,8 |
| - Contingencias comunes | 413,8 | 16,0 | 472,0 | 15,8 | 414,9 | 14,9 | 402,2 | 16,1 |
| - Cotiz. desempleo, FOGASA y form. prof. | 115,2 | 4,4 | 142,7 | 4,8 | 130,0 | 4,7 | 108,5 | 4,3 |
| - Otras cotizaciones sociales obligatorias | 42,0 | 1,6 | 59,0 | 2,0 | 95,3 | 3,4 | 34,1 | 1,4 |
| Subvenciones y deducciones | 20,9 | 0,8 | 29,4 | 1,0 | 17,7 | 0,6 | 19,6 | 0,8 |

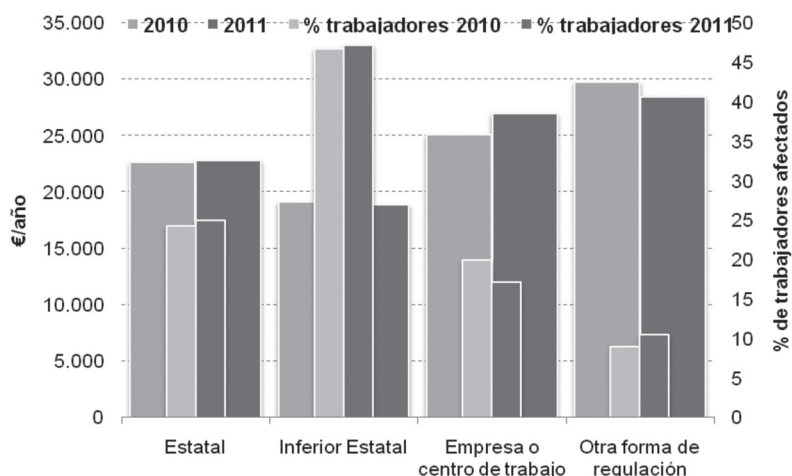
Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral, INE.

Al considerar la evolución de los costes salariales, atendiendo al ámbito o la forma de regulación de las condiciones laborales, se observa que se ha producido un aumento salarial nominal del 1 por ciento para el conjunto de sectores, excluyendo el agrícola. Este incremento ha sido superior en el caso de los salarios negociados en el ámbito de la empresa o centro de trabajo (un aumento nominal del 7,5 por ciento). Esta situación rompe con todas las teorías que manejan la idea de que es en el ámbito empresarial donde se ajustan con más facilidad los salarios a las condiciones cambiantes de la economía, favoreciendo como han hecho las distintas reformas laborales (la de junio de 2011 y la de febrero de 2012) este ámbito de negociación sobre cualquier otro.

La desregulación o descentralización absoluta de la negociación colectiva está llevando a que no sólo se recojan incrementos salariales más altos en los ámbitos inferiores (empresa o centro de trabajo, e incluso en los casos de negociación individual y no colectiva), sino que además, son los ámbitos desde donde se parte de niveles salariales más elevados. Es además donde se está reduciendo en mayor medida la proporción de trabajadores afectados por este tipo de convenios, aparte de ser los convenios que afectan a la menor proporción de trabajadores incluidos en la muestra de la Encuesta Anual de Costes Laborales, del Instituto Nacional de Estadística. La mayor proporción de trabajadores (el 47,2 por ciento) percibe de media un sueldo muy por debajo de la media (18.873,21 € al año, frente a 21.911,43 €). Y estos trabajadores están cubiertos por convenios de ámbito inferior al estatal, tales como los de carácter autonómico, provincial o comarcal. Es decir, la mayor proporción de trabajadores (y de forma creciente) está cubierta por los convenios de ámbito inferior al estatal, que es precisamente donde se parte de los menores niveles salariales y donde se está conteniendo el incremento anual.

Esta es la devaluación salarial que se busca con las mejoras de competitividad basadas únicamente en los costes salariales: cada vez más trabajadores con menores salarios. De esta forma, ante una crisis de demanda como la que atravesamos, complicada con la crisis de la deuda y la desviación de los objetivos de la política económica desde la recuperación de la actividad hacia el cumplimiento estricto del déficit público, con una parte de la población cada vez más amplia con menos capacidad de compra, difícilmente podremos escapar de la recesión a largo plazo a la que nos abocamos.

Salarios por trabajador y año y proporción de trabajadores, según forma de regulación laboral, 2010 y 2011



Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta Anual de Coste Laboral*, INE.

Al descender al detalle de la rama de actividad, las dos ramas más importantes, en cuanto a número de asalariados, la industria manufacturera (que agrupa al 13,5 por ciento del total de asalariados en el conjunto del año 2011) y el comercio (con el 14,3 por ciento de asalariados), han tenido evoluciones salariales diversas, pues en el año 2011 la industria recuperó cierto incremento salarial (real) del 0,3 por ciento, mientras en el comercio, aun teniendo unos niveles salariales inferiores a la media, siguieron perdiendo poder adquisitivo (el 0,7 por ciento, añadido a la pérdida del año anterior, del 2 por ciento).

Las ramas que llevan acumuladas mayores pérdidas en estos dos últimos años son las relacionadas con el sector público (directamente los asalariados de las administraciones públicas, más los asalariados de la educación y de las ramas sanitarias), así como la hostelería.

La construcción ha recuperado ligeramente, debido en buena medida a la destrucción de empleo del sector (de nuevo el efecto composición: siguen saliendo los asalariados con peores niveles salariales, de forma que los que quedan, menos, tienen un salario superior), pues ha perdido en el último año un 15,7 por ciento de sus efectivos.

Número de asalariados y salarios medios por ramas de actividad, miles de personas y €/año

| | 2010 | | | | 2011 | | | |
|--------------------------------------|-------------|--------------------|----------------|---------------------------|-------------|--------------------|----------------|---------------------------|
| | Asalariados | Sueldos y salarios | % var. nominal | % var. real (nominal-IPC) | Asalariados | Sueldos y salarios | % var. nominal | % var. real (nominal-IPC) |
| B. Ind. extractiva | 43,13 | 29.430,88 | 9,3 | 6,3 | 38,85 | 30.764,51 | 4,5 | 2,1 |
| C. Ind. manufacturera | 2.102,03 | 24.594,58 | 2,8 | -0,2 | 2.046,70 | 25.257,94 | 2,7 | 0,3 |
| D. Energía eléctrica | 75,93 | 52.202,80 | 2,1 | -0,9 | 77,13 | 55.196,39 | 5,7 | 3,3 |
| E. Actividades gestión residuos | 110,95 | 23.100,28 | 0,1 | -2,9 | 123,28 | 23.537,99 | 1,9 | -0,5 |
| F. Construcción | 1.230,93 | 21.663,33 | 0,7 | -2,3 | 1.037,48 | 22.200,62 | 2,5 | 0,1 |
| G. Comercio | 2.153,65 | 19.515,00 | 1,0 | -2,0 | 2.160,08 | 19.845,08 | 1,7 | -0,7 |
| H. Transporte | 737,40 | 22.785,94 | 0,1 | -2,9 | 720,75 | 23.205,57 | 1,8 | -0,6 |
| I. Hostelería | 1.041,05 | 13.657,19 | -1,4 | -4,4 | 1.074,60 | 13.572,85 | -0,6 | -3,0 |
| J. Información y comunicación | 445,30 | 32.378,72 | 2,0 | -1,0 | 441,93 | 32.607,29 | 0,7 | -1,7 |
| K. Act. financieras y seguros | 425,93 | 43.733,06 | 3,2 | 0,2 | 411,50 | 44.209,30 | 1,1 | -1,3 |
| L. Act. inmobiliarias | 49,75 | 20.978,43 | 7,2 | 4,2 | 57,68 | 21.587,82 | 2,9 | 0,5 |
| M. Act. prof., científ. y técnicas | 559,90 | 25.867,39 | -0,3 | -3,3 | 536,18 | 26.112,27 | 0,9 | -1,5 |
| N. Act. administrativas | 825,78 | 14.958,74 | -1,9 | -4,9 | 837,58 | 15.418,86 | 3,1 | 0,7 |
| O. Admón. Pública y defensa | 1.406,28 | 27.133,04 | -0,1 | -3,1 | 1.412,88 | 26.777,88 | -1,3 | -3,7 |
| P. Educación | 1.133,85 | 21.060,20 | -0,5 | -3,5 | 1.128,80 | 20.765,04 | -1,4 | -3,8 |
| Q. Act. sanitarias y serv. sociales | 1.284,65 | 25.965,42 | 0,2 | -2,8 | 1.349,15 | 25.679,77 | -1,1 | -3,5 |
| R. Act. Artísticas y entretenimiento | 272,00 | 16.436,35 | -1,5 | -4,5 | 259,70 | 16.638,62 | 1,2 | -1,2 |
| S. Otros servicios | 254,08 | 16.005,65 | 3,3 | 0,3 | 261,80 | 16.294,10 | 1,8 | -0,6 |
| TOTAL | 14.152,55 | 22.540,83 | 0,9 | -2,1 | 15.105,45 | 22.775,76 | 1,0 | -1,4 |
| IPC (interanual en diciembre) | | 3,0 | | | | 2,4 | | |

Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta de Población Activa* y de la *Encuesta Anual de Costes Laborales*, Instituto Nacional de Estadística.

En el año 2010, el incremento salarial nominal del conjunto de los asalariados fue del 0,9 por ciento en términos anuales. Al contrario de lo que sucediera en 2009 (con un aumento del 3,2 por ciento, en buena medida por el anteriormente comentado efecto composición), en los dos últimos años se ha producido un ligero incremento de los salarios, en términos nominales, lo que, al descontar la inflación, ha supuesto una pérdida de poder adquisitivo para la gran mayoría de asalariados. Así, el aumento nominal del 0,9 en 2012, tras ajustar por los precios (que aumentaron un 3 por ciento a finales de ese año)

se convierte en una pérdida de poder adquisitivo del 2,1 por ciento. En el año 2011, el incremento nominal del 1 por ciento se traduce en una reducción real del 1,4 por ciento al considerar el aumento de la inflación e diciembre de ese año, del 2,4 por ciento.

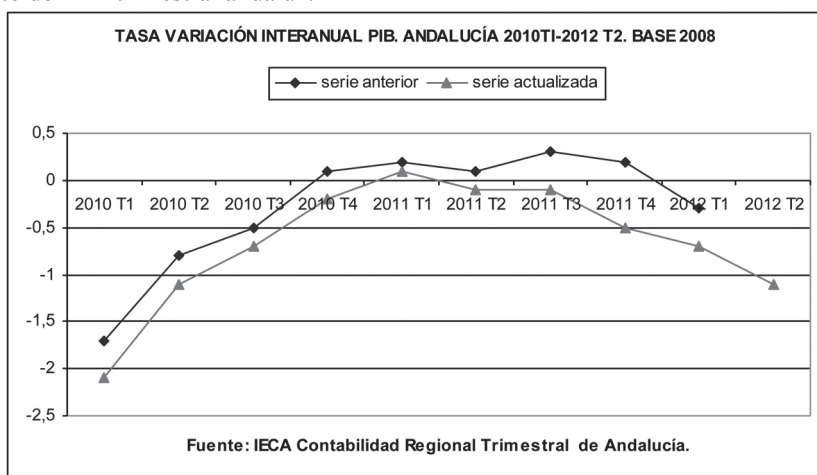
Si a esto se añade la progresiva reducción de los trabajadores cubiertos por algún tipo de cláusula de garantía (que actuara, por ejemplo, al sobrepasar la inflación real la considerada como referencia, normalmente, el objetivo de inflación que toma el Banco Central Europeo, fijado en el 2 por ciento), la disminución del poder adquisitivo se hace efectiva para un conjunto más amplio de los trabajadores. En el año 2011, solo un 49,7 por ciento de los trabajadores estaban cubiertos por alguna cláusula de garantía salarial (frente al 70,8 por ciento del año 2006).

6. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

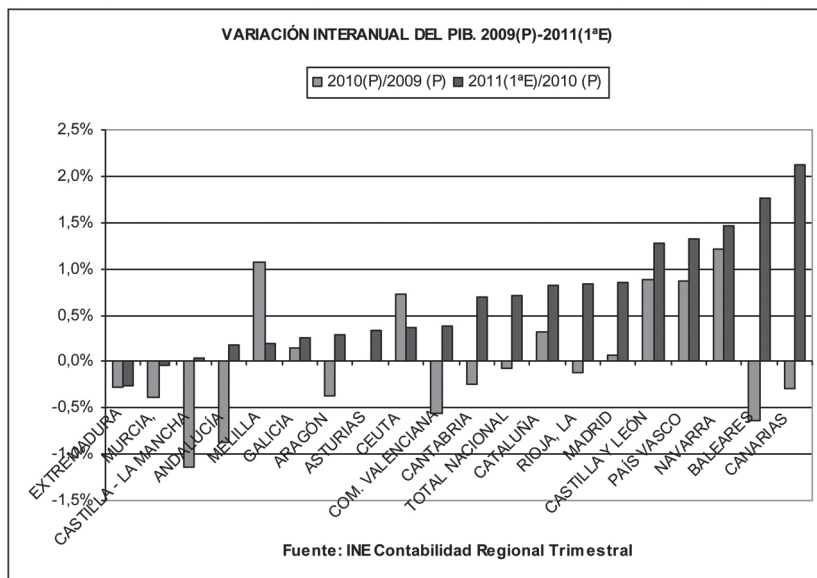
Como se ha señalado al comienzo del artículo, la economía española entró en recesión en el tercer trimestre de 2011 volviendo a caer en una fase contractiva por segunda vez desde 2007. La profundidad de la crisis económica está afectando de forma significativa a las estimaciones de crecimiento que proporciona la contabilidad nacional y, de forma similar a lo ocurrido para el conjunto de la economía española, se ha producido una modificación de las evaluaciones del crecimiento económico para la economía andaluza. La Contabilidad Regional Trimestral de Andalucía publicada por el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía, organismo de la Consejería de Economía, Innovación Ciencia y Empleo, estima que la economía andaluza decreció un 1,1% en el segundo trimestre de 2012 respecto al mismo trimestre de 2011. Esta caída interanual se enmarca en una generalizada reducción de las estimaciones de crecimiento de la economía andaluza aplicable a todos los trimestres desde 2010. Las estimaciones renovadas ponen de manifiesto la rapidez del contagio con la que la crisis afecta a la economía española y a la andaluza, sobre todo en lo que respecta a esta segunda fase recesiva que está poniendo de manifiesto el efecto de una vuelta a la recesión a partir de la segunda mitad de 2011.

Desde el punto de vista de la demanda, la caída de la actividad económica andaluza se produce fundamentalmente por la evolución negativa de la demanda regional que en este trimestre restó 4 puntos al crecimiento del PIB, mientras que el saldo exterior tuvo una contribución positiva de 2,9 puntos. Ha caído en este trimestre tanto el consumo final de los hogares como de las Administraciones Públicas y de las Instituciones sin fines de lucro al servicio de los hogares, así como la formación bruta de capital. La demanda doméstica está cayendo víctima del aumento del desempleo que provoca una reducción

de las rentas de los hogares así como el empeoramiento de las expectativas. Por su parte, el freno en el consumo del sector público motivado por los planes de ajuste presupuestario que afecta a todas las Administraciones Públicas, provoca un freno en el efecto multiplicador del gasto público. A todo ello hay que añadir las dificultades del sistema financiero y el crecimiento de la morosidad que restringe los flujos financieros. Desde el punto de vista de la oferta, y de forma simétrica, los cuatro sectores productivos ofrecen una variación negativa este trimestre. Destaca el comportamiento del sector de la construcción, el cuál registró una caída del 7,3% restando 0,7 puntos porcentuales al crecimiento del PIB trimestral andaluz.

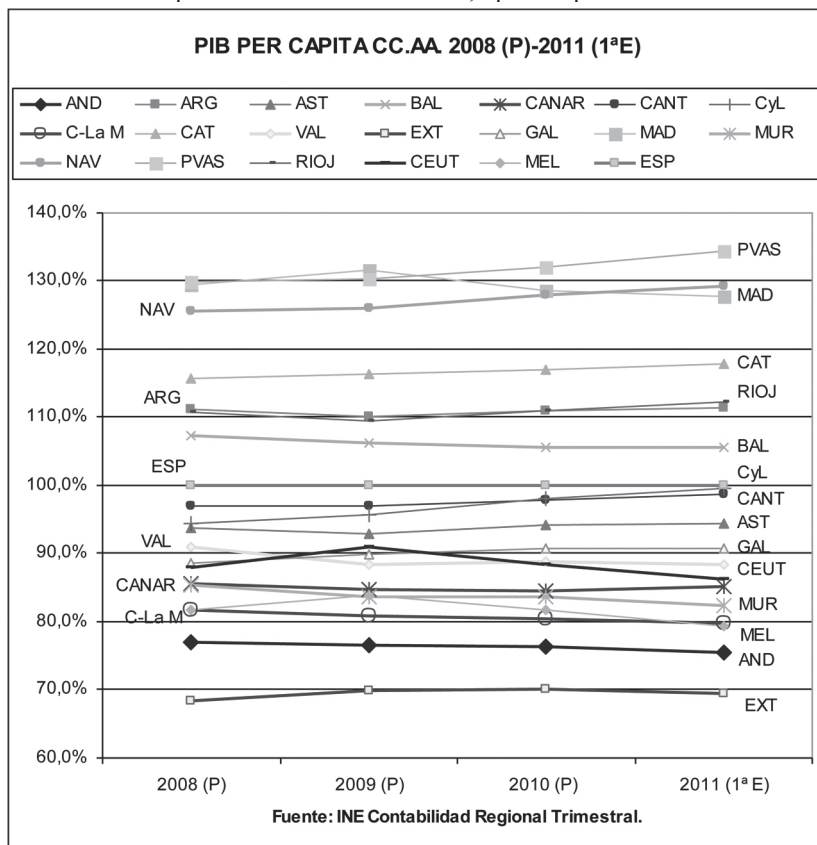


Podemos considerar con cierta perspectiva el impacto de la crisis sobre la economía andaluza si consideramos un periodo de tiempo algo más amplio (los años 2009-2011) y teniendo en cuenta que todavía se trata de estimaciones y previsiones que necesitarán algún tiempo para pasar a alcanzar la categoría de datos definitivos. Según los datos ofrecidas por la Contabilidad Regional Trimestral del INE, las tasas de crecimiento del PIB de Andalucía en los años 2009-2010 y 2010-2011, son inferiores al crecimiento medio del PIB nacional. Según muestran estos datos, la crisis está siendo especialmente acusada en esta región en comparación con otras comunidades españolas que lideran el crecimiento económico en el periodo considerado. Destacan las comunidades autónomas de Navarra, País Vasco y Castilla y León, las cuáles presentan tasas de crecimiento económico positivo y superior a la media nacional en los años considerados.



El INE, a través de la Contabilidad Regional Trimestral, proporciona también información sobre la evolución del PIB per capita regional a lo largo del periodo 2008-2011, si bien los datos disponibles para los últimos años son todavía previsiones y primeras estimaciones. Algunos hechos destacan al observar los datos disponibles. En primer lugar, las Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra muestran un aumento del PIB per capita en el periodo y alcanzan unos valores superiores al 130% del PIB per capita de la media nacional. La tercera comunidad autónoma según este criterio, la comunidad autónoma de Madrid, ocupó el primer lugar en el año 2009 pero ha caído al tercer lugar en 2011. En un segundo grupo, aparecen otras Comunidades autónomas españolas que presentan valores del PIB per capita comprendidos entre el 110% y 120% de la media nacional. En este segundo grupo se sitúan Cataluña, La Rioja y Aragón. El grupo de comunidades que tiene un PIB superior a la media nacional lo cierra Baleares, que ha experimentado a lo largo del periodo considerado una cierta caída. Con valores muy ligeramente inferiores a la media (100%) y una evolución claramente creciente a lo largo de los cuatro años considerados se encuentran las comunidades de Castilla y León y Cantabria. Las comunidades autónomas españolas que presentan unos valores del PIB per capita más bajos son Extremadura (70%), Andalucía (75,6%) y Castilla y La Mancha (79%). Es evidente que, a pesar del corto periodo de tiempo del periodo, se pone de manifiesto que la crisis está afectando de forma diferenciada a las diferentes CC.AA. españolas, ahondando diferencias entre ellas. En el

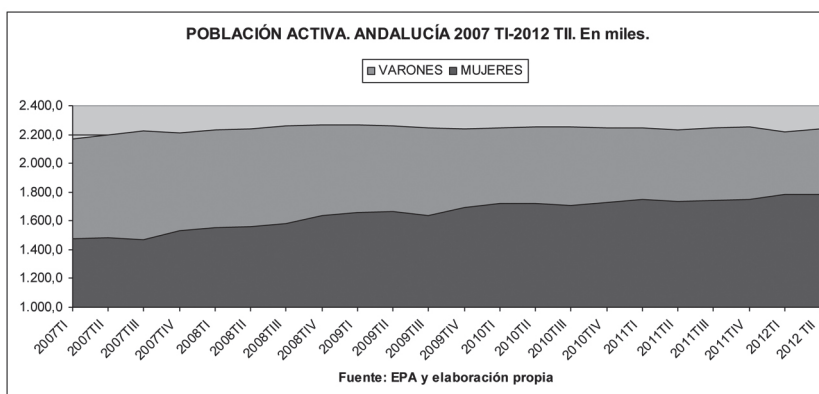
mismo periodo en el que País Vasco y Castilla y León han aumentado su PIB per capita en 5 puntos, otras regiones han experimentado una caída significativa del mismo, como ocurre con Murcia (-3,1) y Comunidad Valenciana (-2,6). Andalucía ha experimentado una caída de 1,4 puntos porcentuales.



La evolución de la actividad económica condiona y es condicionada por la evolución del mercado laboral. En este sentido, la evolución del desempleo es el rasgo más relevante que caracteriza la actual crisis. En Andalucía se ha alcanzado en el segundo trimestre de 2012 la cifra de 1.362.900 personas desempleadas, nuevo record estadístico, y la tasa de paro se ha situado en el 39,04%, muy cerca del máximo alcanzado en la anterior crisis de la primera mitad de os años noventa. Siguiendo la metodología convencional, en los siguientes epígrafes señalaremos los rasgos más significativos de la evolución del mercado de trabajo andaluz.

LA OFERTA DE TRABAJO

En el segundo trimestre de 2012, según los datos de la Encuesta de Población Activa que publica el Instituto Nacional de Estadística, la oferta de trabajo en Andalucía se situó en un total de 4.018.300 personas. La población activa ha crecido en 10.000 efectivos respecto al trimestre anterior y en 50.600 respecto al mismo trimestre del año anterior. En este segundo trimestre de 2012 se mantiene la tendencia en la evolución de la población activa andaluza que se ha puesto de manifiesto desde el estallido de la crisis: un crecimiento muy moderado, a partir del sostenido aumento de participación laboral femenina, mientras que la presencia laboral de los varones se mantiene estable. En el periodo comprendido entre el segundo cuatrimestre de 2008 y de 2012, la población activa masculina se ha mantenido prácticamente estable (se redujo a una tasa anual acumulativa del -0,01%), sin embargo, la población activa femenina creció a una tasa anual acumulativa del 3,37%.



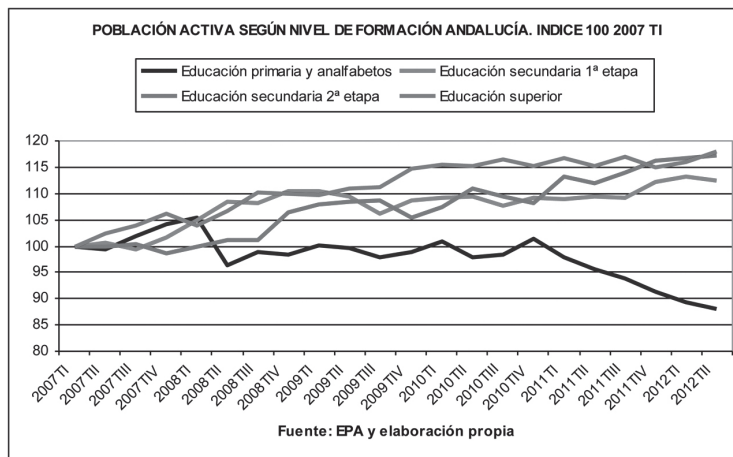
La evolución del conjunto de la población activa de Andalucía es el resultado de los cambios en los diversos grupos que la componen. Uno de los factores más relevantes tiene que ver con la formación de los trabajadores. Se comenta a menudo que en la actualidad España en general, y Andalucía de forma particular, disponen de la población mejor formada de la historia. Dejando a un lado el complejo debate sobre la correlación entre formación y capacitación laboral, lo cierto es que el nivel de formación general de la población andaluza ha aumentado significativamente en las últimas décadas. Si atendemos a lo ocurrido en los últimos años, en lo que la crisis económica estaba en marcha, se observa que se ha producido un aumento de la presencia en el mercado laboral de la población con mayor nivel educativo (la de educación secundaria de 2ª etapa en casi dos puntos, y la población con educación superior ha aumentado en términos relativos desde el segundo trimestre de 2008 en 1,26 puntos). Por el contrario, la población con educación primaria o analfabetos se ha reducido en 2,49 puntos.

En esta evolución se ponen de manifiesto dos efectos: el abandono de la población activa por el efecto desánimo, por parte de la población con menor nivel educativo, por otro lado, la vuelta al sistema educativo, a la espera del paso de la crisis económica, lo que constituiría el resultado de un efecto trabajador añadido.

Proporción de activos según nivel de formación alcanzado (segundos trimestres de cada año)

| | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 |
|----------------------------------|--------|--------|--------|--------|--------|
| Educación primaria y analfabetos | 18,28 | 18,27 | 17,71 | 17,33 | 15,79 |
| Educación secundaria 1ª etapa | 34,80 | 33,94 | 33,53 | 33,62 | 34,10 |
| Educación secundaria 2ª etapa | 20,27 | 20,99 | 21,22 | 21,45 | 22,20 |
| Educación superior | 26,65 | 26,80 | 27,53 | 27,60 | 27,91 |
| Total | 100,00 | 100,00 | 100,00 | 100,00 | 100,00 |

La tasa de actividad media en Andalucía se sitúa en el segundo trimestre de 2012 en el 59,08%, un punto menor que la media nacional. La tasa de actividad masculina andaluza se estimó en el 67% y la tasa de actividad femenina en el 51,44%. En el periodo comprendido entre los segundos trimestres de 2008 y de 2012, la tasa de actividad andaluza creció a una tasa anualizada del 0,84%, explicada fundamentalmente por el crecimiento de la tasa de actividad femenina que lo hizo al 2,71% mientras que en el mismo periodo, la tasa de actividad masculina decreció en el -0,52%. El efecto desánimo está afectando fundamentalmente a los hombres.



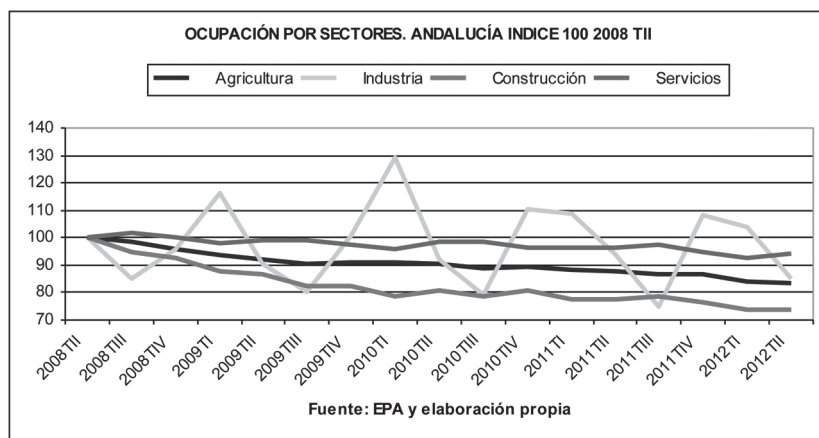
LA DEMANDA DE TRABAJO

La caída de la actividad económica, a la que nos hemos referido anteriormente, se está traduciendo de forma directa en un profundo proceso de destrucción de empleo. En el segundo trimestre de 2012, la ocupación en An-

Andalucía se estimó en un total de 2.655.400 personas, 23.300 menos que en el trimestre anterior y 133.500 menos que el mismo trimestre de 2011. Esta evolución es especialmente grave, ya que el segundo trimestre del año ha sido tradicionalmente un trimestre en el que se ha creado empleo, sin embargo, a partir del segundo trimestre de 2008, con el estallido de la crisis, ha presentado una evolución negativa. El empleo de la población masculina se ha reducido en 26.500 personas con respecto al primer trimestre de 2012, y en 110.400 efectivos, si consideramos la diferencia respecto al segundo trimestre de 2011. La ocupación femenina creció ligeramente con respecto al trimestre anterior en 3.200 personas, pero también se redujo si hacemos una comparación con el mismo trimestre de 2011 en 23.100.

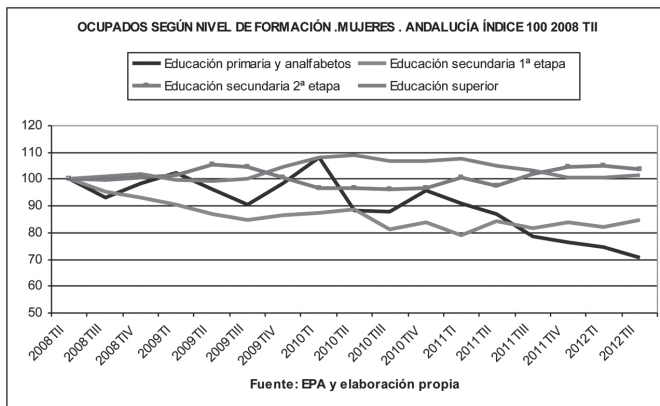
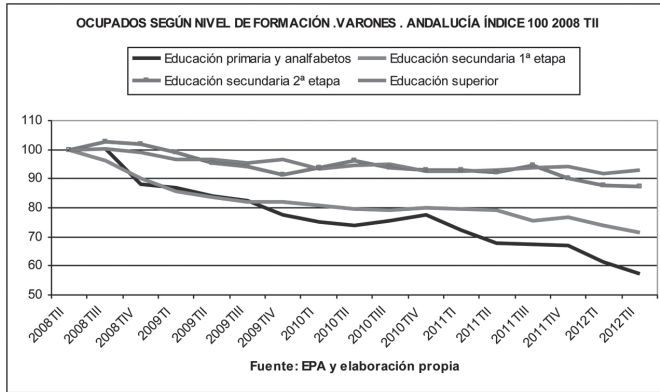
En el periodo comprendido entre los segundos trimestres de 2008 y 2012 se han perdido en Andalucía 525.000 empleos de los que 435.200 eran hombres y 89.800 mujeres. La destrucción de empleo se ha hecho a una tasa anual acumulativa del -6,20% en el caso del empleo de los hombres y del -1,84% en el grupo de las mujeres.

La explicación de esta desigual evolución se encuentra en que el sector que más empleo ha perdido ha sido el de la construcción que se caracteriza por ser muy intensivo en mano de obra masculina. El sector de los servicios, que es el que ocupa a la mayor parte de las personas, tiene una presencia femenina mucho más acentuada.



Si atendemos a los niveles educativos de la población ocupada en Andalucía el grupo de mujeres con educación secundaria de segunda etapa y de educación superior han mantenido sus niveles de empleo en términos estables desde el segundo trimestre de 2008. Por el contrario, los varones con menores niveles

educativos son los grupos que pierden mayoritariamente empleo. Este comportamiento diferenciado se puede explicar por la dinámica de sectores económicos que ocupa a cada grupo de actividad, el sector público, más estable en términos de ocupación, emplea a trabajadores de alto nivel de cualificación, mientras que sectores como el de la construcción o algunas ramas de los servicios, no requieren altos niveles formativos en los puestos de trabajo que generan.



Como se ha señalado, la crisis económica en Andalucía ha sido especialmente aguda en lo que se refiere a la destrucción de empleo, como pone de manifiesto la evolución de la ocupación en los últimos cuatro años. En el periodo comprendido entre el segundo trimestre de 2008 y de 2012, el empleo en Andalucía se ha reducido en 525.000 empleos, lo que representan el 16,51% del empleo al principio del periodo. Del más del medio millón de empleos perdidos, 283.500 corresponden al sector de la construcción (el 54% del total) lo que significa que el sector ha perdido empleo a una tasa anual acumulativa del 22,10%.

En los últimos trimestres, se empieza a atisbar un rasgo novedoso en la

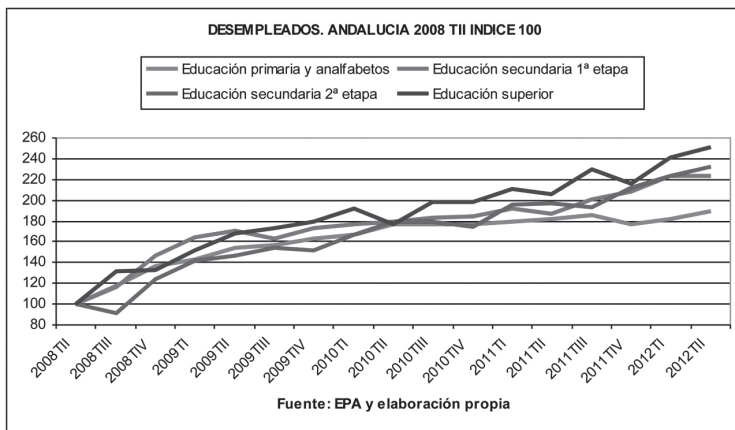
evolución del empleo en algunas ramas de actividad económica fundamentalmente relacionadas con el empleo público. Hasta mitad de 2010, las ramas de actividad que incorporan los servicios públicos básicos (Administración Pública y defensa, Seguridad social obligatoria; educación; actividades sanitarias y de servicios sociales, o sea las ramas de actividad O, P y Q) mantuvieron una evolución tendencial positiva en términos de empleo, lo que constituía una particularidad respecto a lo ocurrido en las ramas de actividad en las que predomina el sector privado. A partir del tercer trimestre de 2010, el empleo en aquellas actividades muestra una tendencia a la reducción que se ve acentuada a partir del tercer trimestre de 2011 cuando se encadenan cuatro trimestres seguidos de reducción de la ocupación. Estas actividades ligadas directamente al sector público parecen abocadas a una continua reducción del empleo en los próximos trimestres, como consecuencia de los ajustes presupuestarios que debe adoptar la economía española como consecuencia de los planes de reducción del déficit público derivados de los compromisos adquiridos por el Gobierno español dentro del marco de la Unión Económica y Monetaria Europea.

DESEMPLEO

El desempleo es la variable que refleja de forma más dramática el impacto de la crisis económica sobre la sociedad española y andaluza. En el segundo trimestre de 2012 se ha superado la tasa de paro más elevada registrada hasta ahora de la economía española que se alcanzó en pleno apogeo de la crisis de los años noventa. En lo que respecta a la economía andaluza, la tasa de paro ha sido del 33,92%, muy cerca ya del 34,9% estimada en el cuarto trimestre de 1994. Por sexo, la tasa de paro masculina alcanzó el 33,29% y la femenina el 34,70%. Es significativo que la diferencia en términos de tasa de paro entre ambos grupos se ha reducido, aunque en términos absolutos, las diferencias son significativas: 744.400 varones frente a 618.500 mujeres.

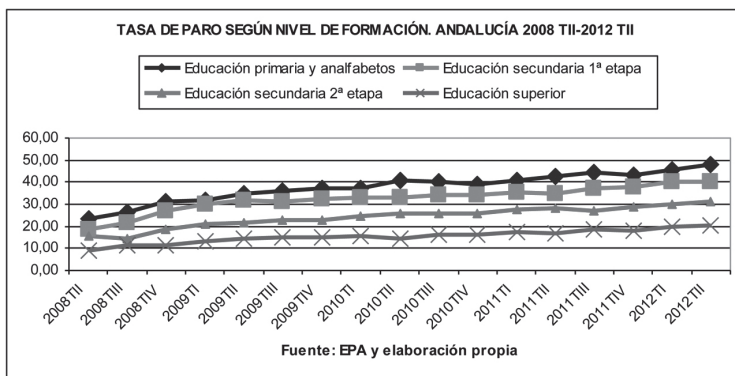
En el segundo trimestre de 2012, el total de desempleos en Andalucía se situó en 1.362.900 personas, y aumentó en 33.300 personas en comparación con el primer trimestre de 2012 y en 184.000 respecto al segundo trimestre del año anterior. Este dato, puede considerarse como el ejemplo más significativo del deterioro del mercado de trabajo, después de cinco años del estallido de la crisis económica crece el desempleo a una tasa interanual del 15,61%.

Otro ejemplo del deterioro del mercado de trabajo andaluz es el aumento del desempleo de larga duración, así como el crecimiento del número de hogares en el que todos sus miembros activos están parados que se situó en 449,200, un aumento de 2.100 respecto al trimestre anterior.



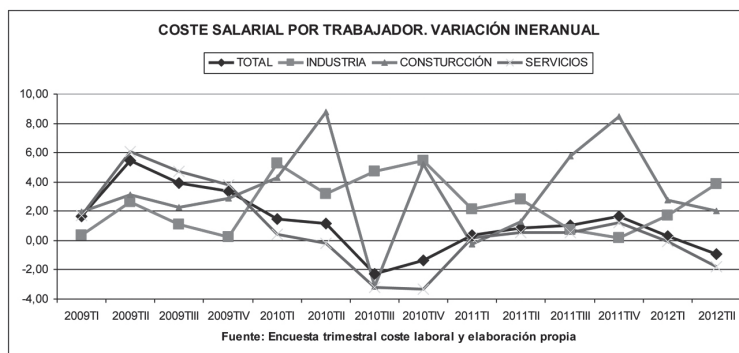
La formación no parece tener un efecto significativo en lo que respecta la condición de desempleo, si bien tiene un efecto al ser la tasa de paro más reducida conforme aumenta el nivel educativo. No obstante, hay que considerar la diferencia en términos absolutos entre los distintos grupos de población según niveles formativos. En el segundo trimestre de 2012, la EPA estimaba un total de 305.600 desempleados con nivel de educación primaria y analfabetos, 551.400 con educación secundaria (1ª etapa), 279.600 con educación secundaria (2ª etapa) y 226.300 con nivel de formación superior.

En términos de tasas de desempleo se observa que, si bien la crisis ha provocado un aumento para todos los niveles educativos considerados, se mantiene el principio de que la tasa de paro disminuye conforme aumenta el nivel educativo. Además, la crisis económica ha provocado que aumente la dispersión de las tasas de paro, en el segundo trimestre de 2008 la diferencia entre la tasa de paro de menor y mayor nivel formativo era de 14,31 puntos, en el mismo trimestre de 2012 la diferencia es de 24 puntos.



COSTES LABORALES

Una de las variables económicas cuya evolución más atención ha con- cedido ha sido el de la competitividad de la economía. La pérdida de competi- tividad se ha señalado como un factor clave de la crisis económica. Uno de los factores determinantes de su evolución son los costes laborales. Un aumento de los costes laborales se traduce en pérdida de competitividad y por tanto en la pérdida de empleo. ¿Qué ha ocurrido con los costes laborales en los últimos años de la crisis en Andalucía? Según los datos proporcionados por la Encuesta trimestral de coste laboral, a partir de 2009, la tasa de variación interanual de los costes salariales del sector servicios en Andalucía muestra una clara ten- dencia a su reducción, mientras que los incrementos salariales de la industria se mantienen positivos a lo largo de 2010. La evolución de los costes laborales de la construcción muestra un comportamiento errático.



Los costes salariales son los más importantes del conjunto de los costes laborales, sin embargo el peso de los costes por cotizaciones sociales obligato- rias tienen un peso significativo superior al 22%. Los efectos de la reducción salarial sobre la competitividad debería ser compensada con reducciones de otros costes laborales que también constituyen un elemento esencial para ex- plicar la reducción del empleo acaecido en los últimos años.

| Componentes del coste laboral por trabajador y mes, 2º trimestre de 2012 | | | | | | | | |
|--|----------|------|-----------|------|--------------|------|-----------|------|
| | TOTAL | | INDUSTRIA | | CONSTRUCCIÓN | | SERVICIOS | |
| | euros | % | euros | % | euros | % | euros | % |
| Coste total | 2.402,70 | 100 | 2.771,21 | 100 | 2.761,67 | 100 | 2.321,54 | 100 |
| Coste salarial total | 1.788,28 | 74,4 | 1.991,30 | 71,9 | 1.874,60 | 67,9 | 1753,32 | 75,5 |
| Coste salarial ordinario | 1.491,22 | 62,1 | 1.681,39 | 60,7 | 1.487,51 | 53,9 | 1465,86 | 63,1 |
| Otros costes | 614,42 | 25,6 | 779,91 | 28,1 | 887,07 | 32,1 | 568,22 | 24,5 |
| Coste por percepciones no salariales | 101,79 | 4,2 | 173 | 6,2 | 287,54 | 10,4 | 75,93 | 3,3 |
| Coste por cotizaciones obligatorias | 530,98 | 22,1 | 634,25 | 22,9 | 613,98 | 22,2 | 509,78 | 22,0 |
| Subvenciones y bonifica- ciones de la S.Social | 18,36 | 0,8 | 27,33 | 1,0 | 14,44 | 0,5 | 17,49 | 0,8 |

Encuesta Trimestral del Coste Laboral. INE y elaboración propia

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Segundo Trimestre de 2012

| | Unidad | Periodo | ESPAÑA | | | ANDALUCÍA | | |
|--|----------------------|-------------|----------|-------|-------|-----------|-------|-------|
| | | | Dato | VA(*) | VB(*) | Dato | VA(*) | VB(*) |
| I. MERCADO DE TRABAJO | | | | | | | | |
| Población activa | Miles | 2º Trim. 12 | 23.110,4 | 0,2 | -0,1 | 4.018,3 | 0,2 | 1,3 |
| Tasa de actividad | Porcentaje | 2º Trim. 12 | 60,1 | 0,1 | 0,0 | 59,1 | 0,1 | 0,6 |
| Hombres | .. | .. | 67,1 | 0,3 | -0,3 | 67,0 | 0,4 | -0,1 |
| Mujeres | .. | .. | 53,4 | 0,0 | 0,2 | 51,4 | -0,2 | 1,2 |
| 16-19 años | .. | .. | 18,4 | 1,3 | -1,4 | 20,6 | 2,5 | -0,6 |
| 20-24 años | .. | .. | 60,8 | 0,6 | -2,1 | 59,5 | 0,6 | -2,4 |
| 25-54 años | .. | .. | 86,6 | 0,0 | 0,5 | 84,2 | 0,2 | 1,7 |
| Más de 55 años | .. | .. | 22,5 | 0,4 | 0,6 | 19,7 | -0,4 | 0,1 |
| Ocupados | Miles | 2º Trim. 12 | 17.417,3 | -0,1 | -4,8 | 2.655,4 | -0,9 | -4,8 |
| Agricultura | .. | .. | 732,3 | -5,7 | -1,2 | 191,5 | -17,8 | -9,1 |
| Industria | .. | .. | 2.438,2 | -0,9 | -5,4 | 240,9 | 0,3 | -4,8 |
| Construcción | .. | .. | 1.192,9 | 0,5 | -16,6 | 165,2 | -8,0 | -25,0 |
| Servicios | .. | .. | 13.053,9 | 0,3 | -3,7 | 2.057,8 | 1,6 | -2,2 |
| Asalariados del sector público | .. | 2º Trim. 12 | 3.041,1 | -2,0 | -5,5 | 533,2 | -3,8 | -6,8 |
| Asalariados temporales | .. | 2º Trim. 12 | 3.406,5 | -0,5 | -12,7 | 715,1 | -4,0 | -10,6 |
| Parados encuestados | .. | 2º Trim. 12 | 5.693,1 | 1,0 | 17,8 | 1.362,9 | 2,5 | 15,6 |
| Hombres | .. | .. | 3.093,8 | 2,3 | 18,6 | 744,4 | 5,9 | 17,6 |
| Mujeres | .. | .. | 2.599,3 | -0,6 | 16,8 | 618,5 | -1,3 | 13,3 |
| Tasa de paro encuestado | Porcentaje | 2º Trim. 12 | 24,6 | 0,2 | 3,7 | 33,9 | 0,8 | 4,2 |
| Hombres | .. | .. | 24,6 | 0,5 | 4,0 | 33,3 | 1,6 | 5,0 |
| Mujeres | .. | .. | 24,7 | -0,2 | 3,4 | 34,7 | -0,4 | 3,2 |
| 16-19 años | .. | .. | 73,3 | 1,8 | 10,7 | 75,9 | -0,7 | 11,4 |
| 20-24 años | .. | .. | 48,9 | 0,9 | 6,5 | 60,2 | 6,8 | 6,5 |
| 25-54 años | .. | .. | 23,1 | 0,1 | 3,7 | 31,5 | 0,0 | 3,9 |
| Más de 55 años | .. | .. | 16,8 | 0,3 | 3,3 | 27,0 | 1,3 | 5,5 |
| Parados de larga duración | .. | .. | 52,2 | 2,2 | 4,5 | 75,9 | -0,7 | 11,4 |
| Parados registrados | Miles | agosto 12 | 4.625,6 | 0,8 | 11,9 | 1.026,0 | 1,0 | 11,6 |
| II. CONDICIONES DE TRABAJO | | | | | | | | |
| Salario mínimo | €/mes | 2º Trim. 12 | 641,4 | 0,0 | 1,3 | “ | “ | “ |
| Coste laboral por trabajador | €/mes | 2º Trim. 12 | 2.591,8 | 3,1 | -0,3 | 2.402,7 | 5,5 | -1,6 |
| Industria | .. | .. | 2.986,7 | 4,3 | 2,6 | 2.771,2 | 5,4 | 6,4 |
| Construcción | .. | .. | 2.791,1 | 8,0 | 2,6 | 2.761,7 | 10,0 | 5,0 |
| Servicios | .. | .. | 2.496,8 | 2,4 | -1,0 | 2.321,5 | 5,1 | -3,1 |
| Jornada laboral efectiva | Horas/mes | 2º Trim. 12 | 133,1 | -3,2 | -1,0 | 131,0 | -1,7 | -2,2 |
| III. REGULACIÓN DE EMPLEO | | | | | | | | |
| Expedientes | Total | junio 12 | 3.283 | 9,5 | 87,7 | 222,0 | -0,9 | 68,2 |
| | Trabajadores | .. | 45.103 | 12,7 | 33,1 | 1.978 | -14,1 | 44,6 |
| | Extinción de empleo | .. | 5.991 | 11,1 | 49,3 | 267 | -44,6 | -15,2 |
| | Suspensión de empleo | .. | 28.331 | 5,8 | 16,4 | 789 | -38,1 | 28,7 |
| | Reducción de jornada | .. | 10.781 | 37,6 | 94,7 | 922 | 68,6 | 109,5 |
| IV. CONFLICTOS LABORALES | | | | | | | | |
| Huelgas | Total | mayo 12 | 94 | 23,7 | 0,0 | “ | “ | “ |
| Participantes | Miles | .. | 17.839 | 100,8 | -16,1 | 0,2 | 100,0 | -66,7 |
| Jornadas no trabajadas | .. | .. | 34.256 | 65,9 | -28,3 | 1,5 | 15,4 | 650,0 |
| V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS | | | | | | | | |
| Crecimiento económico | Porcentaje | 2º Trim. 12 | -1,3 | -0,7 | -1,8 | “ | “ | “ |
| Balanza por cuenta corriente | Millones € | junio 12 | -257 | -66,0 | -80,6 | “ | “ | “ |
| Inflación | Porcentaje | 2º Trim. 12 | 2,0 | 1,7 | 2,0 | “ | “ | “ |
| Tipo de interés (Euribor 12 meses) | Porcentaje | 2º Trim. 12 | 1,3 | -0,4 | -0,8 | “ | “ | “ |

(*) VA = Variación con respecto al trimestre anterior; VB = Variación con respecto a igual periodo del año anterior.

Comentarios de Jurisprudencia

NULIDAD DE LA REVOCACIÓN DEL DELEGADO DE PERSONAL POR LA ASAMBLEA DE TRABAJADORES

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, de 3 de abril de 2012

MARÍA DEL JUNCO CACHERO*

SUPUESTO DE HECHO: D. N., delegado de personal, demanda a la empresa S.L.A.N. y a once de sus compañeros, solicitando la nulidad de la revocación que de su cargo se había llevado a cabo mediante asamblea de trabajadores. El Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao¹ desestima su pretensión. Interpone posteriormente recurso de suplicación, junto con CC.OO., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco², declarándose nula la revocación de su mandato de delegado de personal. Contra esta última sentencia, se interponen sendos recursos de casación ante el Tribunal Supremo para la unificación de doctrina, uno por la empresa S.L.A.N. y otro por los once compañeros codemandados, desestimándose³ ambos recursos, que como viene siendo habitual, al no existir el presupuesto de contradicción de las sentencias comparadas, no se entra totalmente en el fondo del asunto.

RESUMEN: Aunque la sentencia que comentamos se escuda en la no contradicción de las sentencias comparadas, se deduce al menos de los Fundamentos de Derecho, la teoría compartida con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco⁴: que es nula la revocación del mandato del delegado de personal porque se entendió que había existido por parte de la empresa una maniobra o artificio a través del cual se había procurado obtener un proceso de revocación del delegado de personal mediante la manipulación del sistema de mayorías, como resulta del despido de tres trabajadores en fechas anteriores a la celebración de la asamblea, despidos que son reconocidos como improcedentes por la empresa.

*T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, de 22 de julio de 2010.

² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2010.

³ Sentencia del Tribunal Supremos, Sala de lo Social, de 3 de abril de 2012.

⁴ Sentencia de 21 de diciembre de 2010.

ÍNDICE

1. ANTECEDENTES
2. CONVOCATORIA DE ASAMBLEA
3. VOTACIÓN

1. ANTECEDENTES

Parece oportuno antes de abordar el fondo del tema del análisis de esta sentencia, delimitar en cierta manera los antecedentes –llamativos- de la misma. El tema central es, como ya ha quedado establecido, tanto por el título de este comentario, como por el resumen, la nulidad de la revocación de un delegado de personal por la asamblea de trabajadores. Y relevante nos parece el planteamiento que se establece del “nacimiento” de este delegado de personal.

El número de trabajadores es el dato básico para determinar el número de representantes⁵. Con fecha 5 de marzo de 2009 tuvo lugar preaviso de elecciones sindicales en la empresa S.L.A.N. Celebradas éstas con fecha 9 de marzo de 2009, de un número de dieciocho electores, salieron elegidos D. I. con doce votos y D. N. con nueve votos. Y a D. N. es a quién se le revoca su mandato. Por ninguna parte del relato de la sentencia queda establecido que D. I. no ejerciera de delegado de personal, hecho que si fue así, debería haber quedado constatado, es decir, debería haberse establecido que quien ejerce de delegado de personal es el segundo más votado.

Respecto al número de representantes a elegir⁶, su determinación depende de la dimensión de la plantilla. En el caso de los delegados de personal en los centros de trabajo de seis a treinta trabajadores se elegirá uno; en aquellos que posean entre treinta y uno y cuarenta y nueve trabajadores se elegirán tres delegados. Art. 62.3 ET⁷. Son dieciocho los trabajadores que en el momento de las elecciones conforman esta empresa, correspondiéndoles por tanto la elección de un delegado de personal y no de dos, que además en ningún caso se permite legalmente.

Queremos pensar que ha sido un olvido el relato del porqué es al segundo más votado al que se revoca el mandato y no al primero; quizás porque el primero renunció y nunca ejerció de delegado de personal, o... Pero parece que hubiera sido necesario el conocerlo, pues de esta forma nos podría llevar a pensar que ni siquiera se tendría que haber entrado a analizar la celebración de una asamblea de trabajadores convocada para revocar el mandato de un

⁵ González de Lena Álvarez, F.: *La Regulación Legal de los Representantes de los Trabajadores en la Empresa*. Fundación Confemetal. Madrid 2000. Pág. 18.

⁶ Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid 2011. Pág. 475.

⁷ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 14 de marzo, Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET.

delegado de personal al que no corresponde tal representación.

O quizás podríamos plantearnos que ha existido una reducción de plantilla, aunque ello no lleva consigo la reducción automática del número de representantes⁸. Pero tampoco. En la sentencia se establece siempre el número de dieciocho trabajadores, que posteriormente pasa a ser dieciséis, porque hay tres despidos y el ingreso de otro, cuando es el momento de celebrar la asamblea para la revocación. Es más, “choca” también, porque el cómputo total de votos es 12 más 9, es decir, 21 votos, cuando se relata que son dieciocho los electores y a cada uno le hubiera correspondido elegir a uno, aunque se presentaran dos o más como candidatos.

En fin, no queremos que esto sea el centro del comentario, pero parecía, por lo menos significativo dejar apuntados estos antecedentes.

2. CONVOCATORIA DE ASAMBLEA

La asamblea se manifiesta para algunos⁹ como una forma de participación directa de los trabajadores a través del derecho de reunión, y que sirve para configurar la posición de los trabajadores respecto de cuestiones que afectan a sus intereses, sirviendo de cauce de comunicación entre los trabajadores y sus representantes; esta circunstancia parece romperse cuando la convocatoria de la asamblea es para revocar de su mandato a un representante de los trabajadores.

El art. 67.3 ET establece que “solamente podrán ser revocados los delegados de personal y miembros del comité durante su mandato, por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo, de los electores.....”. Así pues son varias las premisas y requisitos que deben cumplirse para llevar a cabo la convocatoria de la asamblea para revocar el mandato de un representante. Se derivan ellos de los arts. 67.3 y 77 a 81 del ET.

De entre todos estos requisitos destacaríamos en primer lugar, quiénes son los que ostentan la condición de convocantes. Establece el art. 67.3 ET que será asamblea convocada a instancia de un tercio, como mínimo, de los electores. Es curiosa, la intención o no, del legislador de establecer un tercio de electores y no un tercio de trabajadores, cuando en definitiva en la misma norma describiendo a las asambleas, las llama de trabajadores y exige un 33% de éstos para ser convocada. Pero puede que sea una intención con su clara razón de ser. En definitiva quienes eligen a los representantes son los electores, pero el hecho de ser trabajador en una empresa no otorga *per se* la condición

⁸ González de Lena Álvarez, F.: *La Regulación Legal de los*op. cit. Pág. 20.

⁹ González de Lena Álvarez, F.: *La Regulación Legal de los*op. cit. Pág. 116.

de elector. “Serán electores todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mayores de dieciséis años y con una antigüedad en la empresa de al menos, un mes”, art. 69.2 ET. Podría darse el caso de que en el momento de la elección hubiera un determinado número de trabajadores-electores que posteriormente no coincidiera con el que exista en el momento de la convocatoria de una asamblea para revocar el mandato de un representante, es decir, que cuando fuera elegido, lo fue por un número de votos que le otorgaron sus compañeros de entonces, pero que para ser revocado, sería necesario ajustar el tercio de aquéllos y no el tercio de los presentes en el momento de la convocatoria de la asamblea, pues de lo contrario, no tendría sentido la redacción del art. 67.3 en correlación con el 77 y ss. del ET.

De esta forma en la sentencia¹⁰, dieciocho era el censo de electores para la votación de delegado de personal, en la que resultan elegidos D. I. y D. N. y siendo éste último al que posteriormente se le revoca en asamblea su mandato. Doce son los que convocan la asamblea, pero curiosamente, tanto en la sentencia de primera instancia¹¹, como en la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco¹², así como en la del Tribunal Supremo¹³, no establecen que fuera un tercio de electores los que convocan, sino doce trabajadores. Hasta aquí no hay problema, pues tanto si se tiene en cuenta que eran dieciocho electores, como si nos atenemos a la insistencia de que son dieciséis trabajadores en el momento de la celebración de la asamblea, el tercio está más que cumplido. El problema se nos plantea en la votación, que posteriormente trataremos en el último epígrafe de este comentario.

Y en segundo lugar, siguiendo con los requisitos que esta asamblea debe cumplir, se dispone la forma de la convocatoria de la misma. Volvemos de nuevo a la interrelación de distintos preceptos. Del art. 67.3 ET nada se desprende expresamente de esta forma, sin embargo del art. 79 ET, sí: “la convocatoria, con expresión del orden del día, propuesto por los convocantes, se comunicará al empresario con cuarenta y ocho horas de antelación, como mínimo, debiendo éste acusar recibo”. “El 18 de marzo de 2010, 12 trabajadores presentaron escrito en la Delegación Territorial de Trabajo para realizar una asamblea, que se convocó para el día 29 de marzo con el orden del día de revocación del delegado de personal D. N.”¹⁴. No aparece la comunicación por los convocantes al empresario directamente, que a fin de cuentas es el sujeto al que se refiere la norma en exclusiva como receptor de la comunicación. Se da cuenta a la Administración, entendiéndose que ésta comunicará al empresario. Parece des-

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de abril de 2012.

¹¹ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, de 22 de julio de 2010.

¹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2010.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de abril de 2012.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de abril de 2012.

prenderse que no son sólo los compañeros de D. N. quienes quieren revocarlo, sino que aparentemente la empresa también quiere, pues no sólo dispone el despido de tres de sus trabajadores durante el tiempo que transcurre desde la convocatoria hasta la celebración de la asamblea, sino que va de la mano con los once trabajadores en las distintas demandas, tanto ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, como ante el Tribunal Supremo. Y asimismo es demandada la empresa junto con los trabajadores por D. N.

Así pues, el análisis de estos dos requisitos nos hace necesariamente adentrarnos en la votación, tema fundamental, pues de ella dependerá la revocación o no de D. N. Del primero, el número de votos que será necesario para conseguirla y del segundo, la intención o no de la empresa de ayudar a los trabajadores a llevar a cabo esta revocación, manipulando el sistema de mayorías, despidiendo a tres trabajadores.

3. VOTACIÓN

Con carácter general, el silencio legal respecto de los contenidos de la asamblea se puede explicar en razón a que las funciones de actuación colectiva básicas son atribuidas a los representantes estatutarios, a quienes se les otorga un mandato que no requiere de ratificación o aprobación de parte de la asamblea. En estos términos, la asamblea podrá abordar y discutir cuantos asuntos laborales estime oportunos, pero sobre la base de que la misma no tendrá carácter vinculante. Sólo se prevé algunas excepciones a ese carácter no vinculante y entre ellas la revocación de los representantes¹⁵.

El art. 67.3 ET dispone que dicha revocación será “por mayoría absoluta de éstos (electores), mediante sufragio personal, libre, directo y secreto. Y de nuevo hay que traer a colación otro precepto, el art. 80 ET, que parece complementar el primero: “...se requerirá para la validez.....el voto favorable personal, libre, directo y secreto, incluido el voto por correo, de la mitad más uno de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo”. Decimos, parece completar, por lo del voto por correo, pero sin embargo nos vuelve a plantear la misma duda que en el epígrafe anterior: ¿electores o trabajadores? Y aquí sí que es importante decantarnos por unos u otros.

Los electores que pueden revocar el mandato son los que en el momento de la elección optaron y decidieron a quien otorgaban su voto para elegir a su representante. Art. 67.3 ET

Los trabajadores son todos los que en el momento de la celebración de la asamblea *ad hoc*, conforman la empresa.

¹⁵ Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho.....* op. cit . Pág. 496.

Unos y otros no tienen por qué coincidir. Pues entre el acto de elección del representante y el de la convocatoria de la asamblea para la revocación, siempre media algún tiempo, o al menos así debería ser, pues si no conocemos la actuación del representante, si no le damos tiempo para que ejerza como tal, con qué argumento se podría plantear revocarlo. Y mediando tiempo entre un acto y otro, la plantilla de una empresa o centro de trabajo puede modificarse.

Y este es el caso que encontramos en la sentencia¹⁶. Existe una variación en el número de trabajadores que conforman la plantilla en el momento de la celebración de la asamblea -16- respecto del número de trabajadores que había en el momento de las elecciones a representante de los trabajadores -18-. Lo que nos lleva a plantearnos qué número de votos harían falta para tener la mayoría y llevar a cabo la revocación pretendida.

Si nos atenemos al art. 67.3 ET –electores-, fueron dieciocho los que en el momento de la celebración de las elecciones pudieron ejercer su derecho al voto, y de esos dieciocho sólo quince, porque la empresa había despedido a tres, tenían la facultad de revocación. Por tanto mayoría era de ocho votos. Por el contrario, si tomamos en consideración, tal como establece la sentencia¹⁷ : “se celebró la asamblea el 29 de marzo de 2010, haciendo constar una plantilla de dieciséis trabajadores”, la mayoría requerida sería de nueve votos a favor.

El resultado que arrojó la asamblea fue de nueve votos a favor de la revocación, cuatro en contra y tres en blanco. Total dieciséis votantes. Mayoría y se revoca al delegado de personal D. N. Pero no podían votar dieciséis, sino quince que eran los que en su día fueron electores. Entendemos que la votación fue no válida.

La sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao¹⁸ confirma la revocación.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco¹⁹ anula la revocación argumentando que había existido revocación del delegado de personal mediante la manipulación del sistema de mayorías, como resulta del despido de tres trabajadores en las fechas anteriormente señaladas –desde la convocatoria de la asamblea hasta la celebración de la misma-²⁰, despidos que son reconocidos como improcedentes por la empresa.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de abril de 2012.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de abril de 2012.

¹⁸ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, de 22 de julio de 2010.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2010.

²⁰ “El trabajador Sr. C. fue despedido mediante carta de fecha 15 de marzo de 2010 por supuestos incumplimientos contractuales, la empresa en dicha carta reconoció la improcedencia del despido, este no impugnó judicialmente tal decisión. La trabajadora D^a. A. fue despedida mediante despido objetivo con fecha 25 de febrero de 2010 y efectos al 25 de marzo de 2010. Empresa y trabajadora llegaron a acuerdo conciliatorio extrajudicial reconociendo improcedencia. Asimismo fue despedida por causas objetivas la Sra. F. con la misma fecha y efectos llegando al mismo acuerdo conciliatorio extrajudicial en la misma fecha”. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de abril de 2012.

En conclusión, teniendo en consideración que la votación de la asamblea debió darse por no válida al existir un trabajador de más que no había sido elector, en la sentencia no se llega exactamente a esta conclusión, pero sí que se detalla cada uno de los despidos con el fin de demostrar que efectivamente la intención de la empresa era disminuir el número de trabajadores con respecto a los que habían votado a D. N. para poder obtener mayoría de los votos a favor y por ende, llevarse a cabo la revocación del mandato representativo del delegado de personal.

Aunque se desestiman los recursos de casación para la unificación de doctrina, en la sentencia²¹ que hemos comentado, sí al menos, la magistrada hace el esfuerzo de dejar señaladas las coincidencias y las contradicciones, tanto de la sentencia recurrida como de la de contraste y no limitándose a establecer, como en muchas ocasiones nos encontramos, que no se dan los requisitos que señala el art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.²²

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 3 de abril de 2012.

²² Ahora, art. 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

EL DERECHO A VACACIONES Y LA INCAPACIDAD TEMPORAL SOBREVENIDA DURANTE SU DISFRUTE

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social, de 3 de octubre de 2012

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ*

SUPUESTO DE HECHO: El convenio colectivo de Grandes Almacenes 2009-2012, suscrito el 5 de Agosto de 2009 por ANGED (Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución) y los sindicatos FASGA (Federación de Asociaciones Sindicales) y FETICO (Federación de Trabajadores Independientes de Comercio), recoge en su artículo 37.5 sobre vacaciones anuales, que *“Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato previsto en el artículo 48.4 del ET, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal al finalizar el periodo de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan”*.

En la aplicación de dicho artículo convencional, viene siendo una práctica empresarial por parte de las empresas del sector la de considerar que los trabajadores que se encuentren previamente a la iniciación del disfrute del periodo de vacaciones inicialmente fijado, en situación incapacidad temporal, no tienen derecho al disfrute del periodo de vacaciones en un periodo posterior al término de la IT aunque haya terminado el año natural al que corresponda cuando se disfrutan, salvo que se trate de las situaciones expresamente contempladas en el apartado 5º del referido art. 37 del convenio colectivo. Es decir, entienden que sólo son los supuestos de IT derivada de embarazo, parto o lactancia natural iniciados antes del disfrute del periodo de vacaciones previamente fijadas los que permiten que se pueda disfrutar de vacaciones, aunque haya terminado el año natural al que correspondan. Por su parte, los sindicatos –tanto firmantes del convenio como otros con implantación en el sector- consideran que un periodo vacacional frustrado por la incidencia de una incapacidad temporal surgido antes del periodo vacacional pactado, (y el sindicato UGT incluso en el supuesto de que ya se hayan iniciado las vacaciones) determina la suspensión de éstas con independencia de la causa que origine la situación de incapacidad temporal.

RESUMEN: Los sindicatos firmantes del convenio colectivo de grandes

* Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

almacenes 2009-2012 (FAGSA y FETICO), la Federación estatal de trabajadores, comercio, hostelería, turismo y juego de UGT, y la Federación del comercio hostelería y turismo de CC.OO interpusieron demandas de conflicto colectivo frente a la asociación empresarial firmante del convenio colectivo (ANGED), ante la Audiencia Nacional, solicitando se dictara sentencia por la que se declarara que: los trabajadores que con anterioridad al inicio de periodo vacacional previamente fijado, comiencen una situación de incapacidad temporal que, con independencia de la causa que los origine, se solape o coincida con todo o parte del periodo de vacaciones fijado, tendrán el derecho al disfrute del periodo frustrado de vacaciones en otro momento, una vez finalice la situación de incapacidad temporal; y que el anterior derecho corresponderá aun finalizado el año natural al que se corresponden las vacaciones. Además, la pretensión del sindicato UGT precisaba que el derecho a disfrutar del periodo vacacional íntegro lo fuera “ con independencia de que éste coincida en todo o en parte con un proceso de incapacidad temporal y de que esta incapacidad temporal se produzca previamente al disfrute o una vez iniciado el mismo”. Dichas demandas –acumuladas- son estimadas por la Audiencia Nacional mediante Sentencia de 23 de noviembre de 2009, por la que se declara el derecho de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes a disfrutar íntegras sus vacaciones si habiéndose prefijado éstas incidiera un proceso de incapacidad temporal al margen de la contingencia que lo cause y a interrumpir el periodo vacacional para el disfrute del periodo no completo si la incidencia del proceso de incapacidad temporal aconteciera durante el periodo de su disfrute, manteniéndose tal derecho aun finalizando el año temporal al que corresponden las vacaciones.

La asociación empresarial ANGED presenta recurso casación que es desestimado mediante la Sentencia de 3 de octubre de 2012 (recurso de casación 249/2009), dictada por la Sala de lo Social constituida en Sala General, habiendo sido ponente de la misma la Magistrada Excm. Sra. Lourdes Arastey Sahún. Antes de dictar sentencia, el alto Tribunal formuló mediante Auto de 26 de enero de 2011 cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), mediante la que se preguntaba si el art. 7.1 de la Directiva 2003/88 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se opone 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. Mediante sentencia de 21 de junio de 2012 (TJCE 2012, 154) el TJUE se pronuncia en sentido afirmativo a la cuestión planteada, y declara que sí se opone.

ÍNDICE:

1. LA SINGULARIDAD DEL MOMENTO: LA SITUACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL ACTUAL EN MATERIA DE VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL
2. LA NOVEDOSA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y SENTENCIA DEL TJUE DE 21 DE JUNIO DE 2012 EN MATERIA DE VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL
3. ARGUMENTOS PARA EL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN DEL PERIODO DE DISFRUTE DE LAS VACACIONES POR INCAPACIDAD TEMPORAL SOBREVENIDA. ALCANCE DE LA STS DE 3 DE OCTUBRE 2012
4. LA NUEVA PREVISIÓN LEGAL SOBRE VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL EN LA REFORMA DEL ARTÍCULO 38 ET POR LA LEY 3/2012. INTERPRETACIÓN

1. LA SINGULARIDAD DEL MOMENTO: LA SITUACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL ACTUAL EN MATERIA DE VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL

Una de las primeras cuestiones que llama la atención del supuesto que aborda la sentencia objeto de análisis -el del derecho a disfrute de vacaciones en un momento posterior por sobrevenir una situación de incapacidad temporal iniciado ya el descanso vacacional- es la secuencia temporal en los acontecimientos jurisprudenciales y normativos en la materia, que seguirían este orden:

1) Interposición de la cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo ante el TJUE (Auto de 26 de enero de 2011).

2) Promulgación del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que reforma el art. 38.3 del Estatuto de los Trabajadores¹ (en adelante ET), confirmado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, sobre coincidencia del disfrute de vacaciones con situaciones de incapacidad temporal de los trabajadores en supuestos diferentes a embarazo, parto, lactancia natural o suspensiones del contrato por maternidad o paternidad, y el derecho a disfrutar de las vacaciones en fecha distinta, incluso fuera del año natural que las genera, pero no más allá de dieciocho meses desde la finalización de dicho año. El precepto no distingue si la coincidencia entre ambas situaciones debe ser por incapacidad temporal acaecida antes del periodo pactado de disfrute de vacaciones o durante el mismo.

3) Sentencia del TJUE de fecha 21 de junio de 2012, asunto ANGED, que reconoce el derecho a interrupción del periodo del disfrute de vacaciones cuando durante el mismo sobreviene una incapacidad temporal de los trabajadores con independencia de cuál sea el origen de dicha incapacidad temporal, y derecho a reanudar el periodo de vacaciones no disfrutado en un momento posterior a la finalización de dicha incapacidad temporal.

4) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2012, que resuelve el asunto planteado conforme a la jurisprudencia comunitaria, reconociendo de forma novedosa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo el derecho al

¹ Aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

disfrute de vacaciones en un momento posterior aunque la incapacidad temporal se produzca durante el disfrute de éstas.

De entrada, se parte del hecho de que el asunto enjuiciado y la sentencia que lo resuelve se refieren a hechos anteriores a la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012, estando vigente otro contenido del art. 38.3 ET, en su versión dada al mímimo por la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y que sólo contemplaba el derecho a disfrutar del periodo de vacaciones en un momento posterior cuando la incapacidad temporal estaba originada por parto, embarazo o lactancia natural o se tratara del supuesto de suspensión del contrato por maternidad conforme al art. 48.4 ET. Pero también se debe tener en cuenta que siendo éste el anterior contenido del art. 38.3 ET, la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta ese momento y siguiendo la interpretación del TJUE en la materia², reconocía también ese mismo derecho a disfrute posterior de las vacaciones cuando la incapacidad temporal se debía a enfermedad común o profesional y accidente de trabajo, siempre que la misma surgiera con anterioridad al inicio del periodo pactado de disfrute de vacaciones³. Esta misma doctrina reconocía el derecho de disfrute posterior de las vacaciones aunque el mismo se tuviera que llevar a cabo fuera del año natural de referencia⁴. La evolución jurisprudencial en la materia tanto del Tribunal Supremo como del TJUE ha sido objeto de análisis detenido por la doctrina, a los que nos remitimos⁵

² STJUE de 20 de enero de 2009, Schultz-Hoff y otros (C-350/06 y C-520/06), y STJUE de 10 de septiembre de 2009, Vicente Pereda (C-277/08), en las que se declara que el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones en otro periodo que no coincida con su baja por enfermedad, cuando no hubiera podido disfrutarlas durante ésta.

³ Según el TS, “...la situación de incapacidad temporal, que surge con anterioridad al periodo vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, no puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa”, STS de 24 de junio de 2009, RJ 2009/4286, dictada por el Pleno de la Sala cuarta y reiterada en las STS de 18 de enero, RJ 2010/3098; 21 de enero, RJ 2010/3116; 4 de febrero, RJ 2010/645; 8 de febrero (RJ 2010/2320); y 11 de febrero de 2010, RJ 2010/2321.

⁴ Ya la STJCE de 6 de abril de 2006, asunto *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, reconocía la existencia del derecho a disfrutar vacaciones en el año posterior al de su devengo, que es posteriormente acogido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para las situaciones de incapacidad temporal por motivos diferentes relacionados con la maternidad, sentencias de 24 de junio de 2009, RJ 2009/4286, y de 25 de mayo de 2011, RJ 2011/5101.

⁵ Vid. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencia del TJUE, Relaciones Laborales 13/2012. Velasco Portero, M. T., “El derecho a vacaciones y las bajas por incapacidad laboral del trabajador”, Actualidad Laboral 1/2010. Fita Ortega, F., “Las consecuencias de la superposición de la situación de incapacidad temporal sobre el periodo acordado para el disfrute de las vacaciones anuales”, Actualidad Laboral 13/2010. Rodríguez Cardo, I. A., “Vacaciones e incapacidad temporal: el efecto directo como límite a la aplicación de la jurisprudencia del TJUE”, Actualidad Laboral 11/2012. Castro Conde, M., “Vacaciones e incapacidad temporal. Situación actual”, Aranzadi Social 20/2011, entre otros.

De manera que éste era el estado de la cuestión cuando se reforma en febrero de 2012 el art. 38.3 ET y también cuando se dicta la sentencia comentada del TS de 3 de octubre de 2012 pues se refería a hechos anteriores a la reforma citada.

El *impasse* entre el art. 38.3 ET y el nuevo estado de la materia en sede judicial se produce cuando el nuevo contenido del precepto incorpora los supuestos de incapacidad temporal por enfermedad común o profesional y accidente de trabajo como situaciones que originan también el derecho a disfrutar del periodo de vacaciones con posterioridad en caso de coincidencia con vacaciones, sin distinguir si la incapacidad temporal debía estar iniciada antes del periodo de vacaciones o también una vez iniciado éste⁶, en tanto que un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo en la materia –objeto de este comentario– especifica el derecho a vacaciones aclarando que el mismo alcanza también a aquellas situaciones en las que la incapacidad temporal se inicia durante el disfrute del periodo de vacaciones.

Se plantea, pues, con ocasión del comentario de esta sentencia, la cuestión del alcance que puede tener este nuevo pronunciamiento judicial sobre la interpretación del actual art. 38.3 ET. El análisis de la sentencia comentada, que abordamos a continuación, parte pues de la singularidad del momento en el que se produce la misma, lo que permite también analizar siquiera sea sintéticamente la incidencia o alcance que esta nueva sentencia del Tribunal Supremo puede tener en la interpretación del nuevo contenido del art. 38.3 ET.

2. LA NOVEDOSA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y SENTENCIA DEL TJUE DE 21 DE JUNIO DE 2012 EN MATERIA DE VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL

¿El art. 7.º 1, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se opone a una interpretación de la normativa nacional que no permita interrumpir el período vacacional para el disfrute, en un momento posterior, del período completo -o que reste-, si la incidencia de un proceso de incapacidad temporal aconteciera de forma sobrevinida durante el período de su disfrute?

⁶ El último párrafo del nuevo art. 38.3 ET establece que: *En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior (incapacidad temporal derivada de parto, embarazo o lactancia natural y suspensión del contrato por maternidad y paternidad) que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.*

En estos términos plantea el Tribunal Supremo la cuestión prejudicial al TJUE, mediante Auto de 26 de enero de 2011, RJ 2011/3410, que da lugar a la sentencia europea de 21 de junio de 2012, asunto ANGED C-78/11. De la larga evolución jurisprudencial, tanto nacional como europea, en materia de derecho al disfrute de vacaciones en supuestos de incapacidad temporal del trabajador, hasta el momento presente la cuestión planteada no había sido objeto de asunto principal a examinar por el Tribunal Supremo; sí lo habían sido el derecho a disfrute de vacaciones cuando la ausencia de la trabajadora se debía a maternidad o a incapacidad derivada de parto, maternidad o lactancia natural, situaciones ya incorporadas al art. 38.3 ET por obra de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; también habían sido objeto principal de examen judicial los supuestos de incapacidad temporal por enfermedad común o profesional y accidente de trabajo iniciados antes del periodo pactado de disfrute de vacaciones⁷.

Pero en este último supuesto, el Tribunal Supremo, a mayor abundamiento y como refuerzo del argumento a favor de extender a las situaciones de baja por enfermedad común la doctrina sentada para supuesto de maternidad añadía que *“es conveniente señalar, al respecto, que tiene que ser distinto el tratamiento que merece la incapacidad temporal que surge durante el disfrute de la vacación, pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador”* (sentencia de 24 de junio de 2009). Al respecto, la STS que aquí se comenta, de 3 de octubre de 2012, considera *que se trataba de una referencia que ha de entenderse hecha obiter dicta, por cuanto el caso resuelto entonces coincidía con el de quien había sido objeto de una baja médica antes de iniciar el periodo de disfrute de vacaciones*. De ahí que la propia Sala reconozca que debe entrar de lleno en la cuestión de la extensión de la doctrina expuesta también a los casos en que la incapacidad temporal surge una vez se ha comenzado el disfrute de las vacaciones.

Al hacerlo, la Sala no obstante opta por realizar la consulta al TJUE a través de cuestión prejudicial, pese a que parte de que tanto la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el TJUE reconocen finalidades diferentes a la incapacidad temporal y a las vacaciones y que éstas no se conciben sólo por razones de salud y de recuperación laboral, sino que el descanso a través de vacaciones tiene un alcance más amplio, que por tanto justificarían su extensión también a los casos en los que la incapacidad se pro-

⁷ *“... la situación de incapacidad temporal, que surge con anterioridad al período vacacional establecido y que impide disfrutar de este último en la fecha señalada, tampoco puede ni debe erigirse en impedimento que neutralice el derecho al disfrute de dicha vacación anual que todo trabajador ostenta por la prestación de servicios en la empresa”*, según la STS de 24 de junio de 2009, que consolida el criterio que ya mantuvo dicho tribunal en sus sentencias de 10 de noviembre de 2005, y de 21 de marzo de 2006.

duce iniciado ya el periodo de vacaciones. La justificación para llevar a cabo la cuestión prejudicial, la hace la Sala en base a *la posibilidad de que el matiz del momento de inicio de la IT -antes o después del comienzo del disfrute de las vacaciones- pudiera tener relevancia en el alcance de la supremacía del derecho a las mismas.*

Por su parte, el TJUE al pronunciarse sobre la citada cuestión prejudicial en su sentencia de 21 de junio de 2012, asunto ANGED, C-78/11, lo hace en base a su reiterada jurisprudencia en la materia y, por tanto, aplicando los mismos argumentos que ya venían utilizando con anterioridad en sentencias precedentes al interpretar el art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, que sintetiza en los siguientes: 1) El derecho de los trabajadores al disfrute de vacaciones es un principio del Derecho social de la Unión europea de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones⁸. 2) El derecho a vacaciones anuales retribuidas está también expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6.º TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los Tratados⁹. 3) el derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede ser interpretado de manera restrictiva¹⁰. 4) Diferencia entre la finalidad de las vacaciones que sirven para el descanso y esparcimiento y ocio, en tanto que la finalidad de la incapacidad temporal es la recuperación de la enfermedad¹¹. 5) De la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas, como ya ha declarado en anteriores ocasiones, se deduce el derecho de los trabajadores a tomarlas en fechas distintas a la de la baja por enfermedad¹².

En base, pues, a esta reiterada jurisprudencia, el TJUE reconoce que *carece de pertinencia el momento en que sobreviene dicha incapacidad* (apdo 21). *En efecto, sería aleatorio y contrario a la finalidad del derecho a las vacaciones anuales retribuidas, precisado en el apartado 19 de la presente sentencia, conceder ese derecho al trabajador únicamente a condición de que este último ya se encuentre en situación de incapacidad laboral cuando se inicie el período de vacaciones anuales retribuidas* (apdo 22).

Por consiguiente y en base a lo anterior, el TJUE reconoce expresamente que el trabajador tiene derecho a disfrutar de su vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un período de baja por enfermedad en un período posterior, con independencia del momento en que haya sobrevinido esa incapacidad laboral, concluyendo que la respuesta a la cuestión planteada sobre el artículo

⁸ STJUE de 22 de noviembre, asunto KHS, C-214/10.

⁹ STJUE 3 de mayo de 2012, asunto Neidel, C-337/10, y la citada en la nota anterior.

¹⁰ STJUE de 22 de abril de 2010, asunto Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, C-486/08.

¹¹ STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto Vicente Pereda, C-277/08.

¹² *Ibidem.*

7.º, apartado 1, de la Directiva 2003/88 es la de que se oponen a disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevenida durante el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el período de incapacidad laboral.

Es, por tanto, la perspectiva teleológica de la institución de las vacaciones la que prevalece a favor de una interpretación no restrictiva del disfrute real del derecho. Esto es, la institución deja de analizarse desde la tradicional perspectiva como obligación de la empresa, con sus correlativas limitaciones, para enfocarse desde la perspectiva de las vacaciones como derecho del trabajador cuya finalidad no puede verse frustrada por acontecimientos ajenos a la voluntad del propio trabajador, como es su enfermedad, ni permite entenderse cumplida por el hecho de que la incapacidad temporal sea también un período de no prestación de servicios, dada la diferente finalidad y régimen jurídico de ambas instituciones.

La interpretación dada por el TJUE al asunto es acogida por la sentencia del Tribunal Supremo comentada, ya que aunque en principio tal interpretación le vincula en cuanto a la interpretación de las disposiciones comunitarias de que se trate, “corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales decidir si la decisión prejudicial dictada les aclara de manera suficiente o si es necesario volver a someter el asunto al Tribunal de Justicia”¹³. De otro lado, dicha interpretación no agota su virtualidad en el asunto que la ha originado, toda vez que *las afirmaciones del TJCE trascienden del supuesto concreto en cuyo marco se plantea la cuestión prejudicial, pues no hay que olvidar que el mismo no resuelve litigio alguno, sino que como la competencia del Tribunal de Justicia [...] tiene por objeto garantizar la interpretación uniforme, en todos los Estados miembros, de las disposiciones de Derecho comunitario, este Tribunal de Justicia se limita a deducir de su letra y de su espíritu el significado de las normas comunitarias de que se trata*¹⁴.

3. ARGUMENTOS PARA EL DERECHO A LA INTERRUPCIÓN DEL PERÍODO DE DISFRUTE DE LAS VACACIONES POR INCAPACIDAD TEMPORAL SOBREVENIDA. ALCANCE DE LA STS DE 3 DE OCTUBRE 2012

Como se acaba de decir, el Tribunal Supremo acoge la interpretación dada por el TJUE en el sentido de que existe oposición entre el citado art. 7.1 de la

¹³ Pescatore, P., “Las cuestiones prejudiciales. Artículo 177 del Tratado CEE”, en AAVV *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial* (Rodríguez Iglesias, G. C/Liñan Nogueras, D. J., Dirs), Civitas, 1993, p. 568.

¹⁴ STS de 24 de junio de 2009, RJ 2009/4286, con cita de la STJUE de 8 de noviembre de 1990, asunto Gmurzynska-Bscher, apartado 21.

Directiva 2003/88/CE y las disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevinida durante el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el período de incapacidad laboral.

En el asunto examinado por el Tribunal Supremo, el objeto del litigio lo origina el artículo 37.5 del convenio colectivo de grandes almacenes 2009-2012 que se limita a reproducir lo que antes de la reforma laboral de 2012 establecía el artículo 38.3 ET. Ambas disposiciones, convencional y legal, eran aplicadas por las empresas del sector de grandes almacenes de forma exclusiva a las situaciones de incapacidad temporal y maternidad recogidas en dichas disposiciones, por un lado, y siempre que las citadas situaciones de incapacidad temporal se iniciaran con anterioridad al periodo pactado de disfrute de vacaciones, de otro lado.

Respecto de la primera limitación práctica del derecho, la sentencia que se comenta considera que la duda sobre la extensión del derecho a disfrute de vacaciones en caso de incapacidad temporal del trabajador sin distinción del motivo que origina la incapacidad, quedó resuelta con la sentencia del TJUE de 20 de enero de 2009, asunto Schultz-Hoff y otros (C-350/06 y C-520/06), recepcionada posteriormente por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 24 de junio de 2009 y posteriores y que, por tanto, la sentencia objeto de comentario confirma tal doctrina también para el caso enjuiciado.

Es la segunda limitación práctica del derecho a disfrute de vacaciones, que da lugar a la cuestión prejudicial, consistente en la exigencia de que la incapacidad temporal se inicie antes de la fecha del periodo pactado de vacaciones, la que es objeto de un mayor análisis por la sentencia, pues según ésta es una cuestión que no quedó resuelta por la sentencia del mismo tribunal de 24 de septiembre de 2009. Los argumentos dados por la sentencia que se comenta, para entender que el derecho al disfrute de vacaciones en un momento posterior a la incapacidad temporal no está condicionado a que ésta se produzca con anterioridad al inicio del periodo pactado de vacaciones, no se basan exclusivamente en la interpretación dada a la cuestión por el TJUE, *vista supra*, sino que aporta razonamientos propios basados en argumentos que sin ser totalmente nuevos, vienen a reforzar la decisión adoptada. Dichos argumentos se pueden sintetizar así:

- 1) La finalidad de la institución del derecho a disfrute de vacaciones es propia y diferenciada de la que persigue la institución de la incapacidad temporal. Con cita de la jurisprudencia constitucional en la materia, la sentencia comentada recuerda que siendo un mecanismo de garantía de la salud y de seguridad del trabajador la razón última

del mantenimiento del derecho al disfrute de vacaciones¹⁵, reducir su sentido a la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral supone reducir a la persona del trabajador a un mero factor de producción y, negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente¹⁶. Las vacaciones también posibilitan la conciliación de la vida personal con la laboral, el acceso a la cultura de los trabajadores, el esparcimiento y el ocio, las relaciones sociales y el necesario ejercicio físico reparador¹⁷. Por tanto, tal finalidad difiere de la correspondiente a causar baja por enfermedad¹⁸.

- 2) El diferente régimen jurídico de la incapacidad temporal y las vacaciones, ya que mientras aquélla es causa de suspensión del contrato y, por ello, de ambas contraprestaciones básicas -pago del salario y prestación de servicios-, el disfrute de las vacaciones mantiene viva la relación, sin suspensión y con el único efecto de la interrupción de una sola de las obligaciones -la prestación de servicios-. En todo caso, la suspensión del contrato y, por tanto, el efecto sobre éste ha de ser el mismo esté o no en el disfrute de las vacaciones. De otro modo, resultaría que se computan como vacaciones unos días en que el contrato de trabajo estuvo suspendido por la situación de baja médica¹⁹.
- 3) La ausencia de previsión normativa sobre la cuestión que, “en nuestro caso nada establece sobre el modo en que habrá de resolverse el conflicto entre IT y vacaciones”²⁰. Con base en la jurisprudencia comunitaria se recuerda que, si bien ésta reconoce que las disposiciones nacionales pueden establecer las condiciones del disfrute del derecho a vacaciones, no obstante no pueden enervar aquel derecho. Por otro lado, se trae a colación el art. 6.2 del Convenio 132 OIT y los distintos comentarios por parte de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones²¹, en

¹⁵ STC 324/2006.

¹⁶ STC 192/2003.

¹⁷ STS de 24 de junio de 2009, RJ 2009/4286, que añade que “el pleno disfrute del derecho a las vacaciones únicamente puede conseguirse cuando el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso del mismo, de forma que no cabe entender que un trabajador en situación de IT pueda disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones”.

¹⁸ STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto Vicente Pereda C-277/08.

¹⁹ Con cita de la STJUE de 20 enero de 2009, Schultz-Hoff, según la cual un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho.

²⁰ La referencia se entiende hecha al art. 38.3 ET antes de su reforma en 2012.

²¹ Sobre estos comentarios y el origen de la confusión en torno a la interpretación del Convenio 132 OIT, vid. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Incapacidad temporal y derecho a vacaciones (I)”, Relaciones Laborales 7/2009.

relación a España, país al que se le pide que indique “las medidas tomadas o previstas para establecer con claridad las condiciones en las que los períodos de incapacidad de trabajo no son contabilizados en las vacaciones pagadas anuales mínimas en vigor en el sector privado”.

Tanto el primero como el tercer argumento expuestos se encontraban ya en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2009, con la diferencia en que en ésta sirven de base para reconocer el derecho a disfrutar las vacaciones pactadas en un momento posterior a la misma, incluso fuera del año natural, en caso de incapacidad temporal iniciada antes del disfrute de las vacaciones. En cambio, el Alto Tribunal señaló, *obiter dicta*, que si la incapacidad temporal surgía durante el disfrute de las vacaciones merecía un tratamiento diferente –sin especificarse cuál– “pues es un riesgo que, en tal situación, ha de asumir el propio trabajador”, lo que parece indicar que en este caso el trabajador perdía el derecho a vacaciones.

Desde esta perspectiva que consideraba la incapacidad temporal sobrevinida durante el disfrute de las vacaciones como un riesgo del trabajador, adquiere protagonismo el segundo argumento dado por la sentencia que se comenta, esto es, el que diferencia la diferente naturaleza jurídica y fundamento de cada una de las dos instituciones. En efecto, si anteriormente el Tribunal Supremo consideraba como un riesgo que debía asumir el trabajador si estando de vacaciones causaba una incapacidad temporal –que conlleva la pérdida total o parcial de vacaciones– significa que se seguía valorando la institución de las vacaciones desde su perspectiva como obligación de la empresa, de manera que si las vacaciones ya se habían iniciado, la empresa ya había cumplido con su obligación –que en este caso seguiría siendo una obligación de medio y no de resultado como anteriormente sostenía el Tribunal Supremo²²-. Esto supone no diferenciar la diferente naturaleza y régimen jurídico de ambas instituciones, que es precisamente el nuevo argumento aportado ahora por el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta. La incapacidad temporal suspende el contrato, y suspende tanto la obligación de trabajar como el derecho a descansar, pero ello en principio no conlleva que tras un periodo de enfermedad el trabajador tenga derecho a disfrutar de los descansos semanales o festivos habidos durante la incapacidad temporal; en cambio, sí debe suponer la interrupción del cómputo de las vacaciones por el propio y diferenciado fundamento de esta institución, que no se concibe como descanso físico –de hecho se puede trabajar durante las vacaciones– sino como un tiempo de absoluta libertad para

²² En este sentido la STS de 3 de octubre de 2007. Un interesante comentario sobre la misma puede verse en Cuenca Alarcón, M., “Vacaciones e incapacidad temporal: ¿pérdida, coordinación o compensación de derechos sociales? Comentario a la STS 4ª de 3 de octubre de 2007”, Relaciones Laborales 7/2008.

el individuo en relación con su trabajo, lo que sin duda no ocurre en situaciones de incapacidad temporal²³.

Otra consecuencia de la diferencia jurídica entre la institución de las vacaciones y la incapacidad temporal, que lleva a sostener la interrupción de las vacaciones y su disfrute posterior, si durante las mismas el trabajador causa una incapacidad temporal, es la relacionada con la retribución del trabajador²⁴. A estos efectos, si se entiende que en esta situación el trabajador no tiene derecho al disfrute de las vacaciones en un momento posterior a la finalización de la incapacidad temporal, durante el tiempo de coincidencia de la enfermedad y las vacaciones se aplicarían las reglas previstas por el ordenamiento para las situaciones de incapacidad temporal, esto es, el percibo de la prestación económica sustitutiva de la retribución –siempre que el trabajador cumpla los requisitos para causar derecho a esta prestación, pudiendo ser ésta además de menor cantidad que la retribución- y que supondría un ahorro indebido de salarios para la empresa, o enriquecimiento sin causa, pues la prestación económica por incapacidad temporal se hace a cargo de la Seguridad Social o, en su caso, de la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales –pues nada obsta a que la incapacidad sobrevinida durante el disfrute de vacaciones esté originada por una enfermedad profesional-.

En definitiva, de no reconocerse el derecho a la interrupción de las vacaciones en estos casos, se estaría produciendo un tratamiento diferenciado no justificado en función del momento en el que se inicia la incapacidad temporal en relación con el periodo de disfrute de las vacaciones. Podría pensarse que la razón para diferenciar el derecho a disfrute de vacaciones en función del momento en que se producía la incapacidad temporal estribaba en la posibilidad de fraude por parte del trabajador que simulando una enfermedad ampliara con ello el periodo vacacional.

La posibilidad de fraude como motivo para negar la interrupción de las vacaciones se hace visible en la propia sentencia que se comenta. En efecto, en su fundamento de derecho séptimo, comienza afirmando el Alto Tribunal que la única razón válida para aceptar tal distinción de tratamiento *sólo hallaría justificación en aquellos supuestos en que la baja no fuera ajustada a derecho y, en suma, aparecieran indicios o sospecha de fraude (por ejemplo, cuando el periodo de vacaciones hubiera sido elegido por el propio trabajador a sa-*

²³ En este sentido, Charro Baena, P., *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral. Origen y evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993. pp 558, con cita de Tarabini-Castellani para quien el fundamento de las vacaciones es la misma sociedad montada sobre el trabajo, productora de los efectos de alienación que pretende compensarse por medio de las vacaciones.

²⁴ Reflexión puesta de manifiesto por Cuenca Alarcón, M., “Vacaciones e incapacidad temporal: ¿pérdida, coordinación o compensación de derechos sociales? Comentario a la STS 4ª de 3 de octubre de 2007”, cit.

biendas de que en tales fechas iba a situarse en IT por tener programada alguna intervención de sanitaria)²⁵. Afirmación que seguidamente se matiza en el sentido de que “la solución a alcanzar en esta cuestión debe ser ajena a los problemas que pueda plantear el control de la incapacidad temporal en el terreno prestacional”. De esta manera, se pone de manifiesto que el fraude no es amparable, pero su existencia y el problema de su control no deben permitir el manteniendo de un tratamiento diferenciado del derecho a vacaciones en función del momento en que se produce la incapacidad temporal del trabajador.

4. LA NUEVA PREVISIÓN LEGAL SOBRE VACACIONES E INCAPACIDAD TEMPORAL EN LA REFORMA DEL ARTÍCULO 38 ET POR LA LEY 3/2012. INTERPRETACIÓN

Como decíamos al inicio de este trabajo, la reforma del art. 38.3 ET en 2012 plantea la cuestión del alcance que puede tener este nuevo pronunciamiento judicial que comentamos sobre la interpretación del nuevo contenido del precepto citado. Y ello porque la nueva redacción de éste, aun suponiendo un avance que incorpora la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la jurisprudencia del TJUE sobre el derecho al disfrute de vacaciones en situaciones de incapacidad temporal cualquiera que sea su causa²⁶, no obstante “la nueva regulación legal no aclara de modo explícita si el derecho a un nuevo periodo de vacaciones en fechas alternativas debe reconocerse también cuando la incapacidad temporal que impide su goce efectivo se inicia justamente durante el descanso vacacional”²⁷.

En efecto, según el nuevo párrafo final del art. 38.3 ET, *En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final*

²⁵ Con cita de la STJUE de 20 de enero de 2009, asunto Schultz-Hoff, que hace referencia a “la situación de baja por enfermedad debidamente prescrita”.

²⁶ Lo que ha sido acogido favorablemente por la doctrina. En este sentido, Álvarez Alonso, D., “Conciliación de la vida laboral y familiar y reglas sobre vacaciones”, en AAVV *Comentario a la reforma laboral de 2012* (Montoya Melgar, A./García Murcia, J., Dirs.), Civitas, 2012, p. 200. Herraiz Martínez, M. S., “El Real Decreto-Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar”, en AAVV *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RD Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* (García-Perrote Escartín, I/ Mercader Uguina, J.R. Dirs.), Lex Nova, 2012, pp. 284 y ss.

²⁷ Álvarez Alonso, D., “Conciliación de la vida laboral y familiar y reglas sobre vacaciones”, cit, p. 202.

del año en que se hayan originado. Como se observa, el supuesto contemplado es la coincidencia entre el periodo de vacaciones y una incapacidad temporal originada por motivos distintos a los de embarazo, parto, lactancia natural, o suspensión del contrato por maternidad o paternidad –siendo éste último supuesto de nueva incorporación al precepto-, sin más distinciones.

Pese a que la doctrina se plantea dudas acerca de si el precepto engloba también los casos de incapacidad temporal iniciada durante el disfrute de vacaciones²⁸, o incluso quienes no comparten tal interpretación²⁹, se puede observar que en el supuesto objeto de análisis se dan los elementos necesarios contemplados en el precepto, esto es, incapacidad temporal/coincidencia con el periodo de vacaciones/imposibilidad de disfrute total o parcial de las vacaciones. Estos elementos tanto pueden concurrir cuando la incapacidad temporal es previa al inicio del disfrute de vacaciones como cuando se produce durante el disfrute mismo de las vacaciones.

En todo caso, la sentencia del Tribunal Supremo que analizamos y la STJUE de 20 de junio de 2012, cuya interpretación aplica nuestro Alto Tribunal, no dejan lugar a dudas: la diferencia de tratamiento del derecho a disfrute de vacaciones en función del momento en que se produce la incapacidad temporal coincidente no está justificado. Bien es cierto que los citados son pronunciamientos que se refieren a la interpretación de la normativa anterior a la reforma de 2012, que nada contemplaba sobre coincidencia de incapacidad temporal y vacaciones, salvo para los supuestos relacionados con la maternidad. Al contemplarse ya en el nuevo texto del art. 38.3 ET el supuesto de coincidencia, junto a la posibilidad de que las legislaciones nacionales puedan condicionar el ejercicio del disfrute de vacaciones según el TJUE y el Convenio 132 OIT, se podría pensar que la nueva sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2012 y la doctrina del TJUE que contiene, no es aplicable a partir de la entrada en vigor del texto reformado del art. 38.3 ET.

²⁸ *Ibidem*, p. 203. También Sánchez Trigueros, C. y Fernández Orrico, F. J., “Conciliación de la vida familiar y laboral, apoyo al autoempleo y otras medidas”, en AAVV *La reforma laboral de 2012. Análisis del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo* (Cavas Martínez, F., Coord.), Ediciones Laborum, 2012, pp. 293 y ss. “El ET fija la garantía de referencia para los casos en que el periodo de vacaciones coincida con una de las reseñadas situaciones, con lo que deja abierta a que se interprete la locución en los casos en que la vacación ya ha comenzado y lo que sucede es que sobreviene una de las causas suspensivas examinadas; el tema de todos modos, no es pacífico y está pendiente de que el Tribunal Supremo fije su posición”, pp. 311 y 312.

²⁹ Herraiz Martínez, M. S., “El Real Decreto-Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar”, cit., p. 286, por considerar que la jurisprudencia comunitaria sólo se refiere al supuesto de que el trabajador no haya tenido efectivamente posibilidad de ejercitar el derecho a vacaciones y en el caso de que la enfermedad sobreviene al trabajador una vez comenzado el disfrute de sus vacaciones, éste ya tuvo posibilidad de ejercer su derecho.

Sin embargo, entendemos que el alcance de la citada sentencia tiene plena eficacia en la interpretación del supuesto en cuestión en relación con el nuevo contenido del precepto estatutario referido, por las siguientes razones:

- El propio TJUE ha declarado que los condicionantes de las legislaciones nacionales no pueden enervar el derecho al disfrute de las vacaciones, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes únicamente puede efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia Directiva 2003/88 (STJUE de 20 de enero de 2009, asunto Schultf-Hoff, entre otras).
- La citada Directiva 2003/88/CE ha sido reiteradamente interpretada por el TJUE, siendo la sentencia de 21 de junio de 2012, asunto ANGED, la que interpreta que se oponen al art. 7.1 de la citada Directiva las disposiciones nacionales que establezcan que un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral sobrevinida durante el período de vacaciones anuales retribuidas no tiene derecho a disfrutar posteriormente de las vacaciones anuales coincidentes con el período de incapacidad laboral, entre otras razones porque el derecho a vacaciones anuales retribuidas no puede ser interpretado de manera restrictiva³⁰.
- Aunque el artículo 6.2 del Convenio 132 OIT parte de que los periodos de incapacidad temporal no podrán ser contados como parte de las vacaciones anuales pagadas, conforme a las condiciones que en cada país se determinen, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha indicado a España en reiteradas ocasiones que dichas condiciones deben ser enunciadas con claridad.
- De lo anterior se deduce que para entender que la situación de incapacidad producida durante el disfrute de vacaciones sí computan como vacaciones, el artículo 38.3 ET debería indicarlo expresamente, y no lo hace. Se podría sostener, pues, el efecto directo de la Directiva 2003/88/CE y de la misma sentencia TJUE de 21 de junio de 2012.
- El único condicionante expreso que contempla el artículo 38.3 ET respecto a la coincidencia de incapacidad temporal y periodo de vacaciones, y sólo para casos diferentes a los de embarazo, parto,

³⁰ Para Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Derecho a vacaciones y baja del trabajador en la reciente jurisprudencia del TJUE”, cit., la sentencia (TJUE 21 de junio de 2012) puede tener escaso efecto práctico para el futuro, puesto que la reforma del art. 38.3 en la disposición final primera del Real Decreto Ley 3/2012, ha extendido a todos los supuestos de incapacidad temporal del derecho el derecho al disfrute de las vacaciones no gozadas en el momento oportuno.

lactancia natural, maternidad o paternidad, es el de la limitación temporal del disfrute pospuesto de vacaciones que habrá de tener lugar como máximo dentro de los dieciocho meses siguientes a la finalización del año en que se hayan originado las vacaciones³¹, límite máximo coherente con la salvaguarda de la finalidad propia de las vacaciones que se inspira en la propia jurisprudencia europea³².

Podemos concluir afirmando que actualmente no cabe duda de que la incapacidad temporal por enfermedad común o profesional producida durante el periodo de disfrute de las vacaciones interrumpe las vacaciones y que el tiempo que reste de dicho periodo de vacaciones –sea parcial o total- se podrá disfrutar finalizada la incapacidad temporal, ya se produzca esta finalización dentro del año natural al que corresponden las vacaciones o con posterioridad, debiendo hacerse efectiva en este último caso dentro de los dieciocho meses siguientes a contar desde el final del año en que se hayan originado.

³¹ Para Sempere Navarro, A. V., y Martín Jiménez, R., *Claves de la reforma laboral de 2012 (Estudio del RDley 3/2012, de 10 de febrero)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 245: “Se trata de una regla que pretende modalizar y encauzar la doctrina del TJUE (...) expansiva del derecho a la salud de los trabajadores, a términos más razonables”.

³² Álvarez Alonso, D., “Conciliación de la vida laboral y familiar y reglas sobre vacaciones”, cit., p. 201.

LA PROFESIÓN HABITUAL DE ALCALDE A EFECTOS DE DETERMINAR LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL

*Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 2696/2012,
Sala de lo Social, de 22 de marzo de 2012*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS*
NIEVES RICO BUENO*

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de determinar qué actividad ha de ser tenida en cuenta como profesión habitual a efectos de una declaración de incapacidad permanente total, cuando dicha actividad más prolongada en el tiempo es de naturaleza política o política - representativa.

RESUMEN: Se trata de un trabajador peón que, durante un periodo de cinco años de su vida laboral, ejerció el cargo de teniente alcalde y alcalde, respectivamente, encuadrándose en la Seguridad Social en el grupo de cotización como jefe administrativo. Tras un período de incapacidad temporal, solicitó la prestación de incapacidad permanente, en el momento que desempeñaba la labor de oficial de primera en la construcción. El Instituto Nacional de Seguridad Social le denegó prestación por “no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución para ser constitutivas de una incapacidad permanente”, pues consideró que su profesión habitual a efectos de determinar la incapacidad es la de Alcalde o Teniente de Alcalde que llevaba practicando más de 5 años, y no la de oficial de primera a que se venía dedicando desde hacía escasos días.

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

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: LA INCLUSIÓN DE LOS REPRESENTANTES LOCALES EN LA SEGURIDAD SOCIAL
2. LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y LA PROFESIÓN HABITUAL
 - 2.1. La incapacidad permanente y su graduación
 - 2.2. La profesión habitual como elemento determinante del grado total de la incapacidad permanente
3. LAS FUNCIONES DEL ALCALDE COMO REFERENCIA A LA PROFESIÓN HABITUAL RESPECTO DE LA QUE SE SOLICITA LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL

1. INTRODUCCIÓN: LA INCLUSIÓN DE LOS REPRESENTANTES LOCALES EN LA SEGURIDAD SOCIAL

La sentencia del Tribunal Supremo, sala IV, de 22 de marzo de 2012, decide sobre cuál es la “profesión habitual” que ha de tenerse en cuenta a los efectos de una prestación de incapacidad permanente total.

Aún sin ser una sentencia ejemplar, sí nos da pie para analizar algunas cuestiones interesantes ya que en ella se conjugan, de un lado, lo que ha de entenderse por “profesión habitual” en un momento donde la reforma del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ex art. 8, ha modificado el art. 22 del Estatuto de los Trabajadores eliminando las categorías profesionales dejando el sistema de clasificación profesional exclusivamente a través de grupos profesionales, lo cual, a priori, podría dificultar la calificación de los trabajadores como incapaces permanentes totales “para su profesión habitual”. Y, de otro lado, nos encontramos a un trabajador que, aunque su último trabajo fue el de peón de una carpintería metálica, su actividad habitual había sido la de ejercer un cargo representativo como era el de Alcalde.

Es esta segunda cuestión a la que brevemente vamos a referirnos en este momento.

Como es conocido, la organización territorial del Estado establecida en el art 137 de la CE lleva consigo la convivencia, junto con el llamado “Estado Central” o “Administración General del Estado”, a los municipios y provincias y a la Comunidades Autónomas.

Al frente de cada una de estas instituciones se encuentran representantes del pueblo elegidos democráticamente en las urnas.

Los sistemas de Seguridad Social de origen contributivo, como el nuestro, han sido diseñados para proteger a personas que ejerzan su actividad laboral o profesional, bien como trabajadores por cuenta ajena o propia, socios de cooperativas, estudiantes, funcionarios, de conformidad con el art. 7 de la LGSS, y un largo etcétera de asimilados a ellos a lo largo del tiempo.

Desde luego, nuestras leyes de Seguridad Social, ni la de 1966, ni la de 1974 que estuvo vigente más de tres lustros, pensaron e incluir a los repre-

representantes del pueblo elegidos libremente como incluidos dentro del campo de aplicación de las mismas, lo cual era coherente con el sistema político autoritario ya que el régimen franquista no tenía entre sus opciones la libre elección de los representantes políticos.

Una vez instaurada la democracia, y con la Constitución en vigor, la participación en los asuntos públicos, a la que se refiere el art. 23 de la CE, se hace a través de los representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, pero como ello no supone una actividad profesional sino representativa, los mismos seguían quedando excluidos del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social ya que tampoco se modificó de forma directa la Ley General de Seguridad Social para incluirlos.

Dedicarse a la actividad política suponía para muchas personas abandonar sus carreras profesionales y con ello sus carreras de seguro por lo cual podrían poner en peligro sus prestaciones futuras. Por lo que parecía lógico que se estableciera alguna fórmula para la protección social de los mismos.

Excluyendo a los cargos políticos contratados en funciones de confianza o asesoramiento especial, como personal eventual, que se encuentran incluidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social (en la actualidad, ex 12.5 EBEP¹), el resto de “profesionales” de la política quedaban excluidos del campo de aplicación del sistema. Una de las cosas más importantes que ha venido a demostrarnos la “clase política” española posconstitucional es lo bien que se han cuidado de ellos mismos. Una parte importante de éstos, especialmente los de los partidos más representativos, más que políticos y “servidores públicos con carácter circunstancial o temporal”, se han convertido en verdaderos “profesionales” de la política y que hacen de dicha representación un oficio “atípico”. Y aprovechando tal coyuntura y el poder normativo que lleva aparejado en su cargo han establecido para ellos mismos condiciones de “bienestar” excelentes, tanto en el establecimiento de unas remuneraciones muy superiores a los salarios medios de los trabajadores, como beneficios sociales importantes y, en muchos casos, beneficios fiscales. Lo que unido a una importante compensación de gastos exentos de impuestos, ha supuesto el que, por todos los medios, dichos representantes intenten perpetuarse en los cargos que ocupan.

Entre los beneficios sociales, por supuesto, se encuentra la inclusión en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social pero ello se ha realizado a través de distintos mecanismos.

Así, a nivel nacional, desde la Orden de 7 de marzo de 1978, se estableció la regulación de un Convenio Especial de la Seguridad Social para formalizar

¹ Desde el inicio, con el art. 105 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado.

la inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social de los diputados y senadores².

A nivel autonómico, hizo lo propio la Orden de 7 de diciembre de 1981 respecto de los parlamentarios y miembros de Gobierno de las Comunidades Autónomas³, situaciones particulares que has sido respetadas (y excluidas) por las Órdenes reguladoras de los Convenios Especiales, tanto de 1991 como la vigente de 2003⁴.

Respecto de los representantes en las Administraciones Locales, que son los que aquí nos interesan, y con cierto retraso respecto de la regulación de los otros poderes territoriales, la inclusión no se hizo mediante la figura de Convenio Especial. La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases del Régimen Local (LBRL) inicialmente entendió que los miembros de las Corporaciones Locales con dedicación exclusiva tendrían derecho a percibir retribuciones por el ejercicio de sus cargos⁵, lo que además daba lugar a su inclusión directa en el Régimen General de la Seguridad Social. Como se ha dicho, la fórmula era novedosa en comparación con los cargos electos a nivel nacional o autonómico ya que la inclusión no se hacía de forma asimilada y a través de convenio especial, sino directa con alta en dicho Régimen.

Así pues, con la LBRL, en su artículo 75⁶, se otorgó el derecho a los Alcaldes a percibir la retribución por el desempeño de su cargo⁷, extinguiéndose, de este modo, el modo anterior de retribución a través de gastos de representación que contemplaba el Real Decreto 1531/1979, de 22 de junio, por el que

² Norma modificada posteriormente por la Orden de 29 de julio de 1982, por la Orden de 1 de junio de 1988, incluyendo a los que ostenten la condición de Parlamentarios Europeos y, actualmente, regulado en el art. 11 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula en Convenio Especial con la Seguridad Social.

³ Modificada por RD 705/1999, de 30 de abril, por el que se modifica la regulación relativa a la suscripción del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social por los Parlamentarios de las Comunidades Autónomas en favor de sus miembros.

⁴ Orden de 18 de julio de 1991 y Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, ambas reguladoras de los Convenios Especiales con la Seguridad Social

⁵ La Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, hecha en Estrasburgo, contempla en su artículo 7 el deber de los Estatutos de los representantes locales de asegurar el libre ejercicio de su mandato y de “permitir la compensación financiera adecuada a los gastos causados con motivo del ejercicio de su mandato, así como si llega el caso, la compensación financiera de los beneficios perdidos o una remuneración del trabajo desempeñado y la cobertura social correspondiente”. Aunque fue ratificada por España en 1988, no cabe duda que el proceso de elaboración de la misma influenció en la redacción de la normativa interna.

⁶ En sentido parecido, el artículo 13 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, que recoge también este derecho con cargo a la Corporación Local, en los términos que se determinen.

⁷ Retribuciones que, de otro lado, son incompatibles con “la de cualquier otra retribución con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes” cuando desempeñen las responsabilidades corporativas en régimen de dedicación exclusiva.

se regulan las asignaciones y otras compensaciones que podrán percibir los miembros de las Corporaciones Locales. Le correspondió a la Orden de 12 de marzo de 1986 la tarea de regular el alta y la cotización de los miembros de las corporaciones locales, retrotrayendo los efectos hasta el 23 de abril de 1985, fecha de entrada en vigor de la citada LBRL.

Es este derecho, a ser remunerado, el que le concede de forma simultánea un tratamiento similar al de un trabajador y, por tanto, su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social⁸.

Con la aprobación del Texto Refundido de 1994 de la Ley General de la Seguridad Social se incorporó a la misma lo previsto en el art. 75 LBRL, y dentro de la relación de sujetos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social quedaron recogidos los miembros de las corporaciones locales en el art. 97.2 j). Ahora aparece en la norma especial y en la general de Seguridad Social, pero es fruto, como se recuerda, del mandato de refundición producido por la DF 1ª 2 de la Ley 26/1990 de prestaciones no contributivas, que facultó al Gobierno para que procediera a la elaboración de un Texto Refundido que regularizara, aclarara y armonizara en la misma una serie de textos legales, entre los que se encontraba la LBRL.

Algo más tarde, se amplió el campo de aplicación del sistema de protección de la Seguridad Social puesto que la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y otras medidas quien ofreció una nueva redacción al artículo 75 de la LBR, mediante la cual se extiende el derecho a percibir una retribución a éstos miembros cuando su dedicación sea también parcial y, en coherencia con ello, a ser incluidos en el Régimen General a tiempo parcial⁹.

Una vez incluidos en el Régimen General, parece lógico pensar que tienen los mismos derechos y obligaciones que el resto de sujetos contemplados en el artículo 97 LGSS, sin embargo, ello no ha sido así hasta la aprobación de la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales. Y es que, hasta dicho momento, la jurisprudencia reiteraba la exclusión de la contingencia de desempleo de este colectivo; dejándolos sin protección en caso de extinción del mandato

⁸ En sentido similar, Lopez-Nieto y Mallo, F., *Manual del Alcalde*, Ed. Abella, Madrid (1987), pág. 68.

⁹ AA.VV., *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, (Coord. Domingo Zaballos, M.J.), Thomson Civitas. Navarra (2005), pág. 1734.

representativo o cese en dicha actividad¹⁰. Con esta norma se entiende que la situación en que se encuentran estos miembros una vez dejado el cargo, es una situación similar de las de aquellos que han perdido su trabajo pues “la consecuencia inmediata que se produce es que se pierde la retribución que llevaba aparejada la actividad que se venía realizando y se deja de realizar”¹¹.

Más aún, incidiendo en la idea que anteriormente se comentó respecto de que los representantes políticos se han cuidado mucho de ellos mismos, la DA única de la Ley 37/2006, citada encomendó al Gobierno que, “en el plazo máximo de seis meses, apruebe las disposiciones normativas necesarias a efectos de computar, para los miembros de las corporaciones locales con dedicación exclusiva que ejercieron su cargo político con anterioridad a la aprobación de la repetida Ley 7/1985, de 2 de abril, el tiempo que estuvieron ejerciendo su cargo y en el que no les fue permitido cotizar por su falta de inclusión en el sistema de la Seguridad Social, con el objeto de que se les reconozca el derecho a la percepción de la pensión de jubilación denegada o a una cuantía superior a la que tienen reconocida”. Mandato; que se efectuó a través del RD 1108/2007 de 24 de agosto, mediante el cual se les reconoce a los miembros de las corporaciones locales que hayan ejercido su cargo con retribución o indemnización como cotizado al Régimen General de la Seguridad Social el período comprendido entre el 20 de abril de 1979 hasta el 23 de abril de 1985.

Así pues, y enlazando con la sentencia que sirve de base a esta aportación, el hecho de que un Alcalde o Concejales perciba una contraprestación por su función le asemeja a la condición de trabajador, por lo que en caso de tener un accidente o enfermar, podría acceder a una prestación de incapacidad permanente. Para tal determinación parece lógico considerar como funciones habituales aquellas que realizan en el ejercicio de su cargo durante un periodo determinado. Cuestión en la que incidiremos más abajo.

¹⁰ A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre 2005 RJ 2006/301 “lo que ha querido el tratado comunitario y la normativa española es reconocer a los Alcaldes y Concejales que sean dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social todas las prestaciones cubiertas por dicho Régimen; pero si observamos las peculiaridades del mismo en materia de desempleo nos encontramos con importantes dificultades para aceptar que dicho colectivo de personas puedan, por el solo hecho de hallarse incluido en el indicado Régimen de la Seguridad Social, gozar de las prestaciones derivadas de tal situación. En efecto, a partir de las previsiones contenidas en los arts 203 y 204 de la LGSS, se aprecia cómo la prestación por desempleo está concebida exclusivamente para quienes pierden un «empleo» –art. 203– y como prestación «sustitutiva de rentas salariales» –art. 204–, lo que constituye un inconveniente para pensar que tales conceptos puedan atribuirse a quienes desempeñan una función tan característica como la de Alcalde que difícilmente puede ser calificado de empleado”. Sobre el tema puede verse, González Ortega, S., en “Derecho a la protección por desempleo de los miembros de las corporaciones locales”, en RL 7/1988.

¹¹ Exposición de Motivos de la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales.

2. LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y LA PROFESIÓN HABITUAL

2.1. La incapacidad permanente y su graduación

Como es conocido por todos, la vertebración de nuestro sistema de Seguridad Social en dos grandes bloques o niveles supone que la concesión de una prestación por tener una discapacidad de carácter permanente puede derivar de uno u otro nivel, en función de la situación en la que se encuentre el beneficiario en el momento del hecho causante. En el nivel no contributivo, la prestación se anuda a la necesidad económica que conlleva dicha situación para personas desfavorecidas de recursos, tratando de compensar la situación de necesidad y, procurando, quizás con no demasiada fortuna, la igualdad social de la persona discapaz con necesidades económicas con el resto de la comunidad¹².

En cambio, la que nos interesa, la protección de la incapacidad permanente en el nivel contributivo, está relacionada con el ejercicio de un trabajo y con la posibilidad de seguir realizándolo de forma completa, no poder realizarlo o no poder realizar ningún tipo de trabajo.

La protección de la alteración de la salud de los trabajadores “puede ir desde momentos de corta duración a una presumible permanencia en el sujeto”¹³. La situación o contingencia protegida es la incapacidad para el trabajo, sea temporal o permanente y “las perspectivas de protección son básicamente dos: la económica y la dirigida a la recuperación o rehabilitación profesional”¹⁴.

Es la protección de la perturbación de la salud de forma permanente la solicitada por el actor en la sentencia que tratamos de analizar y es ésta la que merece un análisis más detenido para comprender mejor la cuestión del asunto.

Ha de recordarse que, ex art. 136 de la LGSS, para que un trabajador pueda ser calificado como incapaz permanente tiene que, tras haber estado sometido a un tratamiento prescrito, ser dado de alta médicamente con secuelas, esto es, que presente “reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.

¹² Podrán ser constitutivas de invalidez, como establece el apartado segundo del artículo 136 LGSS, las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen. Para acceder a la misma, será necesario ser mayor de 18 años y menor de 65; residir legalmente en territorio español; ser discapacitado, esto es, “estar afectado por una minusvalía o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al 65%”. Y, por supuesto, acreditar insuficiencia de ingresos o rentas.

¹³ Álvarez De La Rosa, J.M., *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, Civitas, S.A. Madrid (1982), pág. 23

¹⁴ Martín Puebla, E., *La Protección Social de la Incapacidad Permanente para el Trabajo*, Comares, Granada (2000), pág. 13.

Y es que, como se avanzó anteriormente, la protección de esta contingencia “tiene su eje en la imposibilidad de realización de actividades profesionales o laborales a consecuencia de la enfermedad contraída o del accidente sufrido¹⁵” y no en la discapacidad en sí misma. A ello se añade que las reducciones anatómicas o funcionales “tanto las físicas como las psíquicas o las sensoriales, constatadas médicamente, han de ser incurables con el adecuado tratamiento y, probablemente irreversibles e incapacitantes”¹⁶.

De la definición establecida por el art. 136. 1 LGSS se desprende que el supuesto típico de incapacidad permanente derivará de una situación previa de incapacidad temporal y, por tanto, presupone un sometimiento a un tratamiento médico y la extinción de la previa situación de incapacidad temporal. Sin embargo, ello no siempre es así, pues existen excepciones a esta regla que acabamos de señalar, ya que, por ejemplo, no será necesario el alta médica cuando haya secuelas definitivas o no siempre procederá el sometimiento al tratamiento prescrito o, finalmente, en algún caso, ni siquiera será imprescindible la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal¹⁷.

La norma nos expone distintos grados de incapacidad permanente, ya que ésta se presenta no como “una realidad uniforme, sino que es preciso evaluar la influencia de aquella alteración grave de la salud, presumiblemente definitiva en cada concreto”¹⁸ discapacitado.

En dicha “escala”, en el nivel más leve se encuentra la pérdida de aptitudes o la dificultad para realizar algunas de las tareas, pero no las fundamentales de su profesión u oficio. En el nivel “medio”, la incapacidad del trabajador lo ha dejado desposeído de las aptitudes fundamentales por lo que queda impedido para realizar la profesión que venía desempeñando habitualmente, obligando al beneficiario, de alguna manera, a dedicarse a una profesión distinta. En el nivel superior de esta graduación, al menos a nivel teórico¹⁹, las enfermedades

¹⁵ AAVV., *Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social (Régimen General y Nivel no Contributivo)*, (Dir. Álvarez Cortés, J.C.), CEES-IFV, Salamanca (2008), pág. 75.

¹⁶ González De La Aleja, R., *La Incapacidad Permanente y sus Efectos en el Contrato de Trabajo*, Bomarzo. Albacete (2006), pág. 24.

¹⁷ El artículo 136.3 de la LGSS señala tres supuestos en los que se da la excepción a una incapacidad temporal previa, que son: a) situaciones de asimilación al alta que no cubran la prestación de incapacidad temporal; b) cuando el acceso a la prestación de incapacidad permanente sea desde una situación de no alta en Seguridad Social; y, c) supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena en los que se dé la misma circunstancia. Todo ello también es importante para la determinación del hecho causante de las prestaciones incapacidad permanente, ex art. 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996.

¹⁸ Álvarez De La Rosa, J.M., op.cit., pág. 218.

¹⁹ Ya que quedan resquicios en la norma para la realización de “actividades compatibles” con la situación del incapaz permanente absoluto o gran inválido, resquicios que han sido agrandados de forma discutible por la doctrina del Tribunal Supremo, véase en extenso, Álvarez Cortés, J.C. y Alonso Russi, E., en “Algunas notas sobre la incompatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena”, TL nº 106.

o lesiones padecidas por el trabajador le incapacitan o inhabilitan para la realización de “toda profesión u oficio”²⁰.

2.2. La profesión habitual como elemento determinante del grado total de la incapacidad permanente

Es por tanto fundamental, al menos respecto de la prestación de incapacidad permanente total (también la parcial), determinar la profesión habitual del sujeto para decidir si la alteración de la salud sufrida es de tal importancia que no permite volver a desempeñar la misma. Y es que, las mismas lesiones pueden ser causa de distintos grados de incapacidad, o de ninguno, en función de las tareas que componen la profesión habitual del posible beneficiario²¹. Aunque dicho término ha sido definido por el apartado segundo del artículo 137 de la LGSS, es un concepto de bastante controversia, como podemos contemplar en la extensa doctrina de los tribunales al respecto y reflejado, una vez más, en la sentencia que da origen a este comentario.

Resulta evidente que, si la incapacidad permanente total es aquella que inhabilita al trabajador para realizar todas o las fundamentales funciones de su profesión habitual, se deba determinar con precisión que ha de entenderse por tal profesión habitual. Pues “en el proceso lógico que se acometa para evaluar el grado de invalidez, el concepto de profesión se destaca como esencial”²². El apartado segundo del art. 137 de la LGSS aunque no define que ha de entenderse por profesión habitual, sí aclara cuál es la que ha de entenderse por profesión habitual, esto es, “en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine”²³.

Desde luego, a nuestro juicio, no se entiende bien el porqué de esta distinción entre enfermedades y accidentes. Podría justificarse en el hecho de que la incapacidad que proviene de un accidente es súbita o más inmediata, mien-

²⁰ Dejamos de lado las situaciones de “cualificación” del incapaz permanente total que tiene más que ver con la edad y las posibilidades de encontrar un trabajo que con la discapacidad y la de gran invalidez que tiene más como referencia la situación de dependencia del incapaz permanente y la necesidad de concurso con otras personas para la realizar sus actividades básicas de la vida diaria.

²¹ Roqueta Buj, R, *La Incapacidad Permanente*, CES, Madrid (2000), pág. 34

²² Álvarez de la Rosa, J.M., op. cit., pág. 220

²³ El art. 11.2 de la Orden 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social aquilata esta situación indicando que es “aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente. A tales efectos se tendrán en cuenta los datos que consten en los documentos de afiliación y cotización.”

tras que los procesos de enfermedades incapacitantes suelen ocurrir de forma más dilatada en el tiempo. Pero esta justificación, que no es exacta en todos los supuestos, nos parece insuficiente. Abogamos por la necesidad de que el legislador adopte en el futuro una solución común a ambas situaciones ya que si el resultado final es la incapacidad del trabajador, poco importa si la misma provino de un accidente o de una enfermedad. No obstante ello, es doctrina sólida de nuestro Tribunal Supremo que la profesión habitual es la “ejercida prolongadamente” en las situaciones de enfermedad común²⁴.

Lo más negativo, sin duda, es que la norma no ofrece una definición de qué es la profesión habitual, es decir, si esta debe relacionarse con la antigua categoría profesional, con el grupo, con las funciones o, como algunas decisiones judiciales han apuntado, si debe incluir incluso la movilidad funcional del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores. Tampoco los Tribunales han ayudado mucho a la clarificación conceptual, pues es difícil encontrar un criterio unificado de “profesión habitual”.

Hubiera venido bien el desarrollo del “nonato” art. 137 de la LGSS en la redacción que le proporcionaba el artículo 8 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social. La redacción propuesta, que finalmente no cuajó por falta de desarrollo reglamentario, disponía la creación de un reglamento con “la lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos”, lo cual, sin duda, hubiera dado una alta seguridad jurídica a esta situación. Limitando, en gran medida, la aleatoriedad de los tribunales a la hora de conformar la profesión del trabajador para determinar su situación de incapacidad permanente total.

En definitiva, por falta de concreción por la norma, este concepto ha sido cuestión de análisis por todos los órganos jurisdiccionales del orden social, desde antiguo como el Tribunal Central de Trabajo hasta nuestros días por los Tribunales Superiores de Justicia, habiendo pronunciamientos incluso en casación.

A modo de sistematización²⁵, podría decirse que:

- Inicialmente, el Tribunal Central de Trabajo identificó la profesión con el concreto puesto de trabajo, es decir, “el conjunto de cometidos del puesto de trabajo desempeñado por el trabajador”, independientemente de los correspondientes a su categoría profesional²⁶

²⁴ Por todas, véase, STS de 7 de febrero de 2002.

²⁵ Véase el magnífico trabajo de síntesis realizado por la STSJ de Cantabria de 28 de enero de 2009.

²⁶ SSTCT de 5 y de 24 de mayo de 1975, respectivamente, RTCT 1975, 229 y RTCT 1975, 2648.

- Esta tesis fue posteriormente superada ya que el Tribunal Central de Trabajo pasó a identificar la profesión habitual con el conjunto de tareas que conformaban la categoría profesional del trabajador²⁷. Por poner un ejemplo, en la STCT de 20 de septiembre de 1982²⁸ se afirma que para dar forma a dicho concepto no han de tenerse en cuenta de forma exclusiva las concretas tareas que llevaba a cabo cuando ocurrió el hecho causante, sino que debe de partirse “de las que para su oficio fijan las reglamentaciones o convenios”. Esta misma tesis ha sido mantenida posteriormente por el Tribunal Supremo²⁹.
- Esta evolución culmina con la STS de 17 de enero de 1989³⁰, que marca un punto de inflexión, al introducir expresamente como referencia en la interpretación de la “profesión habitual” la labor que “el trabajador está cualificado para realizar y a lo que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional”. Sentencia desde luego muy desafortunada, ya que sobredimensiona el concepto de profesión habitual porque para la calificación de la incapacidad permanente exige que no sólo sean tenidas en cuenta las funciones correspondientes a la categoría profesional del presunto incapaz, sino también aquéllas que le sean exigibles dentro de la movilidad funcional ordinaria (art. 39 ET). Son muchas las resoluciones que han venido después refiriendo y aplicando este con dicho criterio expuesto y que definen la profesión habitual como el conjunto de tareas exigibles dentro de la movilidad funcional ordinaria.

Llevado quizás por esta doctrina, el artículo 8 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, vino a dar nueva redacción al art. 137 LGSS, norma que finalmente nunca entró en vigor por falta de desarrollo reglamentario, y también previó consagrar esta interpretación más amplia cuando dispuso en su apartado quinto que “la calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca. (...) A efectos de la determinación del grado de incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el

²⁷ SSTCT de 1 de marzo y de 15 de abril de 1977, respectivamente, RTCT 1977, 1210 y RTCT 1977, 2080 y también la STCT de 6 de febrero de 1986, RTCT 1986, 720.

²⁸ RTCT 1982, 4832.

²⁹ STS 14-4-1987, RJ 1987, 2773.

³⁰ RJ 1989, 259.

hecho causante de la incapacidad permanente”. Ello hubiese supuesto ligar la situación de incapacidad no sólo a la profesión que ejercía el interesado sino también a las funciones exigibles al trabajador dentro de la movilidad funcional ordinaria (art. 39.1 del ET) y muy probablemente al grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada.

El nuevo concepto de profesión habitual se delimita no sólo atendiendo a “la profesión que ejercía el interesado”, sino también a la “del grupo profesional”, parámetro este último más amplio y que también genera ciertas complicaciones en la calificación de la incapacidad, ya que la constitución de los grupos profesionales no contiene referencia alguna a las profesiones. Por otro lado, esta referencia al grupo profesional va a ser muy desfavorable para el trabajador porque va a ser casi imposible la calificación en situación de incapacidad permanente total para una profesión habitual que puede ser múltiple. Es por este camino por el que va interpretarse en el futuro la profesión habitual, de seguro, ya que el RD Ley 3/2012 ha eliminado del art. 22 de ET la categoría profesional, quedando exclusivamente como referencia en el sistema de clasificación profesional los grupos profesionales.

El grupo profesional viene definido por el apartado segundo del artículo 22 del ET como aquel que “agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales”. Definición no precisamente clarificadora, pero para el Tribunal Supremo, en alguna de sus sentencias, el grupo profesional supone una referencia útil a la solución de este problema. No creemos que sea una “referencia útil” puesto el grupo puede incluir diversas categorías y distintas funciones³¹, en definitiva, el grupo puede incluir diversas profesiones, lo que es contrario a la idea de “profesión habitual” que nutre el concepto de incapacidad permanente total.

Al final, los trabajadores enfermos tendrán que adaptar sus puestos de trabajo para no perderlos, pues les será imposible conseguir una prestación de incapacidad permanente total ya que siempre podrán ejercer otras funciones o tareas de distinta profesión encuadrada dentro de su grupo profesional. El problema será si el empresario puede o quiere readaptarlo y, en su caso, la posibilidad de que el mismo utilice la vía de los apartados a) o d) del Estatuto de los Trabajadores para extinguir su contrato por causas objetivas. Siendo en estos hipotéticos casos sumamente injusto el que la determinación de la incapacidad del trabajador penda de las posibilidades organizacionales de la empresa y de las necesidades de personal de la misma.

Abundando en lo anterior, debemos tener en cuenta, como hemos señalado, que es determinante para la declaración de incapacidad permanente total, conocer

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 febrero 2005, RJ 2005\5296

el concepto de profesión habitual, pues la prestación que por ella se lucra tiene por finalidad sustituir las rentas del trabajo a las que el discapacitado no puede acceder, como consecuencia de las limitaciones funcionales derivadas de sus dolencias³², y mientras mas abarque tal concepto más difícil será percibir la prestación. Por tanto, si consideramos el grupo como profesión habitual, podemos afirmar que hasta que un trabajador no pueda realizar ninguna profesión dentro del grupo, no tendrá derecho a la prestación de incapacidad permanente total y, si además, el grupo incluye profesiones dispares, sería prácticamente inaccesible la prestación³³.

Finalmente, parece que la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2005 ha puesto una nota de cordura en esta cuestión al estimar que si el concepto de profesión habitual equivale a grupo profesional, a los efectos de la declaración de incapacidad, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quien no quedando capacitado para una tarea propia de profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente de la suya y para la que no tuviera la formación profesional necesaria.

Así pues, con tanto bandazo judicial, el hecho de no existir un concepto legal establecido ni una jurisprudencia determinante al respecto, hace que este derecho quede sujeto a la configuración legal que cada tribunal haga de categoría profesional, provocando demasiada inseguridad jurídica. Más aún, cuando dicha configuración queda sujeta a la posibilidad de realizar otros trabajos compatibles para percibir o no la pensión.

3. LAS FUNCIONES DEL ALCALDE COMO REFERENCIA DE LA PROFESIÓN HABITUAL RESPECTO DE LA QUE SE SOLICITA LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL

La primera vez que aparece la figura del alcalde, tal y como la conocemos hoy en día, fue en 1812 con la aprobación de la Constitución de Cádiz, no obstante, no significó que quedase perfeccionada. La Constitución de Cádiz entendió la figura del alcalde como un cargo electivo, como autoridad del Estado y como juez. Y ello porque, de un lado, radicaba su legitimidad en el asiento de la comunidad vecinal, de otro lado, porque además de autoridad municipal, era autoridad de la Administración del Estado, y, finalmente, porque ejercía la función de juez de paz³⁴.

³² STSJ de Extremadura de 14 julio, AS 2005\1726

³³ Por ejemplo, véase la disparidad de profesiones en el Convenio Colectivo Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil, donde en su grupo profesional IV se incluye a los administrativos junto con el personal de cocina o de limpieza.

³⁴ López-Nieto y Mallo, F., *Manual del Alcalde*, Abella, Madrid (1987), pág.44

Decía Chiavenato que la Administración es “el proceso de planear, organizar, dirigir y controlar el uso de los recursos para lograr los objetivos organizacionales”³⁵ y ello es básicamente lo que le corresponde en la actualidad al Alcalde, como presidente de la corporación municipal que dirige.

Así pues, para conocer las funciones concretas del Alcalde, ha de acudir a la LBRL y al RD 2568/1986, de 28 de noviembre, que crea el Reglamento de Ordenación. A los mismos se les atribuyen distintas funciones, concretamente los artículos 21 y el 41, respectivamente, de cada una de estas normas, atribuyen al Presidente de la Corporación, una serie de funciones que pueden agruparse en tareas de gobierno³⁶ y de gestión³⁷. Así como, cualquier otra que sea atribuida por las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales.

Desde luego, la inclusión del Alcalde dentro de la categoría profesional de jefe administrativo, por ser la mayoría de las funciones que realiza de carácter administrativo puede ser una opción³⁸, pero ha de recordarse que en muchos consistorios el grupo de cotización que se ha asignado al Alcalde no coincide con el de jefe administrativo, sino que han sido incluidos en otros grupos, normalmente 1 y 2. Pero por lo que nos afecta, es justamente ésta, la de jefe administrativo, la profesión que se atribuye como habitual al actor en el proceso al que se refiere la sentencia objeto de este trabajo.

Pero, dando un repaso a las funciones que se atribuyen al Alcalde, entre éstas hay algunas que exigen o pueden exigir una serie de aptitudes (físicas o mentales) que van más allá de las tareas sedentarias con las que los trabajos administrativos se estereotipan, como pueden ser las de representación, inspecciones de servicios y obras y la gestión de catástrofes que exigirían una especial toma en consideración para ver si por el número, la frecuencia de

³⁵ Chiavenato, I., *Introducción a la Teoría General de la Administración*, Ed. Mcgraw-Hill Interamericana, (2004), pág. 10.

³⁶ Dirigir el gobierno y la administración municipal dictando las instrucciones que sean precisas y designando a aquellos colaboradores que no tengan el carácter de profesional; representar al Ayuntamiento en los distintos actos públicos que deba asistir como presidente de la corporación; convocar y presidir las sesiones del Pleno; dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras municipales, cuya ejecución hubiese sido acordada; dictar bandos; convocar de las consultas populares municipales.

³⁷ Desarrollar de la gestión económica; desempeñar la jefatura superior de todo el personal de la Corporación; ejercer la jefatura de la Policía Municipal; aprobar los instrumentos de planeamiento de desarrollo del planeamiento general no expresamente atribuidas al Pleno, así como los instrumentos de gestión urbanística y los proyectos de urbanización; ejercer las acciones judiciales y administrativas y la defensa del ayuntamiento en las materias de su competencia; adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al Pleno; publicar, ejecutar y hacer cumplir los acuerdos del Ayuntamiento.

³⁸ En este mismo sentido, López-Nieto y Mallo, F. op. cit, pág. 109

realización, la posibilidad de delegación, etc, la imposibilidad de realizarlas por estar afectado por una enfermedad o lesión, sería suficiente como para declarar a esta persona en situación de incapacidad permanente.

Aclaremos esto último: no decimos que el actor en este asunto tuviera derecho a una prestación de incapacidad permanente, sino que el equipo de valoración de incapacidades, inicialmente y, si éste no lo hace, los Tribunales del orden social, tendrían que examinar con cierto detenimiento (y no de forma automática) las posibilidades de seguir realizando las tareas fundamentales de la profesión habitual de conformidad con las enfermedades o lesiones alegadas.

Por ello, han de ser las tareas propias de la Alcaldía “las que han de ser tenidas en cuenta para valorar su posible invalidez, ya que serían las ocupaciones propias de dicho cargo las que, en su caso, serían afectadas por la posible declaración del invalidez permanente”, lo que se predica respecto de un solicitante de incapacidad permanente que ejerció en cargo de Alcalde durante 18 años y hallándose en el ejercicio de tales funciones se inició el proceso de incapacidad temporal, al cabo del cual vio afectada su actividad (STS, sala IV, de 15 de marzo de 2011).

BIBLIOGRAFÍA

AAVV., *Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social (Régimen General y Nivel no Contributivo)*, Dir. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., Ed. CEES-IFV, Salamanca (2008).

AA.VV., *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, (Coord. DOMINGO ZABALLOS, M. J.), Ed, Thomson Civitas, Elcano (2005).

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y ALONSO RUSSI, E., “Algunas notas sobre la incompatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena”, *Temas Laborales* nº 106, (2010).

ÁLVAREZ DE LA ROSA, J.M. *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, Civitas, S.A. Madrid (1982).

CHIAVENATO, I., *Introducción a la Teoría General de la Administración*, MCGRAW-HILL, Interamericana, (2004).

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., *La Incapacidad Permanente y sus Efectos en el Contrato de Trabajo*, Bomarzo, Albacete, (2006).

GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Derecho a la protección por desempleo de los miembros de las corporaciones locales”, *Relaciones Laborales* nº 7, (1988).

LOPEZ-NIETO Y MALLO, F., *Manual del Alcalde*, Ed. Abella, Madrid (1987).

MARTÍN PUEBLA, E. *La Protección Social de la Incapacidad Permanente para el Trabajo*, Comares, Granada, (2000).

ROQUETA BUJ, R., *La Incapacidad Permanente*, CES, Madrid, (2000).

LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE DESPIDO COLECTIVO ENTRE EL REAL DECRETO-LEY 3/2012 Y LA LEY 3/2012

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social),
de 9 de Octubre de 2012*

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: La Confederación Sindical ELA-STV, en nombre también del Comité Intercentros de la empresa “Celsa Atlantic, S.L.”, formula demanda de impugnación de despido colectivo alegando vulneración del derecho de huelga y del derecho de libertad sindical, junto con la infracción de lo dispuesto en el artículo 51.2 en relación al periodo de consultas, interesando se declare la nulidad de la decisión extintiva colectiva o subsidiariamente no ajustada a derecho.

La empresa comenzó a aplicar un plan de reestructuración, tras la presentación de un ERE de extinción sobre la totalidad de la plantilla (358 trabajadores) que determinaría el cierre de sus centros en Victoria-Gasteiz y de Urbina, que significó hasta la fecha del juicio oral un total de 178 operarios afectados. Inicialmente y alegando causas económicas, concretamente pérdidas económicas desde finales del 2008 y la operatividad de sus plantas por debajo del 80 %, la empresa propone un incremento de horas de trabajo, reducción salarial del 30% y amortización de 91 puestos de trabajo. El Comité Intercentros convocó una huelga indefinida, la empresa dio por concluido el periodo de consultas. Con fecha 15 de mayo la empresa convoca una reunión para tratar la apertura del periodo oficial de consultas para la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de las plantillas de Vitoria-Gasteiz y Urbina alegando razones productivas y económicas, si bien fueron solo las causas económicas las que finalmente fueron la base de la decisión final de despido colectivo. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitió informe el día 12 de julio de 2012 del que se deriva que si bien las causas económicas alegadas podrían justificar

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado en ejercicio.

la adopción de medidas tendentes a justificar el gasto social vía extinción colectiva, en ningún caso el cierre definitivo y la extinción de la totalidad de los centros de trabajo.

RESUMEN: El fallo judicial estima la demanda interpuesta por el comité de empresa y el sindicato ELA, y respalda sus argumentaciones basadas en que el despido colectivo vulnera el derecho fundamental a la huelga y la libertad sindical. La sentencia entra en la valoración del despido desestimando previamente la pretendida falta de legitimidad del Comité de Empresa Intercentros y del Sindicato ELA aducida en su momento por la representación de la empresa.

El tribunal no ve justificada de forma razonable y objetiva las argumentaciones de la empresa y aunque considera que tiene “una situación económica complicada, en modo alguno se prueba que esta situación sea suficiente para poder adoptar la medida extintiva de la intensidad de la adoptada”. Además, la Sala recuerda que la empresa presentó con anterioridad al ERE de extinción otro que afectaba a 91 trabajadores, y que en el tiempo entre ambos expedientes la empresa no sufrió modificaciones en su “situación económica-financiera”.

El tribunal analiza también el hecho de que hasta que tuvo lugar el juicio oral por este proceso, celebrado el pasado 18 de septiembre en Bilbao, la empresa despidió a un total de 178 trabajadores, de los cuales, 97 han sido empleados afiliados a ELA. En este sentido se estima que existe una “conexión directa entre el modo en que la empresa está haciendo efectivas las extinciones de contratos y la afiliación sindical a una determinada central sindical particularmente, como es ELA”. “Las cifras son relevantes, puesto que más de la mitad de los despedidos son personas afiliadas a este sindicato, exactamente un 54,49%”, afirma el tribunal. La sentencia dice asimismo que “sorprende que la drástica medida adoptada del cierre de dos empresas” se haya adoptado en relación con las plantas ubicadas en Álava, “sin que conste medida alguna” en los centros que este grupo tiene en Laracha (A Coruña) y Orense, a pesar de que la situación económica es “complicada” para toda la empresa. La Sala refuerza el convencimiento” de que el ERE de extinción “constituye una vulneración” de los derechos de huelga y libertad sindical y una “directa respuesta” a la decisión colectiva de secundar una huelga indefinida”.

Con todo, es el fundamento de derecho octavo, el que desde nuestro punto de vista genera una mayor relevancia desde el que mirar a la sentencia. La sentencia se limita a reconocer la nulidad de los despidos colectivos, sin vincular efecto alguno a la declaración de nulidad, entendiendo la Sala que la aplicación de lo dispuesto en el artículo 124.9 de la LRJS, en su redacción fijada por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, no permite hacer pronunciamiento adicional alguno, emplazando a las partes a formar demanda de despido individual. Refuerza la teoría de la Sala el hecho de que la nueva redacción del artículo 124 de la LRJS, lo es, en su versión dada por la Ley 3/2012, de 7 de Julio.

ÍNDICE:

1. LOS DESPIDOS COLECTIVOS Y LOS CAMBIOS CONFIGURADOS EN SU RÉGIMEN JURÍDICO EN LA REFORMA DEL REAL DECRETO-LEY 3/2012
2. EL DESPIDO COLECTIVO A LAS SOMBRAS DE LA REFORMA DE LA LEY 3/2012
3. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL DESPIDO COLECTIVO Y LA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE AMBAS DISPOSICIONES
4. VALORACIÓN FINAL

1. LOS DESPIDOS COLECTIVOS Y LOS CAMBIOS CONFIGURADOS EN SU RÉGIMEN JURÍDICO EN LA REFORMA DEL REAL DECRETO-LEY 3/2012

De gran importancia han sido los cambios efectuados por la reforma del régimen jurídico del despido colectivo, en el artículo 51 ET, tanto en la configuración de las causas motivadoras, como en su justificación y prueba posterior. A partir de la entrada en vigor de la norma, son causas justificativas del despido colectivo simplemente la disminución persistente del nivel de ventas e ingresos (para las causas económica), valorándose tal disminución persistente, si se produce durante tres trimestres consecutivos. Dentro de las causas organizativas, es válido el despido colectivo cuando se produzcan cambios en el “modo de organizar la producción”.

Ahora los tribunales no podrán enjuiciar la oportunidad o razonabilidad de las medidas empresariales y relación con los despidos, respecto a la justificación de las medidas, debiéndose la empresa limitarse a acreditar las causas alegadas. Para el Sector Público, se establece un apartado específico por medio de la nueva Disp. Adic. 20ª ET, incluida por la Disp. Adic. 2ª del RDL 3/12.

Los efectos de la reforma en cuanto al procedimiento y tramitación, han sido igualmente relevantes. Se elimina la, hasta ahora, preceptiva Autorización Administrativa. La empresa únicamente comunicará la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral, y ésta se limitará a comunicarlo a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, así como a recabar el informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La Administración velará por la efectividad del periodo de consultas, pudiendo remitir advertencias y recomendaciones a las partes, que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento. Del obligado conocimiento que tenga tras el periodo de consultas, estará facultada para impugnar los acuerdos adoptados en circunstancias excepcionales.

Junto a la transformación del papel de la propia autoridad laboral, también es sustancialmente menor el papel de los representantes de los trabajadores, al no ser decisiva la obtención del acuerdo. No obstante, en vía judicial, dentro de la nueva modalidad procesal creada para el despido colectivo, sí serán im-

portantes dada la extensión de la legitimación activa para la interposición de las acciones judiciales.

La simplificación del proceso se extiende igualmente a los requisitos documentales exigidos para justificar la concurrencia de las causas del despido. Ello no solo por centrar la justificación en los hechos, sino por no ser necesario un plan de acompañamiento social, en las empresas de 50 o más trabajadores. A cambio se instaura el “Plan de Recolocación Externa”, dentro de los despidos colectivos que afecten a más de 50 trabajadores, que obligatoriamente deberán presentar y ofrecer las empresas (excepto las que se hubieran sometido a un procedimiento concursal), a través de empresas de recolocación autorizadas, diseñado para un período mínimo de 6 meses. Por Convenio Colectivo o por acuerdo dentro del periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de determinados trabajadores con cargas familiares, con discapacidad o con una determinada edad.

Desde el punto de vista procesal se regula una nueva modalidad procesal de Despido Colectivo. Un nuevo Art. 124 LRJS, dentro de la nueva modalidad procesal que será aplicable para despidos colectivos iniciados tras el 12/02/12, según dispone la Disposición Transitoria 11ª del RDL 3/12. Las modificaciones buscan fundamentalmente evitar una demora innecesaria en la obtención de una respuesta judicial a la decisión empresarial extintiva, dándole un carácter preferente y urgente. El conocimiento en primera instancia se atribuye a los Tribunales Superiores de Justicia de cada CCAA, y a la Audiencia Nacional, admitiendo recurso de casación posterior.

2. EL DESPIDO COLECTIVO A LAS SOMBRAS DE LA REFORMA DE LA LEY 3/2012

Ciertamente la Ley 3/1012, es la que consolida la reforma laboral del 2012. Esta norma mantiene el contenido del RDL 3/2012, de 10 de febrero, introduciendo algunos cambios y mejoras para solucionar los problemas y defectos del RDL y algunas cosas más. La reforma laboral se consolida, con una norma que ha introducido un claro desequilibrio en las relaciones de trabajo en detrimento de los trabajadores y de sus organizaciones.

La doctrina, mayoritariamente, ha interpretado del RDL 3/2012 y ahora de la Ley 3/2012 no solo que son normas que cuestionan toda la construcción histórica del Derecho del Trabajo debido a los elementos desequilibradores de las relaciones de trabajo en perjuicio del trabajador sino principalmente por considerar que el cambio de modelo que la normas suponen, nos enfrenta a *un modelo opuesto al que conforma nuestra Constitución, el de la democracia social en una economía de mercado, que arbitra un equilibrio complejo entre*

*el pluralismo social y la intervención normativa de tutela de los derechos laborales, y que sitúa en el centro de la regulación de las relaciones laborales a la negociación colectiva dotada de fuerza vinculante*¹, y dejando de lado algunos derechos reconocidos en la Constitución española (libertad sindical, trabajo, negociación colectiva).

La propia exposición de motivos reconoce que el despido colectivo configurado como un expediente administrativo abierto a posibles impugnaciones administrativas y judiciales, se ha revelado contraria a la celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales. De ahí, la tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el período de consulta como modo de garantizar la autorización por parte de la autoridad laboral. Sin embargo, ello se ha hecho muchas veces a costa de indemnizaciones a los trabajadores despedidos por encima de la prevista para este despido. Se desnaturaliza así, en buena medida, el período de consultas con los representantes de los trabajadores que, en atención a la normativa comunitaria, deben versar sobre la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales destinadas, en especial, a la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.

Con el punto de partida que el legislador ha querido plasmar en la Exposición de Motivos, se afrontan el conjunto de medidas referidas a la extinción del contrato de trabajo recogidas en el capítulo IV de la ley, y se inicia con una reforma del régimen jurídico del despido colectivo, donde se suprime la necesidad de autorización administrativa, manteniendo la exigencia comunitaria de un período de consultas, pero sin exigirse un acuerdo con los representantes de los trabajadores para proceder a los despidos. Ello se acompaña de una asimilación de estos despidos colectivos con el resto de despidos a efectos de su impugnación y calificación judicial, con la particularidad de que se prevé una acción para la que están legitimados los representantes de los trabajadores y que permitirá dar una solución homogénea para todos los trabajadores afectados por el despido.

La nueva regulación refuerza los elementos sociales que deben acompañar a estos despidos, tales como incentivar que mediante la autonomía colectiva se establezcan prioridades de permanencia ante la decisión de despido de determinados trabajadores, tales como aquellos con cargas familiares, los mayores de cierta edad o personas con discapacidad. De otra parte, en aquellos despidos colectivos que afecten a más de cincuenta trabajadores, la ley contempla una efectiva obligación empresarial de ofrecer a los trabajadores un plan de recolocación externa, que incluya medidas de formación, orientación profesional, atención personalizada y búsqueda activa de empleo.

¹ “Por un trabajo decente y unas libertades colectivas plenas”. Manifiesto firmado por 54 catedráticos de Derecho del Trabajo.

3. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL DESPIDO Y LA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE AMBAS DISPOSICIONES

Atendiendo a la perspectiva procesal de nuestra aportación jurisprudencia, la novedad viene de la mano de una nueva modalidad procesal para el despido colectivo, cuya regulación persigue, parafraseando la propia Exposición de Motivos de la ley, *evitar una demora innecesaria en la búsqueda de una respuesta judicial a la decisión empresarial extintiva*.

La nueva modalidad procesal tendrá el carácter de preferente y urgente, y viene caracterizada por atribuir a los Tribunales Superiores de Justicia y a la Audiencia Nacional el conocimiento, en primera instancia, de la impugnación por parte de los representantes de los trabajadores del despido colectivo, reconociéndose, posteriormente en aras de la celeridad, el recurso de casación.

Dada la complejidad que se presenta en la mayoría de despidos colectivos, se ha considerado oportuno, para evitar dilaciones en el tiempo, establecer la obligación empresarial de aportar la documentación que justificaría su decisión extintiva, en un plazo a contar a partir de la admisión de la demanda, y así poder practicar, en su caso, la prueba sobre la misma de forma anticipada. La impugnación individual de la extinción del contrato en el marco de un despido colectivo se sigue atribuyendo a los Juzgados de lo Social, por el cauce previsto para las extinciones por causas objetivas.

De entre todos los aspectos nos interesa resaltar el contenido del apartado 9 del artículo 124 en la redacción dada por el Real Decreto 3/2012, en referencia a *la sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando no se haya respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas o con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho*.

Este mismo apartado se convierte en la redacción de la ley 3/2012 en el siguiente tenor: *la sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de esta Ley*.

De la confrontación de ambas redacciones apreciamos como la redacción del apartado 11 del artículo 124 ofrecido por la ley 3/2012, vincula claramente los efectos de la declaración de nulidad, en cuanto que reconoce *el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a sus puestos de trabajo*, con remisión expresa a los efectos de la sentencia que declara la extinción por causas objetivas. De esta forma lo que parecen dos situaciones distintas, una para la nulidad de los despidos colectivos tramitados entre el día 12 de febrero y el 6 de julio de 2012 y otro para los despidos colectivos tramitados a partir del 7 de julio, con una clara voluntad de reincorporación, realmente no son tan distintas.

Sin embargo la sentencia que comentamos en su fundamento de derecho octavo establece la distinción de ambas situaciones generando una situación cuando menos contradictoria. Entienden los magistrados que la demanda ha impugnado un despido colectivo iniciado el día 9 de mayo de 2012 y decidido en fecha de 18 de junio, lo que significa que su iniciación se produjo vigente el Real Decreto Ley 3/2012 y, por ello, afectado por el mismo, toda vez que su Disposición Transitoria Décima prevé que se aplicará la normativa anterior a los expedientes de regulación de empleo que estuvieran ya en tramitación bajo al momento de su entrada en vigor, siéndoles de aplicación la normativa vigente al momento de su inicio, esto es, el Real Decreto Ley 3/2012, dado que el expediente se inició en mayo de 2012.

Esta norma dio una nueva redacción al artículo 124 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social - LRJS -, de modo que su apartado 9 contenía la previsión de declaración de nulidad de los despidos colectivos realizados con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, entre otras causas. Denuncian así los magistrados que la norma no contemplaba para la declaración de nulidad del despido colectivo concreto efecto alguno. Todo ello a diferencia de la actual y vigente redacción del citado artículo 124.9 LRJS, que, a partir de la Ley 3/2012 anuda a la declaración de nulidad del despido colectivo los tradicionales efectos de readmisión de las personas trabajadoras afectadas por la decisión empresarial y el abono de los salarios de tramitación.

Estas diferencias en cuanto a la redacción de la norma suponen que pese a la existencia de la nulidad reconocida la Sala no alcance a vincular efecto alguno a dicha declaración de nulidad obligando a los trabajadores a la imposición de demandas individuales que o bien se hayan interpuesto o bien tengan intención de hacerlo, según prevé el artículo 124.11 LRJS.

Según justifica la propia Sala, su criterio es el resultado de la interpretación de la normativa precitada, adoptado en Pleno no jurisdiccional, con vocación de permanencia mientras no se modifiquen las circunstancias actuales, plasmado en el Auto de aclaración de 18 de septiembre de 2012 en los autos de despido colectivo referidos a la Demanda 6/2012. Invoca igualmente la Sala la coincidencia de criterio con importantes sectores de la doctrina científica,

según el conocimiento que la Sala manifiesta tener. No son muchas más las argumentaciones que los magistrados del TSJ, nos ofrecen en la Sentencia de fecha 4.09.2012, en los autos 6/2012 (*sentencia n.º: 2033/2012 Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco*)², ni tampoco en el auto de fecha 18 de septiembre de 2012, derivado de la aclaración de sentencia que le solicitan las partes al Tribunal, al no vincular efectos limitándose a la declaración de nulidad. La Sala considera que el contenido de la aclaración pretendida trasciende a la naturaleza de un recurso aclaratorio, invocando nuevamente el art. 124.9, de la LRJS, en la redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2002, la parte dispositiva de nuestra sentencia se acomoda a la declaración allí establecida. Todo ello sin perjuicio de lo que pudiera dilucidarse a tal fin en las demandas individuales que hayan interpuesto los trabajadores afectados por el despido colectivo, o tengan intención de hacerlo –art. 124.11, de la LRJS y de acuerdo al Real Decreto-Ley antes invocado–.

No es esta la interpretación que compartimos al respecto y lo manifestamos no solo desde el punto de vista de la contrariedad de la opción al espíritu de la ley, sino que consideramos entre en contradicción con el alcance de la Disposición Transitoria undécima de la Ley 3/2012 que dice textualmente: *“La modalidad procesal prevista en el artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social será de aplicación a los despidos colectivos iniciados con posterioridad al 12 de febrero de 2012”*.

En situación idéntica a la anterior la Audiencia Nacional ha adoptado criterios menos alambicados a la hora de vincular efectos a la nulidad declarada de los despidos. La Sala de lo social, siendo ponente D^a María Carolina San Martín Mazzucconi, en la Sentencia número 112/2012 (Nº de RECURSO: 162/2012) de fecha 15 de Octubre de 2012, con un proceso extintivo notificado a los representantes de los trabajadores en mayo de 2012 y una demanda presentada en el mes de junio, no dudó en fallar declarando nulo el despido colectivo por el que se extinguen los contratos de 34 trabajadores de plantilla de los centros de Madrid y Asturias con efectos del 31 de mayo de 2012 y declarar igualmente el derecho de los trabajadores afectados a ser repuestos en sus puestos de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir, debiendo reintegrar la indemnización recibida una vez sea firme la sentencia.

4. VALORACIÓN FINAL

El TSJ del País Vasco, ha hecho una interpretación asonante de los efectos de la declaración de nulidad del despido colectivo que trae causa en la

² El TSJ del País Vasco, en su sentencia de fecha 4 de septiembre de 2012, analiza también la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical con motivo de un ERE.

sentencia comentada. En primer lugar no sólo la consideramos contraria a los efectos que se tratan de vincular en todos los despidos colectivos conforme a la modalidad del artículo 124 de la LRJS, comenzados después del día 12 de febrero de 2012, ya que si en algún momento fue una carencia del RDL, bien es cierto que la alusión de la Disposición Transitoria de la Ley 3/2012, viene a suplir dicha carencia en tanto que también sabe el legislador que la mayoría de las sentencias de demandas tramitadas en el ínterin, desde la entrada en vigor del RDL, no serían resueltas hasta bastante después de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, como así ha sido. Por ello ha habido tiempo de subsanar no solo desde el punto de vista de lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 124, apartado 9º, ahora apartado 11º, sino con la expresa mención de la Disposición Transitoria 11ª, que retrotrae los efectos del 124 de la LRJS, a todos los despidos colectivos tramitados con posterioridad a la entrada en vigor del RDL, es decir el 12 de febrero de 2012.

Por otro lado consideramos que la propia interpretación del Tribunal, no encontrará cobijo en aquellas Salas que se ven en la necesidad de tramitar procedimientos por despido, cuyas sentencias van a dictarse con toda seguridad después del verano de 2012, como así ha sido tanto en la sentencia comentada como en la sentencia de la AN de 15 de octubre de 2012, quien no ha dudado en vincular los efectos de la reincorporación inmediata, con obligación de reintegrar la indemnización, a todos los despidos considerados nulos.

En la misma línea argumental, cabría hacerse la pregunta a fin de conocer si la voluntad real del legislador era no vincular los efectos de la reincorporación en el momento de declara nulos los despidos colectivos. Difícilmente cuando es la exposición de motivos la que declara buscar, fundamentalmente, evitar una demora innecesaria en la obtención de una respuesta judicial a la decisión empresarial extintiva, dándole un carácter preferente y urgente. Poco contribuye al esclarecimiento de tales situaciones de despidos colectivos nulos el hecho de que el trabajador después de la sentencia que declara nulo el despido colectivo, deba adentrarse en una nueva batalla procesal al amparo de lo que la letra de la ley no dice pero tampoco niega, máxime cuando la norma surgida cuatro meses más tarde ofrece la interpretación correcta del alcance de la efectos de la nulidad de los despidos colectivos.

El viernes 5 de octubre fue presentado ante el Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad, contra la reforma laboral, más exactamente contra la Ley 3/2012 de 6 de julio, sobre medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y en el que al amparo de los artículos 27.1 y 2.b) y 39 LOTC se ejercita en este recurso la pretensión de declaración por ese Tribunal Constitucional, con los efectos legalmente predeterminados, de la disconformidad con la Constitución y, por tanto, de la inconstitucionalidad de los artículos 4.3; 12.Uno; 14. Uno y Dos; 18. Tres; 18.Ocho; 23.Uno; Disposición adicional ter-

cera y Disposición final cuarta. Dos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”. El recurso que afecta concretamente a la modalidad procesal creada en el artículo 124 de la LRJS, será una nueva oportunidad para no dar por cerrada la configuración de esta modalidad procesal, en tanto que el recurso de inconstitucionalidad, supera las distintas fases de su tramitación que ha sido solicitada de urgencia por los recurrentes, al considerar que los contenidos de la reforma laboral que se impugnan son muy importantes y “producen efectos tan graves sobre derechos individuales de los trabajadores y sobre el modelo constitucional de libertad sindical y de negociación colectiva que la eventual tacha de inconstitucionalidad que aquí se defiende hará irreversible sus efectos si se demora en exceso en el tiempo”. Debemos esperar que las decisiones se vayan produciendo y en cualquier caso que tales decisiones sobre los efectos de una sentencia que declara nulo un despido colectivo, deje de generar incertidumbre a las partes, ofreciendo un criterio que esperamos no se aproxime al ofrecido, en este concreto aportado, por el TSJ, cuya sentencia hemos convertido en centro de esta reflexión.

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: ABRIL-SEPTIEMBRE DE 2012

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

DECRETO DEL PRESIDENTE 3/2012, DE 5 DE MAYO, DE LA VICE-PRESIDENCIA Y SOBRE REESTRUCTURACIÓN DE CONSEJERÍAS (BOJA NÚM. 88, 7 DE MAYO DE 2012)

Aplicando el contenido del artículo 10.1.h) de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, que atribuye al Presidente de la Junta de Andalucía la competencia para dictar decretos que conlleven la creación de Consejerías, la modificación en la denominación de las existentes, la distribución de competencias o su orden de prelación, así como su supresión, se dicta esta norma en la que entre otras cuestiones, las materias relacionadas con el empleo se adscriben a la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo.

Las competencias de la nueva Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo se relacionan en su artículo 7, siendo las siguientes:

- a) Las que tenía atribuidas la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, con excepción de las relativas a la política financiera que, como establece el artículo 8, se asignan a la Consejería de Hacienda y Administración Pública.
- b) Aquellas competencias que venían siendo ejercitadas por la suprimida la Consejería de Empleo, salvo las relativas a políticas migratorias que, conforme a lo indicado en el artículo 5, se asignan a la Consejería de Justicia e Interior; y las relativas a la formación profesional para el empleo que, de acuerdo con el artículo 6, se le asignan a la Consejería de Educación.
- c) Se adscriben a la citada Consejería las entidades adscritas a la desaparecida Consejería de Economía, Innovación y Ciencia; así como el Servicio Andaluz de Empleo, el Consejo Económico y Social de Andalucía, el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.

La aprobación de la nueva estructura del Gobierno de la Junta de Andalucía conlleva la subsistencia de las estructuras existentes en el momento de la entrada en vigor de este Decreto hasta que se produzca la aprobación y apli-

cación de los respectivos Decretos de estructura orgánica de las Consejerías, los órganos directivos, unidades y puestos de trabajo de las Consejerías objeto de supresión o de reestructuración (Disposición Transitoria Primera); así como la supresión de las Consejerías existentes a su entrada en vigor, entre ellas la Consejería de Empleo (Disposición Final Primera del Decreto).

DECRETO 109/2012, DE 5 DE JUNIO, POR EL QUE SE REGULA LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO (BOJA NÚM. 115, 13 DE JUNIO DE 2012)

La Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo será dirigida por la persona titular de la Consejería, siendo apoyado y asistido por un Gabinete. Se estructura en los siguientes órganos directivos:

1. Viceconsejería.
2. Secretaría General de Economía.
3. Secretaría General de Innovación, Industria y Energía.
4. Secretaría General de Universidades, Investigación y Tecnología.
5. Secretaría General de Empleo.
6. Secretaría General Técnica.
7. Dirección General de Fondos Europeos y Planificación.
8. Dirección General de Economía Social.
9. Dirección General de Autónomos.
10. Dirección General de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información.
11. Dirección General de Industria, Energía y Minas.
12. Dirección General de Universidades.
13. Dirección General de Investigación, Tecnología y Empresa.
14. Dirección General de Relaciones Laborales.
15. Dirección General de Seguridad y Salud Laboral.

La estructura provincial de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo no se desarrolla en esta norma, al especificarse en el art. 2.3 del Decreto que se continuarán gestionándose sus competencias a través de los servicios periféricos correspondientes, con la estructura territorial que se determine en su momento.

Se adscriben a la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo las siguientes entidades:

1. Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.
2. Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía.
3. Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía.
4. Servicio Andaluz de Empleo. (Su Presidente es el titular de la Consejería).

5. Dirección-Gerencia (Ejercida por la persona titular de la Secretaría General de Empleo).
6. Dirección General de Calidad de los Servicios y Programas para el Empleo.
7. Agencia Andaluza de Promoción Exterior S.A. (EXTENDA).
8. Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza.
9. Agencia Andaluza de la Energía.
10. Agencia Andaluza del Conocimiento.
11. Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales.
12. Consejo Económico y Social de Andalucía.
13. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y su Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA).
14. Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones (Sandetel, S.A.).
15. Red Corporativa de Telecomunicaciones de la Administración de la Junta de Andalucía (Acuerdo Consejo de Gobierno 2.6.1998).
16. Red de Energía de la Administración de la Junta de Andalucía (REDEJA) -Acuerdo Consejo de Gobierno de 26.6.2007).
17. Observatorio de la Calidad Industrial de Andalucía.
18. Comité Andaluz para la Sociedad del Conocimiento.
19. Consejo Andaluz de Universidades.
20. Comisión Interdepartamental de I+D+i.
21. Comisión Interdepartamental para la Cultura Emprendedora.

Dentro de la estructura de la Consejería, en el ámbito funcional del empleo, destacan las siguientes unidades:

- a) La Secretaría General de Empleo, con categoría de Viceconsejería, de la que dependen las Direcciones Generales de Relaciones Laborales y de Seguridad y de Salud Laboral y a la que se adscribe el Servicio Andaluz de Empleo.

A esta unidad administrativa le corresponden las competencias que se desarrollan en el artículo 8 del Decreto, en concreto, deberá coordinarse con la Administración General del Estado para la ejecución de los Planes de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; así como desarrollar el impulso, la coordinación, la planificación y el seguimiento de los programas de implantación de políticas de calidad, estabilidad y seguridad en el empleo puestos en marcha por la Consejería, por el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales y por el Servicio Andaluz de Empleo. También deberá realizar funciones de coordinación de otros programas que se aprueben por el resto de Consejerías o Agencias sobre tales materias para la puesta en práctica de la Estrategia Europea por el Empleo.

- b) La Dirección General de Economía Social, a la que le corresponden las atribuciones del artículo 30 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre; especialmente, la planificación, la promoción y el desarrollo de la economía social andaluza, en el marco de sus propios valores y principios económicos y sociales; así como el desarrollo de programas de difusión y promoción, innovación y competitividad, formación y desarrollo profesional, y fomento de las estructuras representativas del sector, impulsando especialmente la creación de nuevas empresas y la modernización tecnológica y de gestión de sus estructuras y explotaciones; la promoción de acciones de información, asesoramiento y tutorización para la creación y desarrollo de empresas de economía social, a través de la Red Territorial de Apoyo a Emprendedores, desde los Centros de Apoyo al Desarrollo Empresarial integrados en Andalucía Emprende, Fundación Pública Andaluza; las relativas al orden cooperativo así como el de otras empresas de economía social y sus asociaciones; la calificación y registro de las sociedades laborales, de las sociedades cooperativas y de las asociaciones de éstas últimas; así como la inspección de las sociedades cooperativas; la participación en programas e iniciativas comunitarias relativas a materias que son competencia de la Dirección General; y cualesquiera otras competencias que le correspondan en materia de economía social.
- c) La Dirección General de Autónomos, a la que le corresponden las atribuciones previstas en el artículo 5.1 de la Ley 15/2011, de 23 de diciembre, Andaluza de Promoción del Trabajo Autónomo.
- d) La Dirección General de Relaciones Laborales, a la que le corresponden las atribuciones previstas en el artículo 30 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre; en concreto, las derivadas de materia de relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, y de condiciones de trabajo; las de mediación, arbitraje y conciliación; la gestión de programas de Residencias de Tiempo Libre; el estudio sobre viabilidad de empresas, análisis de productividad y de acompañamiento sociolaboral; el fomento y apoyo a la elaboración de planes de igualdad en las empresas, en colaboración con la Consejería de la Presidencia e Igualdad; la promoción y sensibilización para la conciliación de la vida personal y familiar, la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas así como la realización de campañas y acciones de formación que faciliten dicha conciliación; la investigación, formación, difusión y fomento sobre los aspectos laborales de la Responsabilidad Social Corporativa; las competencias sancionadoras por infracciones en

materia de relaciones laborales, cuando le correspondan por su cuantía; y, finalmente, la coordinación e impulso de los Sistemas de Información y Estadísticas en materia laboral.

- e) La Dirección General de Seguridad y Salud Laboral, a la que se le atribuyen las competencias relacionadas con la seguridad y salud laboral de las personas trabajadoras, así como los mecanismos de inspección, prevención de los riesgos laborales y lucha contra la siniestralidad laboral.
- f) La Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, a la que se le encarga dirección, supervisión y control de los órganos directivos centrales y periféricos de dicha agencia, así como la planificación, coordinación y evaluación de sus actividades; y las establecidas en el artículo 9.2 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre.

De esta Unidad Administrativa depende Dirección General de Calidad de los Servicios y Programas para el Empleo, la cual tiene atribuida las competencias relativas a los servicios para la empleabilidad de las personas demandantes de empleo y la mejora del funcionamiento del mercado de trabajo.

Esta nueva estructura de la Consejería requiere la aprobación de una nueva relación de puestos de trabajo que tendrá que desarrollarse en el futuro, continuando subsistentes hasta su aprobación las unidades y puestos de trabajo de nivel orgánico inferior a Dirección General. También continuarán subsistiendo las delegaciones de competencias que estuvieren vigentes a la entrada en vigor de este Decreto, hasta que se dicte la correspondiente Orden de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo.

ORDEN DE 12 DE ABRIL DE 2012, POR LA QUE SE ACUERDA AMPLIAR EL PLAZO MÁXIMO DE PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES PREVISTO EN EL ARTÍCULO 12 DE LA ORDEN DE 13 DE MARZO DE 2012, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS Y CONVOCATORIA PARA LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA NO COMPETITIVA DESTINADAS A LAS PERSONAS TRABAJADORAS BENEFICIARIAS DE UNA AYUDA SOCIOLABORAL EN VIRTUD DE UN EXPEDIENTE DE REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESA, EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, AFECTADAS POR LA SITUACIÓN DE LIQUIDACIÓN DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA APRA LEVEN, N.V. (BOJA NÚM. 73, 16 DE ABRIL DE 2012)

La ampliación del plazo para la concesión de subvenciones se aprueba por las dificultades de los potenciales solicitantes para la cumplimentación de la

documentación acompañante a las solicitudes, por lo que se procede a ampliar la solicitud de subvenciones en 15 días, en base a lo dispuesto en el artículo 49.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Esta ampliación de plazo, aprobada en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49.3 de la Ley 30/1992, antes del vencimiento del plazo previsto inicialmente, finalizó el pasado 4 de mayo de 2012.

ORDEN DE 19 DE JUNIO DE 2012, POR LA QUE SE AVOCA LA COMPETENCIA QUE SE CITA, Y SE DELEGA LA MISMA EN LA PERSONA TITULAR DE LA SECRETARÍA GENERAL DE EMPLEO DE ESTA CONSEJERÍA (BOJA NÚM. 120, 20 DE JUNIO DE 2012)

Mediante esta disposición se avoca la competencia delegada en la persona titular de la Dirección General de Relaciones Laborales, para la resolución del procedimiento de concesión de ayudas reguladas en la Orden 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 2011, en relación con los expedientes relativos al Grupo Santana Motor de Linares (Jaén), delegándose la citada competencia en la persona titular de la Secretaría General de Empleo de esta Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo.

DECRETO 310/2012, DE 19 DE JUNIO, POR EL QUE SE DETERMINA EL CALENDARIO DE FIESTAS LABORALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2013 (BOJA NÚM. 128, 2 DE JULIO DE 2012)

Determina que son fiestas laborales retribuidas, no recuperables y propias de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2013, el 28 de febrero (Día de Andalucía), el 7 de enero, por traslado del día 6 de enero al coincidir éste en domingo, y el 28 de marzo; al margen de las dos fiestas locales que deberán de proponer cada municipio, el calendario de las fiestas se concreta en el Anexo de la norma, establece como festivos los siguientes días: 1 de enero (martes); 7 de enero (lunes); 28 de febrero (jueves); 28 de marzo (jueves); 29 de marzo (viernes); 1 de mayo (miércoles); 15 de agosto (jueves); 12 de octubre (sábado); 1 de noviembre (viernes); 6 de diciembre (viernes); 9 de diciembre (lunes); y 25 de diciembre (miércoles).

DECRETO 342/2012, DE 31 DE JULIO, POR EL QUE SE REGULA LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL PROVINCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA (BOJA NÚM. 150, 1 DE AGOSTO DE 2012)

En el marco de las reformas aprobadas por el Decreto del Presidente 3/2012, de 5 de mayo, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías, por el que se procedía a realizar una redistribución competencial y una reducción del número de Consejerías para optimizar los recursos públicos; y su consecuente plasmación en el Decreto-ley 2/2012, de 19 de junio, por el que se modifica la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en determinados aspectos de la organización territorial, que recogió en materia de organización administrativa periférica las disposiciones establecidas por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 22 de mayo de 2012, que aprobó el Plan Económico-Financiero de reequilibrio 2012-2014 de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se ha procedido a establecer la nueva organización territorial provincial de la Administración de la Junta de Andalucía.

El modelo provincial administrativo, del que se indican exclusivamente las áreas relacionadas con el ámbito competencial del empleo, se ha estructurado sobre las siguientes unidades:

- a) Delegaciones de Gobierno de la Junta de Andalucía, que se desarrollan en el Capítulo II del Decreto (arts. 3 a 9). Estas se caracterizan por ser los máximos órganos directivos periféricos que representan a la Junta de Andalucía en la provincia y sus titulares tendrán el rango de Directores Generales.
- b) Delegaciones Provinciales de las Consejerías, que se desarrollan en el Capítulo III del Decreto –arts. 10 a 14-, siendo los órganos territoriales provinciales de la Administración de la Junta de Andalucía y se encuentran integradas en la estructura de la Junta. Sus titulares ejercen sus competencias bajo la superior dirección y supervisión de la persona titular de la Consejería de la que dependen.
- c) Delegaciones Territoriales de la Junta de Andalucía, desarrolladas en el Capítulo IV del Decreto –arts. 15 a 21-. Estas unidades son órganos territoriales provinciales de la Administración de la Junta de Andalucía. Dependen orgánicamente de la Consejería que, por Decreto del Consejo de Gobierno se establezca y funcionalmente de la Consejería o Consejerías competentes por razón de la materia cuyos servicios periféricos tenga asignados. Conforme a la Disposición adicional cuarta, en cada una de las provincias se crean:
 - Una Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte.
 - Una Delegación Territorial de Economía, Innovación,

Ciencia y Empleo. A esta delegación se adscribirán, en cada provincia, los servicios periféricos de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo; y dependerán, en materia orgánica, de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo.

- Una Delegación Territorial de Fomento, Vivienda, Turismo y Comercio.
 - Una Delegación Territorial de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente.
 - Una Delegación Territorial de Salud y Bienestar Social.
- d) Secretarías Generales Provinciales, concentradas en el Capítulo V del Decreto –arts. 22 a 23-, que están al frente de los servicios periféricos de cada Consejería. Estas Secretarías podrán integrarse en las Delegaciones del Gobierno o en las Delegaciones Territoriales, según se establezca por Decreto del Consejo de Gobierno.

ACUERDO DE 26 DE JULIO DE 2012, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN DE CHOQUE POR EL EMPLEO EN ANDALUCÍA (BOJA NÚM. 157, 10 DE AGOSTO DE 2012)

Este Plan de Choque ha sido aprobado por la Consejería de la Presidencia e Igualdad, está dotado con doscientos millones de euros (200.000.000,00 de euros). Desarrollándose en el mismo:

- a) El incremento de la dotación del Plan de Oportunidades Laborales en Andalucía (Plan OLA), aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 6 de septiembre de 2011 y la ampliación del período de ejecución de las actuaciones previstas en dicho Plan.
El incremento se concreta en cien millones de euros (100.000.000,00 de €), financiados mediante el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y el Fondo Social Europeo (FSE).
- b) La aprobación de un programa de mejora forestal y regeneración medioambiental y rural, teniendo por finalidad generar “empleo verde” en el medio rural y mejorar y conservar el medio ambiente rural, e impulsar competitividad forestal y agraria; busca, igualmente, implantar medidas preventivas y recuperar los efectos de los incendios, así como reparar las consecuencias de la erosión y conservar la fauna silvestres y sus hábitats, del paisaje y de los acuíferos y la conservación y mejora del patrimonio rural.
La dotación del programa de noventa millones de euros (90.000.000,00 €) será cofinanciada mediante el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER).

La contratación del personal que los contratistas, subcontratistas y entes instrumentales realicen es este contexto deberá someterse a las reglas indicadas en el apartado 8.d) del punto Tercero del acuerdo, siendo las más relevantes que el personal que se contrate, que no fuere propio o dirección técnica tendrá que encontrarse inscrito en el Servicio Andaluz de Empleo; al menos el 70% del coste personal deberá corresponder a empleo de nueva creación; el tiempo de contrato no podrá ser inferior a la duración de la tarea que tenga que realizarse.

- c) El impulso de la rehabilitación de viviendas mediante el incremento de la dotación presupuestaria del programa de Rehabilitación Autonómica del Plan Concertado de Vivienda y Suelo 2008-2012, aprobado por el Decreto 395/2008, de 24 de junio, con las modificaciones introducidas por el Decreto 266/2009, de 9 de junio. El incremento presupuestario se establece en diez millones de euros (10.000.000,00 de €), que serán financiados con recursos propios de la Junta y que se destinarán a la concesión de ayudas para actuaciones de rehabilitación de viviendas acogidas a este programa que se encuentran pendientes de inicio y que no cuentan con financiación comprometida para su desarrollo.

También podrá destinarse a financiar la asistencia técnica para la redacción de proyectos y otros documentos técnicos, así como la dirección de obra, que sean necesarias para el desarrollo de las actuaciones acogidas a la presente medida.

ORDEN DE 26 DE JULIO DE 2012, POR LA QUE SE SUSPENDE LA CONVOCATORIA DE LAS AYUDAS PREVISTAS EN LA ORDEN DE 26 DE ABRIL DE 2010, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS DE LAS AYUDAS AL ESTABLECIMIENTO Y MANTENIMIENTO COMO TRABAJADOR Y TRABAJADORA AUTÓNOMO EN ANDALUCÍA (BOJA NÚM. 149, 31 DE JULIO DE 2012)

La Orden de 26 de abril de 2010 establece las bases reguladoras de las ayudas al establecimiento y mantenimiento como trabajador o trabajadora autónomo en Andalucía; sin embargo, la aprobación de la Ley 15/2011, de 23 de diciembre, Andaluza de Promoción del Trabajo Autónomo, exige la necesaria adaptación normativa, en la que se encuentra trabajando la administración para lograr el tratamiento integral de las políticas activas de apoyo y fomento del trabajo autónomo, por lo que se procede a suspender la convocatoria de las ayudas reguladas en la Orden de 26 de abril de 2010, hasta tanto se proceda a su adaptación a las previsiones contenidas en la Ley 15/2011.

ORDEN DE 26 DE JULIO DE 2012, POR LA QUE SE REGULA LA TRAMITACIÓN TELEMÁTICA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INSCRIPCIÓN Y DE CERTIFICACIÓN RELATIVOS AL REGISTRO DE COOPERATIVAS DE ANDALUCÍA Y AL REGISTRO DE SOCIEDADES LABORALES DE ANDALUCÍA (BOJA NÚM. 157, 10 DE AGOSTO DE 2012)

La tramitación telemática de los procedimientos relativos a los Registros mencionados es consecuencia de la puesta en práctica del contenido de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas.

A través de esta Orden se establece la tramitación integral de los procedimientos registrales del:

- a) Registro de Cooperativas de Andalucía, entidades que se encuentran reguladas en la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas y sus normas de desarrollo.
- b) Registro de Sociedades Laborales de Andalucía. Esta modalidad asociativa se regula en Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales y su reglamento, el Real Decreto 2114/1998, de 2 de octubre, por el que se regula el Registro Administrativo de Sociedades Laborales.

La orden consta de una parte normativa, desarrollada en 9 artículos junto con las pertinentes disposiciones complementarias y un Anexo, donde se relacionan los formularios oficiales precisos para realizar la presentación telemática de las solicitudes de registro, siendo los siguientes: 1. Modelo de solicitud de inscripción de actos registrales de sociedades cooperativas. 2. Modelo de solicitud de inscripción de actos registrales de sociedades laborales. 3. Modelo de solicitud de certificación de denominación no coincidente. 4. Modelos normales de cuentas anuales de sociedades cooperativas. 5. Modelos abreviados/pymes de cuentas anuales de sociedades cooperativas. 6. Hoja estadística de sociedades cooperativas de primer grado. 7. Hoja estadística de sociedades cooperativas de segundo o ulterior grado. 8. Hoja estadística de federaciones de cooperativas.

La tramitación de los procedimientos a los que se refiere esta Orden se realizará utilizando exclusivamente medios electrónicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos; para su presentación deberán de utilizarse los modelos normalizados que se relacionan en el anexo,

y el acceso al registro se realizará a través del acceso en el portal del ciudadano o ciudadana «www.andaluciajunta.es», así como a través de la página Web de la Consejería competente en materia de sociedades cooperativas y laborales.

Se establece como fecha de entrada en vigor de la Orden el 17-9-2012, salvo la Disposición Adicional 4.^a que entró en vigor el 11-8-2012 que determina las consecuencias derivadas de la supresión del Consejo Andaluz de Cooperación efectuada por la disposición derogatoria única de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, indicando que todas las referencias que se hacen en la regulación de la medida Premios Arco Iris del Cooperativismo de la Orden de 29 de junio de 2009, por la que se establecen las bases reguladoras de un programa de apoyo a la innovación y al desarrollo de la economía social, y se efectúa su convocatoria para los ejercicios 2009 a 2013, se entenderán realizadas a la persona titular de la Viceconsejería de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo.

